

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement

**Ergänzende Massnahmen im Bereich des Strafrechts
zur Umsetzung des Römer Statuts des Internationalen
Strafgerichtshofs**

Vorentwurf und Erläuternder Bericht

Bundesamt für Justiz

Bern, August 2005

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|----------|
| Abkürzungsverzeichnis | 7 |
| Übersicht | 8 |
| 1 Allgemeiner Teil | 9 |
| 1.1 Der Internationale Strafgerichtshof | 9 |
| 1.1.1 Kurzüberblick | 9 |
| 1.1.2 Die Schweiz und der Internationale Strafgerichtshof | 10 |
| 1.1.2.1 Die erste Etappe: Ratifikation des Römer Statuts und Sicherstellung der Zusammenarbeit | 10 |
| 1.1.2.2 Die zweite Etappe: Ergänzende Massnahmen im Bereich des schweizerischen Strafrechts | 10 |
| 1.1.2.3 Die Rolle der Schweiz bei den Verhandlungen über die Verbrechenstatbestände des Römer Statuts und die sog. «Verbrechenselemente» | 11 |
| 1.2 Völkerstrafrecht | 12 |
| 1.2.1 Bedeutung und Entwicklung des Völkerstrafrechts | 12 |
| 1.2.2 Völkerstrafrecht und innerstaatliche Gesetzgebung | 15 |
| 1.3 Grundzüge der Vorentwurfes | 18 |
| 1.3.1 Einführung neuer Straftatbestände | 18 |
| 1.3.1.1 Gründe für eine spezifische Regelung der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und der Kriegsverbrechen im schweizerischen Strafrecht | 18 |
| 1.3.1.2 Umfang der Strafrechtsrevision | 24 |
| 1.3.1.2.1 Die Auswahl der neuen Verbrechenstatbestände | 24 |
| 1.3.1.2.2 Berücksichtigung allgemeiner Grundsätze des Völkerstrafrechts | 25 |
| 1.3.1.2.3 Strafen | 26 |
| 1.3.1.3 Regelungskonzept: Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes oder Schaffung eines separaten Völkerstrafgesetzes? | 27 |
| 1.3.1.3.1 Möglichkeiten der strafrechtlichen Umsetzung | 27 |
| 1.3.1.3.2 Rechtsvergleichender Überblick | 28 |
| 1.3.1.3.3 Entscheid für eine Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes | 29 |
| 1.3.1.4 Regelungstechnik | 30 |
| 1.3.1.4.1 Methodik der strafrechtlichen Umsetzung | 30 |
| 1.3.1.4.2 Rechtsvergleichender Überblick | 33 |
| 1.3.1.4.3 Entscheid für eine Kombination der verschiedenen Optionen | 34 |

| | | |
|-----------|--|-----------|
| 1.3.2 | Zuständigkeit der Schweiz zur Strafverfolgung von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen | 35 |
| 1.3.2.1 | Der Inhalt des völkerrechtlichen Universalitätsprinzips | 35 |
| 1.3.2.2 | Das Universalitätsprinzip nach geltendem und neuem Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches | 37 |
| 1.3.2.3 | Das Universalitätsprinzip in der Schweiz bei der Verfolgung von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen | 38 |
| 1.3.2.3.1 | Erste Voraussetzung: Der Täter befindet sich in der Schweiz | 39 |
| 1.3.2.3.2 | Zweite Voraussetzung: Auslieferung des Täters ist nicht möglich | 39 |
| 1.3.2.3.3 | Zusätzliche Voraussetzung bei der Verfolgung von Kriegsverbrechen: Der Täter hat einen «engen Bezug» zur Schweiz | 41 |
| 1.3.2.4 | Geltung des «engen Bezugs» auch bei Völkermord und bei Verbrechen gegen die Menschlichkeit | 42 |
| 1.3.3 | Neuverteilung der Zuständigkeit zwischen ziviler und militärischer Gerichtsbarkeit zur Verfolgung von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen | 47 |
| 1.3.3.1 | Zuständigkeit nach geltendem Recht | 47 |
| 1.3.3.2 | Lösungsmodelle für die künftige Zuständigkeit der zivilen und militärischen Gerichtsbarkeit | 49 |
| 1.3.3.2.1 | Modell 1: Integrale Zuweisung an die zivile Gerichtsbarkeit | 49 |
| 1.3.3.2.2 | Modell 2: Integrale Zuweisung an die militärische Gerichtsbarkeit | 49 |
| 1.3.3.2.3 | Modell 3: Mischformen: Zuweisung sowohl an die zivile als auch an die militärische Gerichtsbarkeit | 50 |
| 1.3.3.3 | Entscheid für eine Anknüpfung der Zuständigkeit an die Eigenschaft des Täters (Zivil- oder Militärperson) | 52 |
| 1.3.4 | Regelung der zivilen Gerichtsbarkeit: Bundesgerichtsbarkeit oder kantonale Gerichtsbarkeit? | 54 |
| 1.3.4.1 | Geltendes Recht | 54 |
| 1.3.4.2 | Entscheid für Bundesgerichtsbarkeit | 55 |
| 1.3.5 | Verhältnis zu den jüngsten Revisionen und Reformprojekten im Bereich des Strafrechts, Strafprozessrechts und des Gerichtsorganisationsrechts | 56 |
| 2 | Besonderer Teil | 57 |
| 2.1 | Änderung des Strafgesetzbuches | 57 |
| 2.1.1 | Artikel 75 ^{bis} VE-StGB (Unverjährbarkeit) | 58 |
| 2.1.1.1 | Unverjährbarkeit gemäss Römer Statut | 58 |
| 2.1.1.2 | Rechtsslage in der Schweiz | 58 |

| | | |
|-----------|--|-----|
| 2.1.1.3 | Exkurs: Übereinkommen der UNO und des Europarates betreffend die Unverjährbarkeit von Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen | 60 |
| 2.1.2 | Artikel 259 Absatz 1 ^{bis} VE-StGB (Öffentliche Aufforderung zu Völkermord) | 61 |
| 2.1.3 | Artikel 260 ^{bis} VE-StGB (Strafbare Vorbereitungshandlungen) | 62 |
| 2.1.4 | Zwölfter Titel ^{bis} VE-StGB (Straftaten gegen die Interessen der Völkergemeinschaft) | 63 |
| 2.1.4.1 | Artikel 264 VE-StGB (Völkermord) | 63 |
| 2.1.4.1.1 | Revisionsbedarf | 63 |
| 2.1.4.1.2 | Die Änderungen von Artikel 264 VE-StGB im Einzelnen | 64 |
| 2.1.4.2 | Art. 264 ^{bis} VE-StGB (Verbrechen gegen die Menschlichkeit) | 67 |
| 2.1.4.2.1 | Anwendungsbereich des Tatbestandes der Verbrechen gegen die Menschlichkeit | 67 |
| 2.1.4.2.2 | Grundtatbestand: Ausgedehnter oder systematischer Angriff gegen die Zivilbevölkerung | 68 |
| 2.1.4.2.3 | Artikel 264 ^{bis} Absatz 1 Buchstaben a–k VE-StGB (Die einzelnen Tatbestandsvarianten der Verbrechen gegen die Menschlichkeit) | 70 |
| 2.1.4.2.4 | Strafen | 83 |
| 2.1.5 | Zwölfter Titel ^{ter} VE-StGB (Kriegsverbrechen) | 84 |
| 2.1.5.1 | Strafbarkeit der Kriegsverbrechen im geltenden und künftigen schweizerischen Recht | 84 |
| 2.1.5.2 | Die neuen Bestimmungen zur Bestrafung der Verletzungen des humanitären Völkerrechts in bewaffneten Konflikten (Kriegsverbrechen) | 84 |
| 2.1.5.2.1 | Art. 264 ^{ter} VE-StGB (Anwendungsbereich) | 85 |
| 2.1.5.2.2 | Artikel 264 ^{quater} VE-StGB (Schwere Verletzungen der Genfer Abkommen vom 12. August 1949) | 88 |
| 2.1.5.2.3 | Artikel 264 ^{quinqüies} - Artikel 264 ^{decies} VE-StGB (Andere Kriegsverbrechen) | 90 |
| 2.1.5.3 | Strafen | 100 |
| 2.1.6 | Zwölfter Titel ^{quater} VE-StGB (Gemeinsame Bestimmungen) | 101 |
| 2.1.6.1 | Art. 264 ^{duodecies} VE-StGB (Strafbarkeit des Vorgesetzten) | 101 |
| 2.1.6.1.1 | Völkerrechtliche Grundlagen | 101 |
| 2.1.6.1.2 | Die Verantwortung von militärischen Kommandanten und Zivilpersonen | 102 |
| 2.1.6.1.3 | Die Strafbarkeit von Vorgesetzten gemäss geltendem schweizerischen Recht | 103 |
| 2.1.6.1.4 | Der Rechtsgrundsatz der Verantwortlichkeit des Vorgesetzten nach Artikel 264 ^{duodecies} VE-StGB | 104 |
| 2.1.6.1.5 | Abgrenzung zu andern Haftungsformen der direkten Täterschaft | 105 |
| 2.1.6.2 | Artikel 264 ^{terdecies} VE-StGB (Handeln auf Befehl oder Anordnung) | 105 |

| | | |
|-----------|---|------------|
| 2.1.6.3 | Artikel 264 ^{quaterdecies} VE-StGB (Auslandtaten) | 106 |
| 2.1.6.4 | Art. 264 ^{quinquiesdecies} VE-StGB (Ausschluss der relativen Immunität) | 109 |
| 2.1.7 | Artikel 340 Ziffer 2 VE-StGB (Bundesgerichtsbarkeit) | 110 |
| 2.2 | Änderung des Militärstrafgesetzes | 110 |
| 2.2.1 | Persönlicher Geltungsbereich des Militärstrafgesetzes | 111 |
| 2.2.2 | Artikel 9 Absatz 1 ^{bis} und Absatz 1 ^{ter} VE-MStG (Räumliche Geltung) | 112 |
| 2.2.3 | Artikel 18 Absatz 2 VE-MStG (Handeln auf Befehl oder Anordnung) | 112 |
| 2.2.4 | Artikel 56 ^{bis} VE-MStG (Unverjährbarkeit) | 113 |
| 2.2.5 | Straftaten gegen die Interessen der Völkergemeinschaft | 113 |
| 2.2.5.1 | Artikel 108 VE-MStG (Völkermord) | 113 |
| 2.2.5.2 | Artikel 109 VE-MStG (Verbrechen gegen die Menschlichkeit) | 113 |
| 2.2.6 | Sechster Abschnitt ^{bis} VE-StGB Kriegsverbrechen () | 114 |
| 2.2.7 | Gemeinsame Bestimmungen | 114 |
| 2.2.7.1 | Artikel 112 ^{octies} VE-MStG (Strafbarkeit des Vorgesetzten) | 114 |
| 2.2.8 | Artikel 171a Absatz 1 ^{bis} VE-MStG (Öffentliche Aufforderung zu Völkermord) | 115 |
| 2.2.9 | Strafbare Vorbereitungshandlungen | 115 |
| 2.2.9.1.1 | Artikel 220 Ziffer 1 VE-MStG (Gerichtsbarkeit bei Beteiligung von Zivilpersonen) | 115 |
| 2.2.9.1.2 | Artikel 221 Absatz 2 und 3 VE-MStG (Gerichtsbarkeit bei Zusammentreffen von strafbaren Handlungen oder Strafbestimmungen) | 115 |
| 2.3 | Revision weiterer Gesetze | 116 |
| 2.3.1 | Änderung des Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege | 116 |
| 2.3.2 | Änderung des Bundesgesetzes über internationale Rechtshilfe in Strafsachen | 116 |
| 2.3.3 | Änderung des Bundesgesetzes betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs und des Bundesgesetzes betreffend die verdeckte Ermittlung (Ergänzung des Deliktskatalogs) | 117 |
| 3 | Auswirkungen | 118 |
| 3.1 | Finanzielle und personelle Auswirkungen | 118 |
| 3.2 | Volkswirtschaftliche Auswirkungen | 120 |
| 3.3 | Auswirkungen auf die Informatik | 120 |
| 3.4 | Auswirkungen auf die Kantone | 120 |
| 4 | Legislaturplanung | 120 |
| 5 | Verhältnis zum europäischen Recht | 121 |
| 5.1 | Europäische Union | 121 |
| 5.2 | Europarat | 121 |

| | |
|---|------------|
| 6 Verfassungsmässigkeit | 122 |
| Anhang 1: Tabelle (Zuständigkeit von Zivil- und Militärjustiz) | XXX |
| Bundesgesetz über Änderungen des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes sowie weiterer Bundesgesetze zur Umsetzung des Römer Statuts des Internationalen Strafgerichtshofes (Vorentwurf) | XXX |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|----------|--|
| a.a.O. | am angeführten Ort |
| AB N | Amtliches Bulletin des Nationalrates |
| AB S | Amtliches Bulletin des Ständerates |
| AS | Amtliche Sammlung |
| nAT-MStG | Änderung des Allgemeinen Teils des Militärstrafgesetzes vom 21. März 2003 (BBI 2003 2808, noch nicht in Kraft getreten) |
| nAT-StGB | Änderung des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches vom 13. Dezember 2002 (BBI 2002 8240, noch nicht in Kraft getreten) |
| BBI | Bundesblatt |
| BGE | Bundesgerichtsentscheid |
| GA | Genfer Abkommen vom 12. Aug 1949 |
| 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) |
| MStV | Verordnung 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 | Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dez. 1937 (SR 311.0) |
| SZIER | Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht |
| U.N.T.S. | United Nations Treaty Series |
| VE-MStG | Vorentwurf des EJPD vom XX.XX. 2005 zur Änderung des MStG |
| VE-StGB | Vorentwurf des EJPD vom XX.XX. 2005 zur Änderung des StGB |
| Vol. | Volume (Band) |
| YB | Yearbook |
| ZP | Zusatzprotokoll vom 8. Juni 1977 zu den Genfer Abkommen von 1949 |
| ZStR | Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht |

Übersicht

Am 17. Juli 1998 wurde in Rom das sog. «Römer Statut» des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH) von einer Diplomatischen UNO-Konferenz der Bevollmächtigten zur Schaffung eines Internationalen Strafgerichtshofs verabschiedet. Am 1. Juli 2002 trat es in Kraft. 139 Staaten haben das Römer Statut unterzeichnet, 99 sind ihm bis im Juni 2005 als Vertragspartei beigetreten, worunter die Schweiz am 12. Oktober 2001.

Nach der Verabschiedung des Römer Statuts war es vorrangiges Ziel des Bundesrates, so schnell wie möglich 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, insbesondere die Aufnahme der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und die Definition der Kriegsverbrechen im Schweizerischen Strafrecht, wurden zu Gunsten 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 Ratifikationsurkunde.

In 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 der Verbrechen gegen die Menschlichkeit sowie der Kriegsverbrechen gewährleisten. Neben Präzisierungen im Allgemeinen und Besonderen Teil des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes betrifft die Revision in erster Linie die Schaffung eines neuen Tatbestandes der Verbrechen gegen die Menschlichkeit sowie eine detaillierte Definition der Kriegsverbrechen. Während Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Schweizerischen Strafrecht überhaupt noch nicht kodifiziert und damit spezifisch strafbar sind, werden Kriegsverbrechen gegenwärtig nur im Militärstrafrecht durch einen Pauschalverweis auf das anwendbare Völkerrecht unter Strafe gestellt, was allein den heutigen Anforderungen an das strafrechtliche Legalitätsprinzip nicht mehr zu genügen vermag. Im Weiteren werden 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).

Durch die genannten Massnahmen sollen zwei Ziele erreicht werden: 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. Zweitens kann die Schweiz durch eine ausführliche Gesetzgebung im Bereich der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und der Kriegsverbrechen verhindern, dass der IStGH ein Verfahren an sich zieht, wenn es sich um ein Verbrechen handelt, das auf Schweizer Hoheitsgebiet oder von einem Schweizer begangen wurde.

Erläuternder Bericht

1 Allgemeiner Teil

1.1 Der Internationale Strafgerichtshof

1.1.1 Kurzüberblick¹

Das sog. «Römer Statut» des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH)² 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. 139 Staaten haben das Römer Statut unterzeichnet und 99 sind bisher Vertragsparteien geworden³, worunter 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 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. Bis anhin unterbreiteten drei Staaten, Uganda, die Demokratische Republik Kongo sowie die Zentralafrikanische Republik dem Ankläger des IStGH selbst eine Situation⁴, in der es den Anschein hat, dass Verbrechen, welche der Gerichtsbarkeit des IStGH unterliegen, auf ihrem Hoheitsgebiet begangen worden waren⁵. Der Ankläger des IStGH hat bis anhin für die Situationen in der Demokratischen Republik Kongo und in Uganda Ermittlungen eingeleitet⁶.

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

² SR 0.312.1

³ Stand: Juni 2005.

⁴ Vgl. Art. 14 Abs. 1 des Römer Statuts.

⁵ Vgl. IStGH-Pressemitteilungen vom 29. Jan. 2004, 19 Apr. 2004 und 7. Jan. 2005.

⁶ Vgl. IStGH-Pressemitteilungen vom 23. Juni 2004 und 29 Juli 2004.

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 IStGH⁷ sowie eine Ausdehnung schweizerischer Delikte gegen die Rechtspflege auf Verfahren vor internationalen Gerichten⁸. Weitere Gesetzesänderungen, insbesondere die Aufnahme der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und die Definition der Kriegsverbrechen im Schweizerischen Strafrecht, wurden zu Gunsten 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 Statuts⁹.

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.¹⁰

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 eine lückenlose Strafverfolgung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit sowie des humanitären Völkerrechts (Rechtsnormen zum Schutze der Opfer in bewaffneten Konflikten) gewährleisten. Neben einigen Präzisierungen im Allgemeinen und 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 Völkermordüber-

⁷ Bundesgesetz vom 22. Juni 2001 über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof (ZISG), SR **351.6**; vgl. im Einzelnen IStGH-Botschaft, BBI **2001** 454 ff.

⁸ Vgl. Art. 309 StGB (SR **311.0**) und Art. 179b MStG (SR **321.0**)

⁹ Römer Statut des Internationalen Strafgerichtshofs vom 17. Juli 1998, SR **0.312.1**, in Kraft getreten für die Schweiz am 1. Juli 2002.

¹⁰ IStGH-Botschaft, BBI **2001** 423 und 452.

einkommen 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 Tatbestands der Verbrechen gegen die Menschlichkeit befürwortet¹¹. Ebenfalls sollen auch die Tatbestände der Kriegsverbrechen detaillierter definiert werden. Diese sind gegenwärtig nur im Militärstrafrecht durch einen Pauschalverweis auf das anwendbare Völkerrecht strafbar¹², was allein den heutigen Anforderungen an das strafrechtliche Legalitätsprinzip nicht mehr zu genügen vermag. Im 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 Die Rolle der Schweiz bei den Verhandlungen über die Verbrechenstatbestände des Römer Statuts und die sog. «Verbrechenselemente»

Die Schweiz war Gründungsmitglied der «Gruppe der Gleichgesinnten», d.h. einer Staatenkoalition, die sich für einen starken und unabhängigen IStGH einsetzte und nach wie vor einsetzt. Sie konnte dabei massgeblich an der Willensbildung dieser Gruppe mitwirken. An der Konferenz in Rom im Jahre 1998 hat die Schweiz wichtige Teile der Arbeiten am Verbrechenskatalog – 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.

¹¹ 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.

¹² Vgl. Art. 109 MStG.

In der Vorbereitungskommission des IStGH, welche sich von 1999 bis 2000 u.a. mit der Ausarbeitung zusätzlicher «Verbrechenselemente»¹³ befasste, prägte die Schweiz das Verhandlungsergebnis ebenfalls massgeblich 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; die «Verbrechenselemente» dürfen daher dem Römer Statut auch nicht widersprechen. Sie stellen für die rechtsanwendenden Behörden in der Schweiz ebenfalls nur 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 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 Vorbereitungskommission darauf hinzuwirken, dass der im Statut und in der Rechtsprechung erreichte Standard des humanitären Völkerrechts nicht durch 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 eingebracht¹⁴, 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 Textvorschlägen¹⁵.

1.2 Völkerstrafrecht

1.2.1 Bedeutung und Entwicklung des Völkerstrafrechts

¹³ Vgl. zur Entstehungsgeschichte der «Verbrechenselemente» die IStGH-Botschaft, BBl 2001 391, 490 ff.

¹⁴ Vgl. U.N. Doc. PCNICC/1999/DP.5; U.N. Doc. PCNICC/1999/WGEC/DP.8; U.N. Doc. PCNICC/1999/WGEC/DP.10; U.N. Doc. PCNICC/1999/WGEC/DP.11; U.N. Doc. PCNICC/1999/WGEC/DP.20; U.N. Doc. PCNICC/1999/WGEC/DP.22.

¹⁵ Vgl. die «Verbrechenselemente» des IStGH, abgedruckt in «Éléments des crimes», *Assemblée des États Parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Première session, New York, 3-10 septembre 2002, Documents officiels* (Doc. ICC-ASP/1/3); http://www.un.org/law/icc/asp/1stsession/report/french/part_ii_b_f.pdf; Vgl. zum 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).

Der Straflosigkeit ein Ende setzen

Bereits im Jahre 1651 schrieb THOMAS HOBBS zutreffend 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.»¹⁶

Es hat sich nach vergangenen kriegerischen Ereignissen sowie nach Morden und Unterdrückung an der Zivilbevölkerung gezeigt, dass ohne eine Bestrafung der Schuldigen langfristig Versöhnung, Friede und Demokratie kaum hergestellt werden kann. Kann ein Staat oder eine Region auf Dauer nicht befriedet werden, so hat dies meistens auch Auswirkungen auf die Staatengemeinschaft als Ganzes. Abgesehen davon, dass das heutige Rechtsverständnis Unrechtsregime nicht mehr toleriert, bilden diese 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 die internationale Zusammenarbeit zwischen den Staaten noch nicht funktionierte, so bedeutet insbesondere die Schaffung des IStGH einen entscheidenden Schritt in Richtung des Endes der Straflosigkeit.

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

Die internationale Kodifikation des Völkerstrafrechts

Das klassische Völkerrecht beschränkt sich auf die Regelung von zwischenstaatlichen Angelegenheiten. Auf Grund der Erfahrungen mit totalitären Regimen 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.

¹⁶ Thomas Hobbes, *Leviathan* (1651), Deutsche Übersetzung bei Reclam (1980), Kapitel 27, S. 253.

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 dieses Rechtsbereichs¹⁷, 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 Konflikte¹⁸, welche 1977 um zwei Zusatzprotokolle ergänzt wurden¹⁹.

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 geächtet²⁰. Der gewohnheitsrechtliche Charakter des Verbots der Verbrechen gegen die Menschlichkeit wurde in den 90er Jahren durch die Aufnahme in die Statute der Internationalen Tribunale für das ehemalige Jugoslawien und Ruanda sowie 1998 im Römer Statut des IStGH ausdrücklich bekräftigt.

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 verabschiedet²¹, und am 25. Mai 2000

¹⁷ So insbesondere in den Jahren 1899 und 1907 in den so genannten «Haager Abkommen und Erklärungen» über Schutz der Beteiligten am Landkrieg und des Verbots des Einsatzes bestimmter Waffen.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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.

²⁰ 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.

²¹ 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.

wurde das Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend die Beteiligung von Kindern an bewaffneten Konflikten angenommen²².

Die Durchsetzung des Völkerstrafrechts

Recht will jedoch 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 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 Römer 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

Jeder Staat ist im Prinzip frei, wie er seiner Verpflichtung zur innerstaatlichen Umsetzung des Völkerstrafrechts nachkommen will. 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 völkerrechtlichen Pflichten erfüllen. Die Schweiz übernimmt in Anwendung der in der schweizerischen Rechtsordnung vorherrschenden monistischen Auffassung des Verhältnisses zwischen Völkerrecht und Landesrecht völkerrechtliche Bestrafungspflichten, ohne dass dabei die völkerrechtliche Norm durch das staatliche Recht neu geschaffen wird. Damit ist es der schweizerischen

²² SR **0.107.1**, von der Schweiz ratifiziert am 26. Juni 2002; vgl. auch die Botschaft vom 5. Sept. 2001, BBl **2001** 6309.

Rechtsordnung für völkerstrafrechtliche Tatbestände möglich, deren Qualität als Völkerrecht zu bewahren²³. 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 ausgeschlossen²⁴.

Gewohnheitsrechtliche Geltung bestimmter Normen des Völkerstrafrechts

Gewohnheitsrechtliche Geltung einer völkerrechtlichen Norm bedeutet, dass es sich um eine Regel handelt, die von der Staatengemeinschaft ohne weiteres als rechtsverbindlich anerkannt und angewandt wird²⁵. Nicht alle Normen des Völkerstrafrechts besitzen diesen gewohnheitsrechtlichen Statuts. So sind zwar die Bekämpfung des Drogenhandels oder des Terrorismus wichtige Anliegen der Staatengemeinschaft. Die Reichweite des Verbots bzw. die Mittel zur Bekämpfung werden jedoch weder von einer allgemeinen Rechtsüberzeugung der Staaten getragen, noch werden sie durch eine uniforme Staatenpraxis bestätigt²⁶.

Es wird indes allgemein anerkannt, dass dem Verbot, Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder Kriegsverbrechen zu begehen, gewohnheitsrechtlicher Charakter zukommt²⁷. Dies bedeutet insbesondere, dass die Staaten gehalten sind, diese Normen unabhängig von der Existenz und Geltung vertraglicher Regeln zu respektieren und die rechtlichen Grundlagen für eine Bestrafung von Tätern zu schaffen, welche gegen dieses Verbot verstossen. Dabei handelt es sich nicht um gegenseitig voneinander abhängige (synallagmatische) Verpflichtungen, sondern 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 nichtig²⁸. Zum nicht abschliessend aufzählbaren Bestand des *ius cogens* gehört insbesondere das

²³ Im Falle von Auslegungsschwierigkeiten ist ein Tatbestand vom Rechtsanwender daher in Anerkennung der autonomen Geltung des völkerrechtlichen Textes völkerrechtskonform auszulegen.

²⁴ Vgl. hierzu ausführlich den übernächsten Abschnitt zu den Voraussetzungen für eine direkte Anwendbarkeit völkerstrafrechtlicher Bestimmungen im schweizerischen Recht.

²⁵ 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.

²⁶ 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.

²⁷ Vgl. 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.

²⁸ 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.

Verbot, Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu begehen, sowie die Respektierung des Kerns des humanitären Völkerrechts²⁹.

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 völkergewohnheitsrechtliche Verbot im Strafprozess nicht unmittelbar als Grundlage für eine Verurteilung herangezogen werden (vgl. hierzu unten).

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 bzw. von den Behörden als Grundlage einer Entscheidung herangezogen werden, wenn er unmittelbar anwendbar (*self-executing*) ist. Dies setzt voraus, dass die angerufene staatsvertragliche Regelung – im Gesamtzusammenhang sowie im Lichte von Gegenstand und Zweck des Vertrages betrachtet - inhaltlich genügend bestimmt und klar ist, um auf einen konkreten Sachverhalt angewendet zu werden und im Einzelfall Grundlage einer Entscheidung 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 richten³⁰.

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 seines Verhaltens 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

²⁹ Zum nicht abschliessend aufzählbaren Kern des *ius cogens* zählt die Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. Nov. 1996 (BBI **1997** I 362) den Kern des humanitären Völkerrechts, 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, BBI **1999** 5332, die IStGH-Botschaft, BBI **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.).

³⁰ Vgl. z.B. Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. Nov. 1996, BBI **1997** I 529; BGE 120 Ia 11; BGE 124 III 90 E.3; BGE 124 IV 23 E.4.

Strafdrohung enthält³¹, 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 Straftatbestände der Verbrechen gegen die Menschlichkeit in einem schweizerischen Strafverfahren prinzipiell nicht möglich³².

1.3 Grundzüge der Vorentwurfes

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

Vorweg kann man sich die Frage stellen, 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. Es ist daher zu untersuchen, 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 Artikel 6 bis 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 (vgl. hierzu auch die nachfolgenden Ausführungen).

Eine unmittelbare Anwendung der Verbrechenstatbestände des Statuts in einem schweizerischen Strafverfahren ist auch nicht möglich, weil deren Formulierungen im

³¹ Wie z.B. der geltende Art. 109 MStG.

³² 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.

Statut nicht in jedem Fall den schweizerischen Anforderungen an eine strafrechtliche Gesetzgebung entsprechen³³. Ihr Inhalt ist zwar zweifellos genügend bestimmt, damit der IStGH in einem konkreten Fall beurteilen kann, ob der Tatbestand eines Völkermordes, Verbrechens gegen die Menschlichkeit oder Kriegsverbrechens im Sinne des Statuts erfüllt ist. Artikel 77 des Römer Statuts enthält zwar Vorschriften über die durch den IStGH zu verhängenden Strafen. Es fehlt aber 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 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. Das Römer Statut hält zwar wie erwähnt die Vertragsstaaten nicht direkt dazu an, die im Statut genannten Verbrechen in gleicher Weise in ihren innerstaatlichen Strafgesetzbüchern vorzusehen und unter Strafe zu stellen. Die strafrechtliche Qualifizierung einer Tat nach innerstaatlichem Recht ist jedoch unter der Komplementaritätsbestimmung nur so lange unerheblich, als sich daraus keine eigentlichen Strafbarkeitslücken ergeben. 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 (Art. 109 MStG) ist die Schweiz für zwei der drei Verbrechenskategorien, für die der IStGH sachlich zuständig ist, im Prinzip 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 zwar mit den geltenden Strafbestimmungen zu weiten Teilen erfasst werden, indem ein bestimmter Straftatbestand oder eine Kombination von verschiedenen Tatbeständen zur Anwendung gelangen³⁴. Gewisse Tatbestände der Verbrechen gegen die Menschlichkeit lassen sich jedoch

³³ Vgl. Ziff. 1.2.2.

³⁴ 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.

nur mit Mühe konstruieren³⁵. Mit der Schaffung eines selbständigen und spezifischen Tatbestandes der Verbrechen gegen die Menschlichkeit wird daher das Risiko vermindert, dass der IStGH das Verfahren übernimmt, weil die Schweiz mangels adäquater Rechtsgrundlagen nicht in der Lage wäre, ein Verfahren selbst durchzuführen.

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 bzw. der funktionale Zusammenhang der einzelnen Tat innerhalb eines umfassenden Vorgehens gegen die Zivilbevölkerung (bzw. gegen Teile davon) wird z.B. bei Mord, Körperverletzung oder Freiheitsberaubung im Sinne des StGB nicht mitbestraft bzw. 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.

Präzisere Umschreibung des strafbaren Verhaltens

In Bezug auf die Verbrechen gegen die Menschlichkeit und die Verletzungen des humanitären Völkerrechts ist das aus Artikel 5 der Bundesverfassung³⁶ 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 Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit, der es erlauben würde, einen Täter ausdrücklich für ein solches Verbrechen zu bestrafen. 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

³⁵ Beispielsweise 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^{bis} StGB) deckt sich nur zu einem kleinen Teil mit dem Verbrechen der Apartheid.

³⁶ SR 101

Kontext eingebettet³⁷, definieren den Tatbestand nicht als Verbrechen gegen die Menschlichkeit³⁸ oder entsprechen aufgrund ihres Entstehungsdatums nicht mehr vollumfänglich den heutigen Bedürfnissen³⁹.

Auch kann das Statut des IStGH nicht als Basis für eine Verurteilung dienen. Das Statut sowie die entsprechenden «Verbrechenselemente»⁴⁰ nennen zwar die einzelnen Verbrechen gegen die Menschlichkeit und ihre Tatbestandsmerkmale, doch richten sich die Definitionen im Statut und die «Verbrechenselemente» in erster Linie an den IStGH. Es wird zwar allgemein anerkannt, dass dem Verbot, Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu begehen, gewohnheitsrechtlichen 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 – im Unterschied zu Artikel 109 MStG betreffend die Bestrafung der Kriegsverbrechen (vgl. unten) – 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, d.h. das in bewaffneten Konflikten anwendbare Recht zum Schutz der Kriegesopfer, 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 werden⁴¹. Abgesehen von der Frage, welche völkerrechtlichen Normen überhaupt geeignet sind, durch Artikel 109 MStG erfasst zu werden, 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

³⁷ 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.

³⁸ 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.

³⁹ Sklavereiabkommen vom 25. Sept. 1926, SR **0.311.37**, in Kraft getreten für die Schweiz am 1. Nov. 1930.

⁴⁰ Vgl. die «Verbrechenselemente» des IStGH, abgedruckt in «*Eléments des crimes*», *Assemblée des Etats Parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Première session, New York, 3-10 septembre 2002, Documents officiels* (Doc. ICC-ASP/1/3), S. 119 ff.

⁴¹ In Artikel 110–114 MStG werden nur einige wenige Delikte ausdrücklich umschrieben.

Klarheit über die Strafbarkeit eines Verhaltens im Konfliktfall geschaffen wird⁴². Auch in der schweizerischen Rechtslehre ist diese Situation kritisiert worden, da mit diesem unpräzisen Verweis die Rechtssicherheit und die Garantiefunktion des ausdrücklichen Strafgesetzes unterlaufen werde⁴³. 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 heute angebracht, die schwerwiegendsten Verbrechen überhaupt, welche mit hohen Zuchthausstrafen geahndet werden, auf präzisere Gesetzesgrundlagen zu stellen.

Transparente und griffige Rechtsgrundlagen für die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte

Gemäss geltendem Recht ist die Generalklausel gemäss Artikel 109 MStG, abgesehen von den in Artikel 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 aus der Sicht der rechtsunterworfenen Personen. 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 viel weniger gegeben, da diese völkervertraglich weitgehend nicht geregelt sind. Eine eigenständige Kodifikation des Völkerstrafrechts im schweizerischen Recht hat den grossen Vorteil, dass über das anwendbare Recht in der Schweiz zwischen Anklage und Gericht keine Zweifel bestehen und die Strafverfolgungsbehörden und die Gerichte eine lesbare und griffige Sammlung der wichtigsten internationalen Verbrechenstatbestände im Strafgesetz zur Hand haben.

⁴² Vgl. Botschaft vom 18. Febr. 1981 über die Zusatzprotokolle zu den Genfer Abkommen, BBl 1981 I 953, 1016.

⁴³ 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 Henzelin, *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; Robert Roth/Marc Henzelin, *La répression des violations du droit international humanitaire en Suisse*, in: *Répression nationale des violations du droit international humanitaire*, Rapport de la réunion d'experts, préparé par Christina Pellandini, Services consultatifs en droit international humanitaire (CICR), Genf 1997, S. 200 f.; Hans Vest, *Zum Handlungsbedarf auf dem Gebiet des Völkerstrafrechts – Elemente eines Gesetzgebungsvorschlags*, ZStR 121 (2003), S. 49 f.

Förderung und Verbreitung des humanitären Völkerrechts

Ein grosser Verdienst des Römer Statuts ist es, zum Zweck der Ausübung der Gerichtsbarkeit durch den IStGH, das massgebende Völkerrecht (Vertragsrecht und Gewohnheitsrecht) zusammengetragen zu haben und die Missachtung des humanitären Völkerrechts nicht mehr zu tolerieren. Die Errichtung des IStGH hat 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 im Rahmen der Streitkräfte, aber auch, soweit möglich, in der Zivilbevölkerung. Es müssen alle notwendigen Massnahmen ergriffen werden (Instruktion, Integration in den Kommandoprozess, Berücksichtigung bei jeder Entscheidung, auf jeder Hierarchiestufe, im Rahmen der Streitkräfte oder auf Regierungsebene), 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. Die meisten Staaten waren als Vertragspartei durch verschiedenen Abkommen oder das Völkergewohnheitsrecht zur Strafverfolgung dieser Verbrechen verpflichtet, doch erst mit Einsetzung der UNO-Tribunale für das ehemalige Jugoslawien und Ruanda in den 90er Jahren sowie mit Verabschiedung des Römer Statuts begann ein globales «Aufrüsten» der strafrechtlichen Abwehrdispositive gegen solche Verbrechen. Insbesondere nach Verabschiedung des Römer Statuts im Jahre 1998 haben zahlreiche Staaten umfassende Gesetzesänderungen vorgenommen⁴⁴.

Stellungnahmen in der schweizerischen Doktrin

Soweit sich die schweizerische Rechtslehre bis anhin zur Umsetzung der Straftatbestände des Römer Statuts und des Völkerstrafrechts ins schweizerische Recht geäussert hat, sind diese Stellungnahmen zugunsten einer möglichst präzisen und umfassenden Normierung ausgefallen. Hauptsächliche Kritikpunkte am geltenden Recht sind die lediglich rudimentäre Regelung der Kriegsverbrechen sowie die Rechtslücken, welche im Bereich der Verbrechen gegen die Menschlichkeit bestehen⁴⁵.

⁴⁴ Vgl. Ziff. 1.3.1.3.2

⁴⁵ Vgl. z.B. Peter Popp, *Kommentar zum Militärstrafgesetz – Besonderer Teil*, St. Gallen 1992, Art. 109, S. 546 N. 2; Marco Sassòli, *Le génocide rwandais, la justice militaire suisse et le droit international*, Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht (2002), S. 163; Hans Vest, *Zum Handlungsbedarf auf dem Gebiet des Völkerstrafrechts – Elemente eines Gesetzgebungsvorschlags*, ZStR 121 (2003), S. 46 ff.

1.3.1.2 Umfang der Strafrechtsrevision

1.3.1.2.1 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 Ganzes berühren. Dazu gehören der Völkermord, die Verbrechen gegen die Menschlichkeit, die Kriegsverbrechen sowie das Verbrechen der Aggression⁴⁶. 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. Auch die Schweiz wünschte eine Beschränkung der sachlichen Zuständigkeit des IStGH auf die Verbrechen, über die weltweit grosse Einigkeit herrscht.

Gleichzeitig setzte sich die Schweizer Delegation bei den Verhandlungen zum Römer Statut (1994-1998) sowie in der Vorbereitungskommission des IStGH, welche sich von 1999-2000 mit der Ausarbeitung der «Verbrechenselemente» befasste, massgeblich dafür ein, dass die im Römer Statut enthaltenden Tatbestände das geltende Völkerrecht lediglich konkretisierten, ohne es dabei in Frage zu stellen⁴⁷. In diesem Sinne wurde in Artikel 10 des Statuts festgeschrieben, dass 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 allermeisten Fällen um Regeln des Völkergewohnheitsrechts⁴⁸, oder die Verbotsnormen ergeben sich – im Bereich des humanitären Völkerrechts - für die Schweiz aus den von ihr ratifizierten Verträgen. Die Normen des vertraglich geregelten humanitären Völkerrechts haben teilweise einen weiteren Anwendungsbereich als die Bestimmungen des Römer Statuts, welche die Zuständigkeit des IStGH in sachlicher Hinsicht umschreiben.

Der Vorentwurf 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

⁴⁶ 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).

⁴⁷ Vgl. ausführlich Ziff. 1.1.2.3 sowie IStGH-Botschaft, BBl **2001** 391, 404.

⁴⁸ IStGH-Botschaft, BBl **2001** 391, 489.

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 orientieren⁴⁹. 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 gleichzeitig 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 die übrigen weniger gravierenden Verletzungen wie bis anhin in Artikel 109 MStG durch einen Auffangtatbestand erfasst werden.

1.3.1.2.2 Berücksichtigung allgemeiner Grundsätze des Völkerstrafrechts

Bei der Ausarbeitung des Römer Statuts wurde argumentiert, dass auch der IStGH über allgemeine Grundsätze des Strafrechts verfügen müsse, um den Anforderungen des Legalitätsprinzips («*nullum crimen sine lege*») vollständig gerecht zu werden. Bei den allgemeinen Grundsätzen des Strafrechts handelt es sich um Grundsätze, die in der Schweiz im Allgemeinen Teil des StGB und MStG geregelt sind. Dazu gehört u.a. 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 können⁵⁰. Die Staatenvertreter einigten sich jedoch darauf, dass die allgemeinen Grundsätze des Strafrechts nur bezüglich der im Statut umschriebenen Verbrechen und im Hinblick auf das Verfahren vor dem IStGH gelten, ohne dass die Staaten diese unmittelbar in ihr Recht übernehmen müssten. Diese Aussage ist immerhin so weit zu relativieren, als die gesamte Anwendung des Strafrechts unter dem Vorbehalt der Komplementarität von Artikel 17 des Römer Statuts steht. Das bedeutet, dass das nationale Recht keine Strafbarkeitslücken oder Strafausschlussgründe von einer Grössenordnung 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 grundsätzlich nicht bestehen. Auch auf Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen sind die Bestimmungen des jeweiligen Allgemeinen Teils des StGB

⁴⁹ Beispielsweise die vier Genfer Abkommen zum Schutz der Kriegsoffer 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.

⁵⁰ Vgl. Art. 25 ff. des Römer Statuts.

und MStG anwendbar⁵¹. Sonderregelungen sollen daher nur geschaffen werden, wenn sie zur Umsetzung des Römer Statuts besonders angezeigt sind⁵². Eine Klarstellung im schweizerischen Recht soll nur in zwei Fällen erfolgen, damit eine völkerrechtskonforme Anwendung des Strafgesetzes nicht allein durch Auslegung bzw. direkte Übernahme völkerrechtlicher Grundsätze im schweizerischen Strafverfahren erreicht wird. Diese Klarstellung entspricht dem prinzipiellen Anliegen dieser Gesetzesvorlage, dem strafrechtlichen Legalitätsprinzips im Bereich des Völkerstrafrechts optimal Rechnung zu tragen. Eine Aufnahme in den Vorentwurf 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.

1.3.1.2.3 Strafen

In Teil 7 des Römer Statuts werden die Strafen umschrieben, die der IStGH verhängen kann⁵³. 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 es 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.

Man könnte sich nun fragen, ob das schweizerische Recht, welches für die schwersten Verbrechen teilweise weniger hohe Freiheitsstrafen vorsieht⁵⁴, 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, die Strafrahmen des geltenden Systems zu erweitern.

⁵¹ Vgl. auch Botschaft vom 31. März 1999 betreffend das Übereinkommen über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes sowie die entsprechende Revision des Strafrechts, BBl **1999** 5339.

⁵² Auch Deutschland und die Niederlande, welche jüngst eigentliche Völkerstrafgesetze erlassen haben, haben auf eine umfassende Regelung der allgemeinen Grundsätze des Völkerstrafrechts verzichtet.

⁵³ Vgl. zum Strafsystem und zur Strafzumessung im Einzelnen die IStGH-Botschaft, BBl **2001** 391, 546 ff.

⁵⁴ Gemäss Art. 35 StGB beträgt die längstmögliche Dauer einer Freiheitsstrafe 20 Jahre Zuchthaus. 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 Freiheitsentzug gewährt werden (vgl. Art. 38 Ziff. 1 Abs. 2 StGB).

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

Wie bereits dargelegt wurde, bedarf es zur Einführung der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und zur präziseren Definition der Kriegsverbrechen einer Änderung des schweizerischen Rechts; eine direkte Anwendung der völkerrechtlichen Tatbestände in schweizerischen Strafverfahren ist wegen ihrer unzureichenden Bestimmtheit und fehlenden Strafdrohung nicht möglich.

Aus strafrechtlicher Sicht bieten sich primär zwei Möglichkeiten für die gesetzgeberische Umsetzung dieser völkerrechtlichen Tatbestände an:

1.3.1.3.1 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, der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und der Kriegsverbrechen sowohl im StGB wie auch im MStG. Hinzu kommen allgemeine Bestimmungen u.a. 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; auf eine Ergänzung des StGB und des MStG würde weitgehend verzichtet. 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. Im Weiteren kämen u.a. 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.

1.3.1.3.2 Rechtsvergleichender Überblick

Zahlreiche Staaten haben seit der Verabschiedung des Römer Statuts umfassende Gesetzesänderungen im Bereich des Völkerstrafrechts vorgenommen, in dem 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. Australien⁵⁵, Grossbritannien⁵⁶, Irland⁵⁷, Kanada⁵⁸, Neuseeland⁵⁹, Südafrika⁶⁰), präsentiert sich die Situation innerhalb des kontinentaleuropäischen Rechtskreises («*Civil Law*») unterschiedlich. So haben z.B. Deutschland⁶¹, die Niederlande⁶², Portugal⁶³ und Schweden⁶⁴ ebenfalls separate Völkerstrafgesetze geschaffen oder diese Spezialgesetze um die noch nicht vorhandenen Tatbestände des Römer Statuts ergänzt (z.B. Belgien⁶⁵). In Italien haben verschiedene Parlamentarier einen Vorschlag für ein internationales Strafgesetzbuch eingereicht⁶⁶. Finnland⁶⁷ nimmt - soweit ersichtlich - zur Zeit keine Änderungen seines Strafrechts vor, da es die entsprechenden Tatbestände bereits vor der Verabschiedung des Römer Statuts in sein Strafgesetz aufgenommen hatte. Spanien hat sein Strafgesetzbuch Ende 2003 an das Römer Statut angepasst und insbesondere um den Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit ergänzt⁶⁸. Frankreich⁶⁹ und Norwegen⁷⁰ bereiten zur Zeit Änderungen ihrer

Strafgesetze im Hinblick auf die noch nicht vorhandenen Tatbestände des Völkerstrafrechts vor.

1.3.1.3.3 **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 kriminalpolitischen und rechtssetzungstechnischen Kriterien Schweizerischer Strafgesetzgebung zu erfolgen.

- 55 *International Criminal Court (Consequential Amendments) Act 2002* vom 27. Juni 2002.
56 *International Criminal Court Act 2001* vom 11. Mai 2001.
57 *International Criminal Court Bill 2003*, Regierungsentwurf Nr. 36/2003 vom 12. August 2003.
58 *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.
59 *International Crimes and International Criminal Court Act 2000* vom 6. Sept. 2000.
60 *International Criminal Court Bill* vom 26. Juni 2002
61 *Völkerstrafgesetzbuch (VStGB)* vom 26. Juni 2002 (BGBl. I, 2254).
62 *Wet Internationale Misdriften (Gesetz über internationale Verbrechen)* vom 17. Juni 2003.
63 *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.
64 *Gesetz über Völkerstrafrechtstaten*, SOU 2002:98.
65 *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 das *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.
66 *Progetto di legge N. 2724* vom 9. Mai 2002.lag enthält u.a. Bestimmungen zu den Verbrechen gegen die Menschlichkeit und den Kriegsverbrechen. Die Regierung hat ihrerseits eine interdepartementale Kommission mit der Ausarbeitung eines Gesetzes beauftragt.
67 *Finnisches Strafgesetzbuch*, Kapitel 11 (Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit), angenommen am 21. April 1995, *Finnisches Gesetzesblatt* 1995/578.
68 *Ley Organica 15/2003* vom 25. Nov. 2003.
69 Demnächst wird in Frankreich eine durch das Justizministerium ausgearbeitete Gesetzesvorlage (*Avant-projet de loi portant adaptation de la législation française au Statut de la Cour pénale internationale*) dem Parlament unterbreitet werden. Diese ergänzt das französische Strafgesetzbuch, Art. 212-1, Abs. 1, verabschiedet durch Gesetz Nr. 92-1336 vom 16. Dez. 1992, geändert durch das Gesetz Nr. 93-913 vom 19. Juli 1993, in Kraft seit 1. März 1994; vgl. auch den jüngsten Vorschlag von Robert Badinter vom 26. Juni 2003, *Proposition de loi relative aux crimes de guerre*, n° 370 (2002-2003).
70 Kürzlich hat die Permanente Strafrechtskommission eine Revision des norwegischen Rechts vorgeschlagen. Danach sollen die im Römer Statut genannten Verbrechenstatbestände in das norwegische Strafgesetz integriert und mit den jeweiligen Höchststrafen geahndet werden.

Für die Variante 1 «Änderung StGB und MStG» spricht, dass die hier zur Diskussion stehenden schwersten Verbrechen überhaupt im Kernstrafrecht, d.h. im Strafgesetzbuch geregelt werden sollen und nicht in einem Nebenstrafgesetz. Dadurch erlangen diese neuen Verbrechenstatbestände die ihnen gebührende Bedeutung und Verbreitung, um von den Rechtsunterworfenen optimal 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. Gegen diese Variante spricht allenfalls die Tatsache, dass das StGB und das MStG durch eine grössere Anzahl von Tatbeständen angereichert wird, welche – hoffentlich - eher selten zum Tragen kommen.

Für die Variante 2 «Völkerstrafgesetz» spricht, dass alle Regeln betreffend Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen in einem thematischen Gesetz geregelt werden. Nachteilig wirkt sich jedoch aus, dass die Regelung im Nebenstrafrecht mit einer Einbusse an Transparenz einhergeht und dieser wichtigen Gesetzgebungsmaterie weniger Beachtung geschenkt wird. Auch erschwert die Regelung in einem separaten Gesetz die Anwendung der allgemeinen und bewährten Regeln des StGB und MStG. Der Hauptgrund gegen ein separates Völkerstrafgesetz liegt 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 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.

Aus den genannten Gründen ist der Variante 1, 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

1.3.1.4.1 Methodik der strafrechtlichen Umsetzung

Unabhängig von der Frage, ob die Umsetzung der völkerrechtlichen Straftatbestände im StGB und MStG oder in einem Spezialgesetz erfolgt, ist zu entscheiden, in welchem Umfang diese Tatbestände im schweizerischen Recht wiedergegeben werden sollen. Der Schweizer Gesetzgeber ist im Prinzip 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. Ein Abweichen vom Inhalt und Wortlaut dieser völkerrechtlich normierten Tatbestände kann zu Schwierigkeiten bei der Interpretation führen, wenn nationale und internationale Gerichte Sachverhalte anhand allzu unterschiedlicher Begriffswelten beurteilen müssen.

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. Denn Artikel 109 MStG bestraft bereits heute alle Verletzungen von «Vorschriften internationaler Abkommen über Kriegführung sowie über den Schutz von Personen und Gütern» sowie von «andere(n) anerkannte(n) 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 Völkerrecht (Gewohnheits- und Vertragsrecht), sondern sie 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 Zuchthaus und Disziplinarstrafen (z.B. ein Verweis) wählen.

Der Rückgriff auf Artikel 109 ist jedoch auf jeden Fall dann unzulänglich, 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 (und wie bereits Völkermord) auch dann strafbar sind, wenn sie in Friedenszeiten begangen werden. Für die Verbrechen gegen die Menschlichkeit müsste deshalb ein entsprechender Generaltatbestand neu geschaffen werden. Gegen diese Option spricht allerdings, dass Verbrechen gegen die Menschlichkeit – im Gegensatz zum humanitären Völkerrecht – 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 fragwürdig⁷¹, so gilt dies umso mehr, wenn der strafbegründende Tatbestand international nicht kodifiziert ist. Bis anhin hat nach der Verabschiedung des Römer Statuts kein Land ausschliesslich diese Option übernommen.

Option 2: Spiegelbildliche Übernahme des Bestimmungen des Römer Statuts im schweizerischen Strafrecht

Die Annahme der Option 2 «Kopie Römer Statut» würde eine Übernahme des exakten Wortlauts der in Artikel 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 resp. 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 schwerwiegender Natur sind, für die jedoch an der Römer Konferenz kein Konsens gefunden werden konnte. Dazu gehört z.B. 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. 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. Die Schweiz muss hingegen bereits heute - aufgrund ihrer gewohnheits- oder vertragsrechtlichen Verpflichtungen - Verstösse gegen dieses Verbot (z.B. der Einsatz von Chemiewaffen in internationalen oder innerstaatlichen Konflikten)⁷² verfolgen.

⁷¹ Vgl. Ziff. 1.3.1.1

⁷² Vgl. z.B. 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

Letztlich entspricht aber auch der Wortlaut der Tatbestände des Römer Statuts 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»⁷³) oder nur in rudimentärer Weise, während das Schweizer Recht die einzelnen Elemente ausformuliert⁷⁴.

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 stärker 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 (und somit auch zur Rechtsprechung des IStGH), 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 ebenfalls 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.

1.3.1.4.2 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).

⁷³ Vgl. Art. 8 Abs. 2 Bst. a Ziff. viii des Römer Statuts.

⁷⁴ 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 Zuchthaus bestraft».

1.3.1.4.3 **Entscheidung für eine Kombination der verschiedenen Optionen**

Auch 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 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 einzelne Unzulänglichkeiten, sie können jedoch alle auch einen bestimmten Mehrwert für sich beanspruchen. Da sich diese Optionen gegenseitig nicht ausschliessen, sollen die verschiedenen Optionen miteinander kombiniert werden. Dieses Vorgehen erlaubt, von den jeweiligen Vorteilen der einzelnen Optionen zu profitieren und gleichzeitig ihre Nachteile zu neutralisieren.

In Bezug auf die einzelnen Kombinationen ist eine Differenzierung hinsichtlich der verschiedenen Verbrechenkategorien sinnvoll:

Völkermord

Das Schweizerische Strafrecht verfügt bereits seit dem 15. Dezember 2000 über einen Tatbestand des Völkermordes (Art. 264). Dieser entspricht inhaltlich dem Übereinkommen zur Verhütung und Bestrafung des Völkermordes vom 9. Dezember 1948 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 wird⁷⁵, ist die Einführung einer Artikel 264 StGB entsprechenden Bestimmung ins MStG vorzusehen.

Verbrechen gegen die Menschlichkeit

Verbrechen gegen die Menschlichkeit können bereits heute teilweise durch Tatbestände des «gewöhnlichen» Strafrechts erfasst werden. Diesen fehlt aber durchgehend 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

⁷⁵ Vgl. ausführlich Ziff. 1.3.3., 2.2.1 und 2.2.2.

Römer Statuts orientieren, soll aber wenn immer möglich der schweizerischen Gesetzesterminologie entsprechen und die Voraussetzungen einer effektiven Strafverfolgung sicherstellen.

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 wird⁷⁶, ist die Einführung entsprechender Bestimmungen auch im StGB vorzusehen.

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 der Nationalität des Täters zuständig. Dieses sog. «Universalitäts»- oder «Weltrechtsprinzip» soll gemäss dem VE auch für Verbrechen gegen die Menschlichkeit gelten. Die Zuständigkeit der Schweiz zur Strafverfolgung hinsichtlich dieser Tatbestände ist jedoch nicht umfassend, sondern ist nur gegeben, wenn sich der Täter in der Schweiz befindet und nicht an das Ausland ausgeliefert werden kann. Jüngst hat die Bundesversammlung für Kriegsverbrechen das zusätzliche Erfordernis eingefügt, dass der Täter einen «engen Bezug» zur Schweiz haben muss.

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 (vgl. unten), obligatorisch 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*

⁷⁶ Vgl. ausführlich Ziff. 1.3.3.3

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 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 z.B. 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)⁷⁷ festgestellt, dass die Pflicht eines jeden Staates, Völkermord zu verhindern oder zu bestrafen, völkerrechtlich nicht auf sein Territorium beschränkt ist⁷⁸. 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 auszuliefern⁷⁹.

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.

⁷⁷ SR 0.193.501

⁷⁸ 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.

⁷⁹ 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.

1.3.2.2 Das Universalitätsprinzip nach geltendem und neuem Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches

Abgesehen von den Auslandstaten, bei welchen das Staatsschutzprinzip (Art. 4 StGB) gilt oder eine Verpflichtung zur Ausübung der Strafhoheit auf Grund eines Staatsvertrages (Art. 6^{bis} 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 5 oder 6 StGB die Voraussetzungen des aktiven oder passiven Personalitätsprinzips erfüllt sind. Hinzu kommen jene vereinzelt Tatbestände, für welche auf Grund einer Sonderregelung das Universalitätsprinzip besteht (vgl. Art. 185 Ziff. 5, Art. 240 Abs. 3, Art. 245 Ziff. 1 Abs. 4, Art. 264 Abs. 2 StGB).

In der Botschaft zur Änderung des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches (AT-Revision)⁸⁰ 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 auf Grund 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 Delikts, sondern aus einem andern Grund als unzulässig erweist. In diesem Fall muss die Tat in Anwendung des Prinzips der stellvertretenden Strafrechtspflege⁸¹ 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. als politische, militärische oder fiskalische)⁸², 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 begrüsst in den Beratungen den Vorschlag des Bundesrates, ging indes 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»⁸³. Diese Zuständigkeit besteht unabhängig von

⁸⁰ 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.

⁸¹ Vgl. Art. 85 ff. IRSG.

⁸² Vgl. Art. 3 IRSG.

⁸³ Vgl. Art. 7 Abs. 2 Bst. b des neuen Allgemeinen Teils (AT) des StGB vom 13. Dez. 2002, BBl 2002 8240.

einer staatsvertraglichen Verpflichtung der Schweiz zur Strafverfolgung oder der vorgängigen Abweisung eines ausländischen Auslieferungsersuchens. 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 bliebe⁸⁴.

Diese Neuerung bedeutet hingegen nicht, dass die Schweiz künftig aus der ganzen Welt die Auslieferung von Personen, die solch besonders schwerer Verbrechen verdächtigt werden, in die Schweiz verlangen müsste⁸⁵. Die Schweiz ersucht grundsätzlich einen Aufenthalts- oder Festnahmestaat nur dann um eine Auslieferung in die Schweiz, 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 bei Personen, die nicht Schweizer oder Schweizerinnen sind, die Tat im Ausland begangen haben und sich im Ausland aufhalten und nicht gegen Schweizer oder Schweizerinnen delinquent haben, nie eine Auslieferung in die Schweiz⁸⁶. 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 immensen Schwierigkeiten verbunden ist. Dies haben jüngst die Erfahrungen Belgiens mit dem Kriegsverbrechergesetz aus dem Jahre 1993 und 1999 gezeigt, welches das Weltrechtsprinzip, nicht aber die Voraussetzung der Ergreifung des Täters in Belgien statuiert. 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 Gesetz sieht nun eine belgische Zuständigkeit lediglich in den Fällen vor, in denen das Opfer oder der Täter die belgische Staatsangehörigkeit besitzen oder ihren hauptsächlichen Wohnsitz in Belgien haben⁸⁷.

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

Vorweg ist festzuhalten, dass sich eine Pflicht zur Einführung des Universalitätsprinzips zur Strafverfolgung der Verbrechen gegen die Menschlichkeit

⁸⁴ Vgl. AB **2001 N** 541 und AB **2002 N** 1178; AB **2001 S** 1060.

⁸⁵ Art. 7 Abs. 2 Bst. b des neuen AT StGB postuliert nicht den Grundsatz, wonach die Auslieferung des Täters in die Schweiz verlangt wird. Eine solche ist nur möglich, wenn es sich beim Täter oder beim Opfer um einen Schweizer oder eine Schweizerin handelt.

⁸⁶ Vgl. Botschaft zur Änderung des Militärstrafprozesses (Zeugenschutz) und des Militärstrafgesetzes vom 22. Jan. 2003, BBl **2003** 767, 815.

⁸⁷ *Loi relative aux violations graves du droit international humanitaire* vom 5. Aug. 2003, publiziert im Moniteur Belge vom 7. Aug. 2003, S. 40506 ff.

nicht direkt aus dem Römer Statut ergibt. Gemäss Artikel 12 Absatz 2 des Römer Statuts kann der IStGH seine Zuständigkeit nur dann begründen, wenn der Staat, auf dessen Hoheitsgebiet ein Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder 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, welche nicht in die Zuständigkeit des IStGH fallen. Andernfalls würde sie zum Hort für internationale Schwerverbrecher, die sich vor Strafverfolgung durch Drittstaaten oder durch den IStGH in die Schweiz flüchten. Eine weltweite Befugnis zur Strafverfolgung von Völkerrechtsverbrechen wie Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen erhöht einerseits auch die Chancen, die nach wie vor weit verbreitete Straflosigkeit dieser Verbrechen zu beenden. Andererseits kann die Öffnung der Anknüpfungskriterien einer Zuständigkeit Missbräuche und notwendigerweise auch miteinander konkurrierende Strafansprüche verschiedener Staaten nicht ausschliessen. In diesem Sinne gilt deshalb bereits heute für die strafrechtliche Verfolgung von Völkermord⁸⁸ und Kriegsverbrechen, welche im Ausland begangen wurden, nur unter nachfolgenden Voraussetzungen das schweizerische Recht.

1.3.2.3.1 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 in der Schweiz in Abwesenheit des Täters ein Verfahren eröffnen und durchführen muss.

1.3.2.3.2 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 Auslieferungsdelikt⁸⁹ handelt. Mit dem Vorbehalt der Auslieferung von Tätern nicht schweizerischer Nationalität wird anerkannt, dass einer

⁸⁸ 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, BBI **1999** 5327, 5349 f.

⁸⁹ Vgl. Art. 35 Abs. 1 Bst. a IRSG.

Auslieferung und damit einem effektiven Strafverfahren auf Grund des Territorialitätsprinzips im Staat der Tatbegehung oder auf Grund des Personalitätsprinzips im Heimatstaat des Täters an sich der Vorrang gegeben wird. Dieses Vorgehen dient der Gerechtigkeit im Einzelfall und der Prozessökonomie in der Regel am besten, da die Beweisaufnahme am Tatort die zuverlässigsten Ergebnisse verspricht. Es ist auch nicht zu übersehen, dass die Verfolgung einer solchen Tat in der Schweiz ohne vorherige Abklärung, ob der Tatortstaat um Auslieferung ersuche, unter dem Gesichtspunkt der völkerrechtlichen Souveränität problematisch sein kann. Die schweizerische Gerichtsbarkeit ist deshalb – vorbehaltlich 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 hat⁹⁰.

Eine Auslieferung ist aber auch dann nicht möglich, wenn dem Betroffenen eine unmenschliche Behandlung im Tatortstaat droht⁹¹ oder der Tatortstaat oder der Heimatstaat des Täters von einem Verfolgungersuchen absieht⁹². 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 entsprochen⁹³. Liegt in einem solchen Fall kein Ersuchen vor, kann von einer Anfrage beim Tatortstaat ausnahmsweise abgesehen werden⁹⁴.

Ist die Auslieferung eines ausländischen Täters für ein im Ausland begangenes Verbrechen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht möglich, soll die Geltung des schweizerischen Rechts auch bei Auslandtaten sicherstellen, dass der Täter für die Verübung oder die Beteiligung an solchen Verbrechen nicht straflos bleibt und die Schweiz als sog. «sicheren Hafen» missbrauchen kann.

Vorrang vor der schweizerischen Strafgerichtsbarkeit besitzt auch die Überstellung von Ausländern an ein internationales Strafgericht, wenn das Verbrechen im Ausland begangen worden ist. Das Parlament hat im Dezember 2003 Artikel 9 MStG in Bezug auf Kriegsverbrecher entsprechend präzisiert⁹⁵. Der Vorentwurf soll nun diese Präzisierung auch in Bezug auf Völkermord und Kriegsverbrechen vornehmen. Für eine Überstellung an ein internationales Strafgericht ist vorausgesetzt, dass ein entsprechendes Überstellungersuchen vorliegt und dass das Gericht von der Schweiz anerkannt ist. Ein Gericht, welches nicht grundsätzlich Gewähr für ein faires

⁹⁰ BGE 121 IV 145, 148.

⁹¹ Vgl. insbesondere Art. 2 Bst. a und Art. 37 Abs. 3 IRSG.

⁹² In diesem Fall lässt sich auch keine Zuständigkeit nach dem Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege im Sinne von Art. 85 IRSG begründen.

⁹³ Das Verfahren im Ausland weist in diesen Fällen einen «schweren Mangel» i.S.v. Art. 2 Bst. d IRSG auf.

⁹⁴ 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.

⁹⁵ Änderung des MStP und des MStG vom 19. Dez. 2003 (BBI 2003 8237).

Verfahren sowie dafür bieten würde, dass die Bedingungen für eine Auslieferung erfüllt sind und keine Ablehnungsgründe vorliegen, wird bzw. würde von der Schweiz nicht anerkannt⁹⁶.

1.3.2.3.3 Zusätzliche Voraussetzung bei der Verfolgung von Kriegsverbrechen: Der Täter hat einen «engen Bezug» zur Schweiz

Am 24. September 2003 hat der Ständerat beschlossen⁹⁷, in Artikel 9 MStG einen neuen Absatz 1^{bis} einzufügen. 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. Der Nationalrat folgte dem Ständerat am 15. Dezember 2003 gefolgt⁹⁸, und die Änderung wurde am 19. Dezember 2003 von beiden Kammern gutgeheissen⁹⁹. Sie ist am 1. Juni 2004 in Kraft getreten¹⁰⁰.

Der Bundesrat hatte in seiner Botschaft vom 22. Januar 2003¹⁰¹ ursprünglich vorgeschlagen, das geltende Recht nur dahingehend zu präzisieren, dass auch bei der 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 Teils¹⁰² und den spezifischen Bestimmungen im Besonderen Teil des StGB¹⁰³ 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 war¹⁰⁴. Das Parlament hat dadurch bei der Verfolgung von Kriegsverbrechen in der Schweiz bewusst eine Neugewichtung zwischen dem Universalitätsprinzip zur Ahndung fundamentaler Menschenrechtsverletzungen (z.B. beim Völkermord, bei

⁹⁶ Vgl. Botschaft zur Änderung des Militärstrafprozesses (Zeugenschutz) und des Militärstrafgesetzes vom 22. Jan. 2003, BBl **2003** 767, 817.

⁹⁷ AB S **2003** 938

⁹⁸ AB N **2003** 1983

⁹⁹ AB N **2003** 1247, AB N **2003** 2131

¹⁰⁰ AS **2004** 2691

¹⁰¹ Botschaft vom 22. Jan. 2003 zur Änderung des Militärstrafprozesses (Zeugenschutz), BBl **2003** 767, 815 ff.

¹⁰² Art. 6^{bis} StGB, Art. 5-7 nAT-StGB.

¹⁰³ Art. 185 Ziff. 5, Art. 240 Abs. 3, Art. 245 Ziff. 1 Abs. 4, Art. 264 Abs. 2 StGB.

¹⁰⁴ Vgl. Ziff. 1.3.2.2

Folter oder besonders schweres Verbrechen, welche von der internationalen Rechtsgemeinschaft geächtet werden)¹⁰⁵ und dem Schutz anderer Interessen des Landes vorgenommen und zugunsten der letzteren entschieden.

Der Entscheid des Parlaments stiess in der Wissenschaft und bei Nichtregierungsorganisationen teilweise auf Kritik. Es wurde die Forderung erhoben, auf das Strafverfolgungserfordernis des «engen Bezugs» zu verzichten und zum ursprünglich vom Bundesrat in der Botschaft unterbreiteten Vorschlag zurückzukehren¹⁰⁶.

1.3.2.4 Geltung des «engen Bezugs» auch bei Völkermord und bei Verbrechen gegen die Menschlichkeit

Im Rahmen des VE über die ergänzenden Massnahmen im Bereich des Strafrechts zur Umsetzung des Römer Statuts des IStGH stellt sich bei der Ausgestaltung des Universalitätsprinzips die Frage, welche Auswirkungen dieser jüngste gesetzgeberische Entscheid des Parlaments zur Geltung des Universalitätsprinzips bei der Strafverfolgung von Kriegsverbrechen auf die Strafverfolgung von Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach sich zieht.

Der Vorentwurf sieht angesichts des jüngst geäusserten klaren Willens des Gesetzgebers bei der Strafverfolgung von Kriegsverbrechen vor, das Erfordernis des «engen Bezugs» auch für die Strafverfolgung von Völkermord vorzusehen sowie neu für die Verbrechen gegen die Menschlichkeit einzuführen. In Angleichung an die Regelung im MStG soll das Erfordernis des «engen Bezugs» auch für die im StGB aufzunehmenden Tatbestände der Kriegsverbrechen gelten.

Bei der Einführung des Kriteriums des «engen Bezugs» handelt es sich um einen politischen Entscheid, wonach die strafrechtliche Verfolgung der schwersten Völkerrechtsverbrechen, wenn sie im Ausland durch einen Täter nichtschweizerischer Nationalität begangen wurden, in der Schweiz nicht dem uneingeschränkten Universalitätsprinzip zu unterstellen sind. Es ist angebracht, an dieser Stelle auf die Folgen hinzuweisen, welche diese Änderung mit sich bringt.

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 z.B. Flüchtlinge und Asylsuchende, Personen, welche sich für eine stationäre ärztliche Behandlung in der Schweiz aufhalten,

¹⁰⁵ Vgl. Art. 264 Abs. 2 StGB, Art. 6^{bis} StGB, Art. 7 Abs. 2 Bst. b nAT-StGB.

¹⁰⁶ Vgl. den entsprechenden Appell an den Nationalrat von 37 Professoren und Professorinnen der Rechtswissenschaften. Der Text dieses Vorstosses und die Liste der Unterzeichnenden 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.

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 nur ein Bankkonto bei einer Schweizer Bank hätten, oder Personen, die sich bloss zur Durchreise oder für kürzere Zeit in unserem Land befänden und die Absicht hätten, bald wieder ab- oder weiterzureisen¹⁰⁷.

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 von anderen Personen abhebt (subjektiv-qualitativer Bezug). Solche Personen können weiterhin ins Recht gefasst werden. Die in der parlamentarischen Debatte genannten Beispiele sind nicht absolut, sondern im Sinne dieser allgemeinen Erwägungen zu verstehen. Zur Feststellung eines hinreichenden Inlandbezugs im Einzelfall bedarf es einer Abwägung durch die zuständigen Behörden. Die Unbestimmtheit dieser Gesetzesbestimmung im Hinblick auf die Geltung des Strafgesetzbuches bei Auslandstaten ist aus Sicht des Legalitätsprinzips nicht optimal. Sie soll jedoch im Sinne des jüngst geäusserten Willens des Gesetzgebers umgesetzt werden.

Wie verhält sich das Erfordernis des «engen Bezugs» zu den Bestimmungen (nach bisherigem AT und nAT) über den räumlichen und persönlichen Geltungsbereichs des StGB?

Das geltende Strafgesetzbuch kennt in den Fällen, in welchen eine extraterritoriale Zuständigkeit der Schweiz zur Strafverfolgung von Ausländern besteht¹⁰⁸, das Kriterium des «engen Bezugs» nicht. Als persönliche Bande des ausländischen Täters zur Schweiz wird lediglich dessen Anwesenheit auf schweizerischem Territorium vorausgesetzt oder, wenn das Opfer schweizerischer Nationalität ist, dessen Auslieferung in die Schweiz. Entsprechend hatte der Bundesrat in der Botschaft zur Revision des Allgemeinen Teils des StGB, welche Ende 2002 vom Parlament verabschiedet wurde, die Voraussetzungen für die Geltung des schweizerischen Rechts formuliert. Das Parlament erweiterte damals indes den Kreis der Fälle, in denen die extraterritoriale Zuständigkeit der Schweiz zur Strafverfolgung zur Anwendung gelangt. Es beschloss die Zuständigkeit der schweizerischen Strafverfolgungsbehörden, wenn sich der Täter in unserem Land befindet und «ein besonders schweres Verbrechen begangen hat, das von der internationalen Rechtsgemeinschaft geächtet wird»¹⁰⁹. Entsprechend sah denn auch der Bundesrat

¹⁰⁷ Vgl. AB N **2003** 1987 f.

¹⁰⁸ Vgl. Ziff. 1.3.2.2

¹⁰⁹ Vgl. Art. 7 Abs. 2 Bst. b des neuen Allgemeinen Teils (AT) des StGB vom 13. Dez. 2002, BBl **2002** 8240.

in seiner Botschaft vom 22. Januar 2003 betreffend die Revision des MStP und MStG¹¹⁰ das Kriterium des «engen Bezugs» nicht vor.

Da dieses neue Kriterium bei der Verfolgung von Kriegsverbrechen von den zuvor erlassenen allgemeinen Regeln abweicht, ist davon auszugehen, dass das Parlament eine Spezialregelung («*lex specialis*») schaffen wollte, welche Vorrang hat. Entsprechend sollen Kriegsverbrechen sowie Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit nicht unter die neue Zuständigkeitsregelung des neuen Allgemeinen Teil subsumiert werden, obwohl sie an sich zu den «besonders schweres Verbrechen» zu zählen sind, welche «von der internationalen Rechtsgemeinschaft geächtet» werden. Eine analoge, durchgehende Einschränkung der Zuständigkeitsbestimmungen im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches drängt sich indes nicht auf.

Entstehen durch das Erfordernis des «engen Bezugs» Strafverfolgungslücken in der Schweiz?

Die Geltung des Kriteriums des «engen Bezugs» bei Kriegsverbrechen und neu gemäss VE auch bei Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit hat zur Folge, dass die Möglichkeit der Schweiz, Personen zu verfolgen, welche schwerste Verbrechen, die die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren (so Art. 5 des Statuts des IStGH) begangen haben im Vergleich zur Strafverfolgung anderer, teils weniger gravierender Delikte, eingeschränkt ist. Die Schweiz wäre dann zuständig, wenn kein anderes Land oder Gericht eine primäre Zuständigkeit aufweist, und zwischen dem Täter und der Schweiz mehr als eine zufällige Beziehung besteht. Dadurch kann zum Beispiel eine ausländische Person auf der Durchreise, d.h. ohne «engen Bezug» zur Schweiz, die ein Kind im Ausland sexuell ausgebeutet hat, in der Schweiz zur Verantwortung gezogen werden¹¹¹. Hingegen kann ein durchreisender Täter, der im Rahmen eines Völkermordes, eines Angriffs gegen die Zivilbevölkerung oder während eines bewaffneten Konflikts im Ausland an Massentötungen oder Vergewaltigungen teilgenommen oder die Folterung von Kriegsgefangenen zu verantworten hat, in der Schweiz strafrechtlich nicht verfolgt werden. Übernimmt eine ausländische oder internationale Strafjustiz das Strafverfahren, so wird der Betroffene – vorbehaltlich allfälliger völkerrechtlicher Immunitäten - ans Ausland ausgeliefert.

Steht das Erfordernis des «engen Bezugs» im Einklang mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz zur strafrechtlichen Verfolgung von Folter und von Kriegsverbrechen?

Artikel 6^{bis} StGB (bzw. Art. 6 nAT-StGB) sieht die Zuständigkeit der Schweiz zur Strafverfolgung von Auslandtaten vor, wenn sich eine Verpflichtung aus einem internationalem Übereinkommen ergibt, welches von der Schweiz ratifiziert worden ist. Eine solche Verpflichtung ergibt sich beispielsweise nach Artikel 5 Absatz 2 des Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder

¹¹⁰ Vgl. Ziff. 1.3.2.3.3

¹¹¹ Vgl. Art. 5 nAT-StGB.

erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10. Dezember 1984, welches die Vertragsstaaten ausdrücklich verpflichtet, ihre Gerichtsbarkeit über Folterhandlungen auch für den Fall zu begründen, dass der Verdächtige sich im Vertragsstaat befindet und er nicht an einen anderen Vertragsstaat ausgeliefert wird¹¹². Die einschränkende Bestimmung des «engen Bezugs» kommt im Rahmen der Anwendbarkeit der völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz nicht zum Tragen.

Die Genfer Abkommen von 1949 zum Schutze der Kriegsgesonderten und das 1. Zusatzprotokoll von 1977 verpflichten die Vertragsparteien, 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 auszuliefern¹¹³. Dies heisst für die Schweiz, dass sie die Strafverfolgung gegen einen mutmasslichen Täter einleiten muss, sobald sich dieser in der Schweiz befindet, ein genügender Verdacht gegen ihn besteht und sie seiner habhaft werden kann. Die «schweren Verletzungen» der Genfer Abkommen von 1949 werden nach heutigem Recht wie alle andern Verletzungen des humanitären Völkerrechts nach der Generalklausel in Artikel 109 MStG bestraft. Im VE wird diese Verbrechenskategorie in Artikel 264^{quater} VE-StGB und Artikel 111 VE-MStG erfasst. Auch bei diesen Straftaten wird das Erfordernis des «engen Bezugs» von den zuständigen Behörden völkerrechtskonform auszulegen und anzuwenden sein¹¹⁴.

Ist das Kriterium des «engen Bezugs» erforderlich, um den sachlichen und rechtlichen Bedenken zu begegnen, welche das Parlament zur Aufnahme dieses Kriteriums in das Militärstrafgesetz bewogen haben?

In jüngster Zeit ist es nicht nur in Belgien und andern Ländern (z.B. in Grossbritannien gegen den ehemaligen chilenischen Staatschef Augusto Pinochet), sondern auch in der Schweiz vereinzelt 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 jüngst 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

¹¹² SR **0.105**, für die Schweiz in Kraft getreten am 26. Juni 1987.

¹¹³ 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

¹¹⁴ Der Vertreter des Bundesrates hat anlässlich der Revision des MStP und MStG im Dezember 2003 im Parlament klargestellt, dass das Gesetz völkerrechtskonform auszulegen sein wird; vgl. AB N 2003 1987.

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. Auch werden die Strafverfolgungsbehörden Anzeigen keine Folge leisten, wenn diese einer vernünftigen Grundlage entbehren. Es ist auch hervorzuheben, dass es aufgrund der schon länger 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 Ruanda konnten vielmehr in vernünftigem Umfang bewältigt werden.

Ausländische Gesetze über Geltung des Universalitätsprinzips bei der Verfolgung von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen

Um die Probleme zu vermeiden, welche Belgien erlebte, hat z.B. Kanada das Prinzip der «quasi-Universalität» im *Crimes Against Humanity Act* aus dem Jahre 2000 verankert. Danach können nur Ausländer verfolgt werden, welche sich in Kanada befinden; ein «enger Bezug» ist nicht nachzuweisen. Im Weiteren besitzt der Generalprokurator ein Ermessen, ob er solche Fälle strafrechtlich verfolgen will¹¹⁵. In den Niederlanden wird gemäss dem Gesetz über internationale Verbrechen (*Wet Internationale Misdrijven*) bei Auslandtaten von Ausländern ebenfalls nur die Anwesenheit auf niederländischem Territorium verlangt¹¹⁶. Auch in Deutschland gilt seit Inkrafttreten des Völkerstrafgesetzbuches vom 26. Juni 2002 das Kriterium des „Inlandbezugs“ nicht mehr¹¹⁷. Die Staatsanwaltschaft kann lediglich dann von einer Verfolgung eines Ausländers absehen, wenn sich der Beschuldigte nicht im Inland aufhält und ein solcher Aufenthalt auch nicht zu erwarten ist¹¹⁸. Der neuseeländische *International Crimes and International Criminal Court Act* aus dem Jahre 2000 verwirklicht das Universalitätsprinzip in noch stärkerem Umfang, indem bei Verfahrenseröffnung die Anwesenheit des Täters nicht erforderlich ist¹¹⁹.

Im Vergleich zu den genannten Staaten mit vergleichbaren Rechtsauffassungen, dürfte sich die schweizerische Voraussetzung eines «engen Bezugs» zur Ausübung universeller Gerichtsbarkeit restriktiver erweisen.

¹¹⁵ Vgl. Art. 8 Bst. b und Art. 9 Abs. 3 des *Crimes Against Humanity Act*.

¹¹⁶ Vgl. § 1, Section 2, Ziff. 1 Bst. a des *Wet Internationale Misdrijven*

¹¹⁷ Vgl. Art.1 des Völkerstrafgesetzbuch (BGBl. I, 2254).

¹¹⁸ § 153 f der deutschen Strafprozessordnung.

¹¹⁹ Vgl. Part 2, § 8, Ziff. 1 Bst. c des *International Crimes and International Criminal Court Act*.

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 zu Gunsten 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 tragischen Ereignisse steht leider oft vor der Situation (z.B. im früheren Jugoslawien oder Ruanda), dass Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen gleichzeitig begangen werden. Die Vorfälle werden in der Praxis dann gemeinsam untersucht und angeklagt, so dass es schliesslich dem Gericht obliegt, festzustellen, welcher Tatbestand verwirklicht worden ist. Mit dem Einfügen des Tatbestandes der Verbrechen gegen die Menschlichkeit ins schweizerische Strafrecht stellt sich nun die Frage, welche Behörden sinnvollerweise 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 340 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. 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 verfolgt.

Kriegsverbrechen

Kriegsverbrechen, d.h. die schwere Verletzung des humanitären Völkerrechts in bewaffneten Konflikten (Art. 108-114 MStG) zwischen Staaten, aber auch in innerstaatlichen Konflikten¹²⁰, werden heute von der Militärjustiz (vgl. Art. 2 und 218 MStG) unabhängig davon beurteilt, ob sie von Militärpersonen (Art. 2 Abs. 1 Ziff. 1, 2, 3, 6 sowie Abs. 2¹²¹) oder von Zivilpersonen (Art. 2 Ziff. 9 MStG) begangen worden sind. Diese Zuständigkeit besteht grundsätzlich sowohl für Taten in der Schweiz wie auch im Ausland (Art. 9 Abs. 1 und 218 Abs. 2)¹²². Bei Kriegsverbrechen, welche von Nichtschweizern im Ausland begangen wurden, gilt sie jedoch gemäss der Änderung des MStG vom 19. Dezember 2003¹²³ 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 heute 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 Konflikt¹²⁴. 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 kann¹²⁵.

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 (Art. 221 MStG) bzw. der Obergericht (vgl. Art. 46 Abs. 2 MStV) deren ausschliessliche Beurteilung dem militärischen oder dem zivilen Gericht übertragen.

¹²⁰ Vgl. Schweizerisches Militärkassationsgericht, Urteil vom 27. Apr. 2001, Rechtssache *Fulgence Niyonteze*, S. 10.

¹²¹ Bundesgesetz vom 3. Okt. 2003 betreffend die Änderung des Militärstrafgesetzes (Revision der Disziplinarstrafordnung) (BBl **2003** 6747), in Kraft getreten am 1. März 2004 (AS **2004** 921).

¹²² Vgl. Schweizerisches Militärkassationsgericht, Urteil vom 13 Mai 1996, Rechtssache *M.*, Band 11 Nr. 91 Erw. 2a).

¹²³ In Kraft seit dem 1. Juni 2004 (AS **2004** 2691).

¹²⁴ Angehörige der Schweizer Armee sind hingegen der schweizerischen Militärgerichtsbarkeit auch ausserhalb eines bewaffneten Konflikts unterstellt.

¹²⁵ 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.

Gemäss einem neuen Absatz 2 von Artikel 221 MStG, welcher durch das Bundesgesetz vom 24. März 2000¹²⁶ eingefügt wurde, wird die Verfolgung und Beurteilung von Völkermord exklusiv 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 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 Verbrechenskategorien (Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen) der zivilen oder der militärischen Gerichtsbarkeit zuzuordnen sind, bieten sich folgende Lösungsmodelle an:

1.3.3.2.1 Modell 1: Integrale Zuweisung an die zivile Gerichtsbarkeit

Denkbar wäre zunächst die Zuweisung aller drei Verbrechenskategorien an die zivile Strafjustiz. Dies hätte den Vorteil einer einheitlichen Regelung. Zudem stehen seit dem jüngsten Ausbau der Strafverfolgungsbehörden des Bundes im Rahmen der sog. «Effizienzvorlage» beschränkte, zusätzliche personelle Ressourcen zur Verfolgung von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen zur Verfügung. Seit dem 1. April 2004 hat überdies das Bundesstrafgericht seine Arbeit aufgenommen und wird erstinstanzlich allfällige Anklagen wegen Völkermordes beurteilen können¹²⁷.

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

1.3.3.2.2 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 eine gewisse Kompetenz erworben. Sie verfügt generell über ein

¹²⁶ BBl 2000 2168.

¹²⁷ Vgl. die Pressemitteilungen des EJPD vom 26.6.2003 und des Bundesstrafgerichts vom 1.4.2004.

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 Verbrechenkategorien 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, so dass längerfristig die Militärjustiz mit ihrer Milizstruktur ohne Verstärkung nicht in der Lage sein würde, die ordnungsgemässe Verfolgung und Beurteilung von Völkerrechtsverbrechen zu gewährleisten.

Da alle drei Verbrechenkategorien 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 ohne Notwendigkeit nicht zu unterstellen sind, sondern nur dann, wenn Rechtsgüter von spezifisch militärischem Wert zu schützen sind. Eine integrale Zuweisung an die Militärjustiz würde deshalb zu einer Zuständigkeit führen, welche in diesem Umfang in unserer Zivilgesellschaft wohl wenig Akzeptanz erfahren würde. Entscheidend erscheint dabei, dass die Militärjustiz aus Milizangehörigen besteht, welche nur bedingt für solche komplexen und langwierigen Verfahren zur Verfügung stehen.

1.3.3.2.3 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. Neu würde die Ziviljustiz auch zuständig für die Verfolgung der Verbrechen gegen die Menschlichkeit; deren Aufnahme würde nur im StGB erfolgen. 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 Verbrechenstatbestände erst durch das Gericht vorgenommen wird. Bei einer Anknüpfung nach Variante A müsste aber von Anfang an darüber entschieden werden, welches Delikt verfolgt werden soll, weil von diesem Entscheid abhängig wäre, welche Behörde zur Strafverfolgung zuständig ist. Liegt es aber in der Kompetenz des urteilenden Gerichts, ist es in der Regel nicht möglich, entsprechend Variante A die Zuständigkeit schon vor der 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 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, als ziviler, bewaffneter Kämpfer oder als reiner Zivilist am Konflikt teilgenommen hat bzw. beteiligt war. Auch fragt sich, ob es sich bei einer solchen Zuständigkeitsabgrenzung, nach welcher vermutlich zwischen 80 und 90 Prozent aller Fälle an die Militärjustiz gehen würden, noch rechtfertigen würde, die mit der «Effizienzvorlage» aufgebaute Parallelstruktur in der Bundesanwaltschaft aufrecht zu erhalten.

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. Keine Rolle spielt dabei, ob der Täter in militärischer oder ziviler Eigenschaft gehandelt hat. Der zivilen Justiz verbleiben alle Fälle, in denen kein bewaffneter Konflikt vorliegt. 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 bzw.

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 erheischen¹²⁸. 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 Vorentwurf 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 Tätoreigenschaft 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. Diese Lösung erscheint als klar und sachgerecht.

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

¹²⁸ Kurt Hauri, *Kommentar zum Militärstrafgesetz*, Bern 1983, Art. 3, S. 68 N. 3.

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 Täter als Zivil- oder Militärperson gehandelt hat (ein solcher Entscheid ist – wie erläutert – gerade bei Auslandstaten zu Beginn des Verfahrens nicht immer einfach zu fällen).

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 statt¹²⁹.

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 zur Zuständigkeit nach geltendem und künftigem Recht in Anhang 1):

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

- Schweizerische Zivilpersonen
- Ausländischen Personen (zivile und militärische)

Die Militärgerichtsbarkeit erstreckt sich fortan auf folgende drei Personenkategorien:

- Personen mit schweizerischem militärischen Statut (Art. 2, 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 des Vorentwurfs neu auch für Völkermord¹³⁰ und Verbrechen gegen die Menschlichkeit.
- 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. 9 Abs. 1^{ter} VE-MStG).
- Drittens werden neu Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen insgesamt der Militärjustiz unterstellt, wenn sich die Schweiz selbst im Krieg¹³¹ befindet (vgl. Art. 4, Ziff. 2 VE-MStG i.V.m. Art. 218 MStG).

¹²⁹ Dadurch wird auch Art. 84 des Genfer Abkommens (III) über die Behandlung der Kriegsgefangenen vom 12. Aug. 1949 (SR **0.518.42**) Genüge getan, der in Kriegszeiten eine Gleichbehandlung von ausländischen und eigenen Militärangehörigen verlangt.

¹³⁰ 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 Revision obsolet. Der Vorentwurf sieht daher eine entsprechende Anpassung von Art. 221 MStG vor.

¹³¹ Gemäss Art. 5 MStG (bleibt nach VE unverändert) gelten die für die Kriegszeiten auf gestellten Bestimmungen nicht nur, wenn die Schweiz sich im Kriege befindet, sondern auch wenn der Bundesrat bei unmittelbar drohender Kriegsgefahr ihre Anwendung beschliesst.

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»¹³² verabschiedet. Diese sieht für die genannten Verbrechensformen, welche im Jahre 2000 durch den Tatbestand des Völkermords ergänzt wurden¹³³, eine primäre Bundeskompetenz vor¹³⁴. 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.

Diese Bestimmungen der «Effizienzvorlage» über die Delegation an die Kantone, die auf den 1. Januar 2002 in Kraft getreten waren¹³⁵, hatten nur übergangsrechtlichen Charakter. Mit dem Inkrafttreten der sog. «Justizreform» schreibt die Bundesverfassung¹³⁶ 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 Bundesstrafgericht¹³⁷ am 1. April 2004¹³⁸ werden heute Fälle betreffend die organisierte Kriminalität, Wirtschaftskriminalität und Völkermord in erster Instanz vom Bundesstrafgericht und auf Rechtsmittel hin vom Bundesgericht behandelt. Das

¹³² Bundesgesetz vom 22. Dez. 1999 (Schaffung neuer Verfahrenskompetenzen des Bundes in den Bereichen organisiertes Verbrechen und Wirtschaftskriminalität), BBl **2000** 70.

¹³³ Bundesgesetz vom 24. März 2000, BBl **2000** 2168.

¹³⁴ Vgl. Art. 340 Ziff. 2 und Art. 340^{bis} StGB

¹³⁵ AS **2001** 3071; AS **2001** 3315.

¹³⁶ Art. 191a Absatz 1 BV (Fassung «Justizreform»); vgl. Bundesbeschluss über die Reform des Justiz vom 8. Oktober 1999 (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.

¹³⁷ Bundesgesetz über das Bundesstrafgericht vom 4. Okt. 2002, AS **2003** 2133.

¹³⁸ 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.

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 das organisierte Verbrechen, die Wirtschaftskriminalität und den 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 sein¹³⁹.

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.

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 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 erreicht. Entsprechende Verfahren werden von den internationalen Medien aufmerksam verfolgt. Durch Einführung der Bundesgerichtsbarkeit wird nach aussen ein Signal gesetzt, dass der Verfolgung von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen eine besondere Bedeutung zugemessen wird.

Mit Inkrafttreten des Bundesgesetzes über das Bundesstrafgericht am 1. April 2004 hat das neue Bundesstrafgericht erster Instanz seine Arbeit aufgenommen. Für die

¹³⁹ Eine Vertretung der Anklage durch den Bundesanwalt vor dem kantonalen Gericht findet nicht mehr statt; vgl. Art. 18^{bis} BStP in der Fassung des Anhangs des Bundesgesetzes über das Bundesstrafgericht vom 4. Okt. 2002, AS **2003** 2133; vgl. auch Botschaft zur Totalrevision der Bundesstrafrechtspflege vom 28. Feb. 2001, BBl **2001** 4202, 4369.

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^{bis} BStP¹⁴⁰ angeknüpft werden. Das Verfahren ist demnach im Prinzip von den Strafverfolgungsbehörden des Bundes zu führen. Eine Delegation der Untersuchung und Beurteilung an kantonale Behörden kann nur in einfachen Fällen erfolgen.

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 verabschiedet 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. Sie sind darauf zurückzuführen, dass einzelne Fragen gleichzeitig Gegenstand verschiedener Reformvorhaben sein können, diese Reformvorhaben jedoch nicht eine identische Materie beinhalten, sondern eine andere Ausgangslage besitzen. 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 unbotmässig verzögern.

Gemeint sind:

- Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches (AT-Revision)¹⁴¹
- Revision des Allgemeinen Teils des Militärstrafgesetzes¹⁴²

Bei der Verabschiedung des Vorentwurfes und des Erläuternden Berichts ist davon auszugehen, dass die genannten Erlasse noch nicht in Kraft getreten sind. In diesem Erläuternden Bericht wird deshalb noch auf die geltenden Gesetzesbestimmungen abgestellt (unter Verweis auf das neue Recht der genannten Erlasse). Sofern diese Erlasse bei der Verabschiedung der Botschaft betreffend ergänzende Massnahmen im Bereich des Strafrechts zur Umsetzung des Römer Statuts des IStGH noch nicht in Kraft getreten sind, soll in Fussnoten auf die jeweiligen Bestimmungen dieser Erlasse verwiesen werden. In Bezug auf die in Kraft getretenen Erlasse erfolgt nur der Verweis auf das neue Recht.

¹⁴⁰ In der Fassung des Anhangs des Bundesgesetzes über das Bundesstrafgericht vom 4. Okt. 2002, AS **2003** 2133.

¹⁴¹ Schweizerisches Strafgesetzbuch. Änderung vom 13. Dez. 2002, BBI **2002** 8240. Das Inkrafttreten ist auf Anfang 2007 vorgesehen.

¹⁴² Militärstrafgesetz. Änderung vom 21. März 2003, BBI **2003** 2808. Das Inkrafttreten ist auf Anfang 2007 vorgesehen.

2 Besonderer Teil

2.1 Änderung des Strafgesetzbuches¹⁴³

Im Zentrum der Revision des Strafgesetzbuches steht ein neuer Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Aufgrund der neuen Zuständigkeitsordnung bei der Strafverfolgung¹⁴⁴ 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. 264^{bis} VE-StGB in den bereits bestehenden zwölften Titel^{bis} StGB («Straftaten gegen die Interessen der Völkergemeinschaft») eingefügt werden¹⁴⁵. Für die Regelung der Kriegsverbrechen (neue Art. 264^{ter}-264^{undecies} VE-StGB) soll das Strafgesetzbuch um einen neuen zwölften Titel^{ter} «Kriegsverbrechen (Schwere Verletzungen des humanitären Völkerrechts im Zusammenhang mit bewaffneten Konflikten)» ergänzt werden. Dieser Titel ist dem neuen sechsten Abschnitt des Militärstrafgesetzes nachgebildet. In einem zwölften Titel^{quater} sind die dem zwölften Titel^{bis} und zwölften Titel^{ter} gemeinsamen Bestimmungen enthalten. Dies betrifft die Regelungen der Strafbarkeit von militärischen und zivilen Vorgesetzten für Verbrechen ihrer Untergebenen (Art. 264^{duodecies} VE-StGB), das Handeln auf Befehl oder Anordnung (Art. 264^{terdecies} VE-StGB), die Zuständigkeit der Schweiz für Auslandtaten (Art. 264^{quaterdecies} VE-StGB) sowie die Aufhebung der relativen parlamentarischen Immunität (Art. 264^{quinquiesdecies} VE-StGB). Weitere Modifikationen betreffen die bestehenden Vorschriften über die Unverjährbarkeit von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen (Art. 75^{bis} StGB), die öffentliche Aufforderung zum Völkermord (Art. 259 StGB), die strafbaren Vorbereitungshandlungen (Art. 260^{bis} StGB) sowie die Einführung der Bundesgerichtsbarkeit für Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen (Art. 340 Ziff. 2 StGB).

¹⁴³ SR 311.0

¹⁴⁴ Vgl. Ziff. 1.3.3.3

¹⁴⁵ 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, wenn eine solche durch die Ratifikation des Statuts für den Internationalen Strafgerichtshof notwendig wird; vgl. Botschaft vom 31. März 1999 betreffend das Übereinkommen über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes sowie die entsprechende Revision des Strafrechts, BBI 1999 5346.

2.1.1 Artikel 75^{bis} VE-StGB (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 verfügen, 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 streng genommen 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 entsprechende 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 nämlich zur Überzeugung gelangen, die nationalen Behörden seien im Sinne von Artikel 17 nicht mehr «in der Lage», eine Strafverfolgung wirksam durchzuführen. Dabei ist immerhin 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 zurzeit 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 Völkermord¹⁴⁶ und Kriegsverbrechen (sowie qualifizierte terroristische Straftaten) bereits nach geltendem Recht unverjährbar (Art. 75^{bis} StGB

¹⁴⁶ Nach geltendem Art. 75 Abs. 1 Ziff. 1 Bst. a StGB ist neben der Ausrottung auch die der Versklavung gleichkommende Unterdrückung bestimmter Gruppen unverjährbar. Dadurch werden einzelne Verbrechen gegen die Menschlichkeit erfasst, jedoch nicht alle.

sowie Art. 56^{bis} MStG)¹⁴⁷. Diese Bestimmungen sind seit 1. Januar 1983 in Kraft und gelten für Taten, deren Verfolgungsverjährung zu jenem Zeitpunkt noch nicht abgelaufen war. Wie der Bundesrat im Jahre 1977 in der Botschaft zur Einführung von Artikel 75^{bis} StGB ausführte¹⁴⁸, bezweckt diese Gesetzesbestimmung 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. Eine Aufhebung der Verjährung für diese Taten ist deshalb gemäss der erwähnten Botschaft sachgerecht, weil sie sich durch ihre Zielrichtung, wegen der angewendeten Mittel oder wegen ihres Ausmasses aus der gewöhnlichen Kriminalität herausheben.

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 75^{bis} StGB (bzw. Art. 101 nAT-StGB) um diesen Tatbestand zu erweitern. Entsprechendes gilt für das Militärgesetz (Art. 56^{bis} MStG bzw. Art. 59 nAT-MStG). Mit dieser Massnahme ist Gewähr geboten, dass Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen im Sinne des Römer Statuts auch nach Schweizer Recht nicht verjähren.

Im Weiteren soll auch die geltende Umschreibung der unverjährbaren Kriegsverbrechen nach Artikel 75^{bis} Absatz 1 Ziffer 2 StGB an die Vorgaben des Römer Statuts angepasst werden. In Anlehnung an den neuen zwölften Titel^{ter} des VE-StGB sind Kriegsverbrechen der Unverjährbarkeit zu unterstellen, sofern sie als schwer zu qualifizieren sind.

In einem Absatz 3 zu Artikel 75^{bis} VE-StGB ist entsprechend der aktuellen Fussnote zu Artikel 75^{bis} StGB¹⁴⁹ 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.

¹⁴⁷ Diese Bestimmungen entsprechen Art. 101 nAT-StGB gemäss Änderung des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 13. Dez. 2002 (BBI **2002** 8240), beziehungsweise Art. 59 nAT-MStG gemäss Änderung des Militärstrafgesetzes vom 21. März 2003 (BBI **2003** 2808).

¹⁴⁸ BBI **1977** II 1247 ff.

¹⁴⁹ Mit Inkrafttreten der AT-Revision wird die Fussnote zu Art. 75^{bis} StGB in Abs. 3 von Art. 101 nAT-StGB umgewandelt.

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

Im Zusammenhang mit den ergänzenden Massnahmen zur 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 evaluieren. 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 ratifiziert¹⁵⁰. Angesichts dieser Sachlage besteht international kein Druck 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.

Für die Schweiz würden sich durch einen Beitritt ebenfalls keine Vorteile ergeben. So kennt das Schweizer Strafrecht bezüglich der Verbrechen des Völkermords und der Kriegsverbrechen bereits die Unverjährbarkeit. Mit der geplanten Aufnahme der Verbrechen gegen die Menschlichkeit in die jeweiligen Unverjährbarkeitsbestimmungen des StGB und MStG ist dafür gesorgt, dass das schweizerische Recht den Anforderungen des Römer Statuts vollumfänglich gerecht wird. Ein Beitritt erscheint nach dem Beitritt der Schweiz zum Römer Statut somit als überflüssig. 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, so dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass diese Frage dereinst zu Rechtsunsicherheiten führen könnte.

¹⁵⁰ 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. Dem Übereinkommen des Europarates sind bis heute lediglich drei Staaten beigetreten (Niederlande 1981, Rumänien 2000 und Belgien 2003).

2.1.2 Artikel 259 Absatz 1^{bis} VE-StGB (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 des IStGH (Art. 25 Abs. 3 Bst. e). Der Täter wirkt hier 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 Völkermords nach Artikel 264 Absatz 1 Ziffern 1-4 StGB hervorrufen will. Das Völkermord-Übereinkommen verlangt von den Vertragsstaaten bei der Verfolgung des Völkermords allerdings lediglich die Anwendung des Territorialitätsprinzips (Artikel VI), d.h. dass in der Schweiz eine Person nur dann wegen Aufreizung zum Völkermord verfolgt werden müsste, wenn die Aufreizung in der Schweiz stattfindet. Das Römer Statut erfordert eine Strafverfolgung überdies, wenn es sich beim Täter um einen Schweizer handelt, der in der Schweiz oder im Ausland zum Völkermord aufgerufen hat.

Die Aufreizung zum Völkermord wird als selbständiges Delikt nach geltendem Recht durch Artikel 259 StGB («Öffentliche Aufforderung zu Verbrechen oder zur Gewalttätigkeit») erfasst. Tatbestandsmässig ist jede öffentliche Aufforderung oder Hetzkampagne, gegen eine bestimmte Gruppe in einer Weise vorzugehen, deren Wirkungen einem Völkermord entsprechen. Unter diese Bestimmung fallen Taten, die in der Schweiz oder von einem Schweizer im In- und Ausland begangen werden. Zur Umsetzung der Verpflichtungen aus dem Völkermord-Übereinkommen und dem Römer Statut ist eine Änderung des Anwendungsbereichs von Artikel 259 StGB 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 abgeschwächteren Verwirklichungsformen nachzuvollziehen¹⁵¹. Dementsprechend ist Völkermord auch in die Liste der strafbaren Vorbereitungshandlungen aufgenommen worden, deren Begehung auch dann strafbar ist, wenn die Vorbereitungshandlung im Ausland begangen wird, sofern die beabsichtigten strafbaren Handlungen in der Schweiz verübt werden sollen (vgl. Art. 260^{bis} Abs. 1 und 3 StGB). Beim Tatbestand der «Öffentlichen Aufforderung zu Verbrechen oder zur Gewalttätigkeit» nach Artikel 259 StGB ist damals allerdings eine entsprechende Ergänzung im Gesetzesentwurf trotz Ankündigung in der Botschaft aus einem redaktionellen Versehen unterblieben¹⁵².

Im Rahmen dieser Vorlage empfiehlt es sich, dies nachzubessern. Da Artikel 259 StGB bis anhin für den örtlichen Anwendungsbereich diese Erweiterung nicht

¹⁵¹ BBl 1999 5350

¹⁵² Vgl. BBl. 1999 5350.

vorsieht, ist ein entsprechender Absatz 1^{bis} einzuführen. Dabei ist die räumliche Ausdehnung der Strafbarkeit auf die Aufreizung zur Begehung von Völkermord zu beschränken. Weiter sollen - im Sinne einer ausgewogenen Berücksichtigung universeller Strafbarkeitsinteressen und einer territorialer Begrenzung der schweizerischen Zuständigkeit zur Strafverfolgung - nur jene Aufforderungen zu Verbrechen erfasst werden, mit denen die genannten Verbrechen in der Schweiz verübt werden sollen: Artikel 259 StGB dient in erster Linie der Sicherung des öffentlichen Friedens in der Schweiz¹⁵³. Dadurch wird jedoch nicht ausgeschlossen, 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 Artikel 264 Absatz 2 StGB bzw. des neuen Artikel 264^{quaterdecies} VE-StGB.

2.1.3 Artikel 260^{bis} VE-StGB (Strafbare Vorbereitungshandlungen)

Nach Artikel III Buchstabe b des Völkermord-Übereinkommens sind die Staaten verpflichtet, auch die «Verschwörung zur Begehung von Völkermord» mit Strafe zu bedrohen. Nach Artikel 25 Absatz 3 Buchstabe d des Römer Statuts ist die Verschwörung ebenfalls strafbar, der Begriff wird jedoch nicht als solcher verwendet. Das Statut enthält stattdessen eine detaillierte Umschreibung der Verschwörungshandlungen: 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 sich für die Bestrafung der Verschwörung für das schweizerische Strafrecht nicht einfach auf die in Artikel 24 und 25 StGB vorgesehenen Teilnahmeformen (Anstiftung und Gehilfenschaft) oder auf Artikel 260^{ter} StGB (kriminelle Organisation) abstellen liesse. Insbesondere planmässige organisatorische Vorkehren könnten nur mit der Strafbestimmung von Artikel 260^{bis} StGB (Strafbare Vorbereitungshandlungen) hinreichend erfasst werden. Der Bundesrat schlug deshalb vor, die Aufzählung von Tatbeständen in Artikel 260^{bis} Absatz 1 StGB um den Tatbestand des Völkermordes zu ergänzen¹⁵⁴.

Im Rahmen dieser Vorlage sind in den Katalog der Bezugstaten von Artikel 260^{bis} StGB wegen ihrer Schwere auch der Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Art. 264^{bis} VE-StGB) sowie bestimmte Kriegsverbrechen (Art. 264^{quater} Abs. 1 und 2, Art. 264^{quinquies} Abs. 1, Art. 264^{sexies} Abs. 1, Art. 264^{septies}

¹⁵³ Eine analoge Regelung gilt auch bei den strafbaren Vorbereitungshandlungen nach Art. 260^{bis} StGB und der Beteiligung oder Unterstützung einer kriminellen Organisation nach Art. 260^{ter} StGB

¹⁵⁴ BBI 1999 5351.

Abs. 1, Art. 264^{octies} Abs. 1 und 2, Art. 264^{novies} Abs. 1)) aufzunehmen, welche – entsprechend der Auflistung bei den unverjährbaren Verbrechen – als schwer zu qualifizieren sind.

2.1.4 Zwölfter Titel^{bis} VE-StGB (Straftaten gegen die Interessen der Völkergemeinschaft)

2.1.4.1 Artikel 264 VE-StGB (Völkermord)

2.1.4.1.1 Revisionsbedarf

Mit dem Bundesgesetz vom 24. März 2000¹⁵⁵ hat der Gesetzgeber im Hinblick auf den Beitritt zum Völkermord-Übereinkommen¹⁵⁶ den Tatbestand des Völkermordes (Art. 264 StGB) ins StGB eingeführt. Artikel 264 Absatz 1 StGB basiert auf Artikel II des Völkermord-Übereinkommens und entspricht auch Artikel 6 des Römer Statuts. Im Prinzip drängen sich deshalb unter dem Aspekt der Kompatibilität mit dem Römer Statut in dieser Vorlage keine Änderungen auf.

Allerdings ist bei der Erarbeitung der Botschaft betreffend den Beitritt zum Völkermord-Übereinkommen von verschiedenen Experten und Vernehmlassungsteilnehmern¹⁵⁷ sowie nach der Verabschiedung von Artikel 264 StGB von der schweizerischen Rechtslehre verschiedentlich Kritik hinsichtlich einzelner Elemente dieser neuen Vorschrift geäußert worden. Unter anderem wurde darauf hingewiesen, dass durch die Beschränkung des Schutzobjekts auf bestimmte Gruppen Völkermorde an andern Gruppen nicht erfasst werden¹⁵⁸. Andererseits werde – im Unterschied zum Übereinkommen und zum Statut - durch die Weglassung der Worte «als solche» auf die praktisch wichtige Einschränkung verzichtet, dass die Betroffenen gerade um ihrer Zugehörigkeit zu der bestimmten Gruppe willen verfolgt werden müssen¹⁵⁹. Weiter wurde der einheitlich hohe Mindeststrafrahmen von zehn Jahren Zuchthaus für alle Tatbestandsvarianten in

¹⁵⁵ AS **2000** 2725, in Kraft seit 15. Dez. 2000.

¹⁵⁶ Übereinkommen vom 9. Dez. 1948 über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes, SR **03.311.11**. Die Schweiz ist dem Übereinkommen am 7. Sep. 2000 beigetreten. Das Übereinkommen ist für die Schweiz am 6. Dez. 2000 in Kraft getreten.

¹⁵⁷ 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.

¹⁵⁸ 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.

¹⁵⁹ 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.

Frage gestellt, welche eine differenzierte Strafzumessung nicht erlaube¹⁶⁰. Auch wurde darauf hingewiesen, dass die Anwendbarkeit des Erledigungsprinzips (Art. 264 Abs. 2 i.V.m. Art. 6^{bis} Ziff. 2 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.

Wir sind der Auffassung, dass die in dieser Gesetzesvorlage vorgenommene umfassende Revision der Straftaten gegen die Interessen der Völkergemeinschaft eine gute Gelegenheit bietet, das geltende Recht dort nachzubessern, wo es sachlich nicht gebotene oder ungewollte Lücken aufweist.

2.1.4.1.2 Die Änderungen von Artikel 264 VE-StGB 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 kritisierten¹⁶¹ – 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 habe¹⁶². 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 Ruanda¹⁶³ 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

¹⁶⁰ 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.

¹⁶¹ 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.

¹⁶² Botschaft vom 31. März 1999 betreffend das Übereinkommen über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes sowie die entsprechende Revision des Strafrechts, BBI 1999 5347.

¹⁶³ 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.

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 die angebliche Konturlosigkeit von politischen oder sozialen Gruppen habe deren Verfolger noch nie daran gehindert, die Opfergruppe und ihre Angehörigen zu identifizieren und zu vernichten¹⁶⁴. 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 sollten¹⁶⁵.

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 schwersten Menschenrechtsverletzungen strafrechtlich geschützt werden, denen dieser Schutz aber dann versagt wird, wenn es sich um die schwerste Verletzung 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»)¹⁶⁶, welches in der systematischen Ermordung aller als unheilbar eingestuftten Kranken und Behinderten unter dem Vorwand des «Gnadentodes» bestand. Das Ziel der Euthanasie bestand in der «Reinigung des Volkskörpers» von «lebensunwertem Leben» zur Schaffung eines homogenen, geistig und körperlich überlegenen Volkes. Frauen, Männer und Kinder wurden mit Kohlenmonoxid in den Gaskammern der Heil- und Pflegeanstalten ermordet. Viele starben durch Giftinjektionen oder Medikamente, andere liess man gezielt verhungern. Dieser Massenmord forderte von Januar 1940 bis August 1941 über 70'000 Opfer¹⁶⁷.

Wie bereits erwähnt, bestimmt über die Mitgliedschaft in einer zu vernichtenden Gruppe in der Regel die Täterperspektive¹⁶⁸ und nicht die Kennzeichnung durch gewisse objektiv-wissenschaftliche Kriterien. Dadurch ist es auch in Bezug auf die bisher aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit, Rasse, Religion oder ethnische Zugehörigkeit erfassten Gruppen genauso wenig möglich, allgemeingültige Kriterien

¹⁶⁴ So zutreffend 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.

¹⁶⁵ IStGH-Botschaft, BBI **2001** 496.

¹⁶⁶ 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 bis 1945 bildete.

¹⁶⁷ 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.

¹⁶⁸ So ebenfalls das ICTY, Trial Chamber I, Section A, *The Prosecutor v. Vidoje Blagojevic and Dragan Jokic*, IT- 02-60-T, Urteil vom 17. Januar 2005, § 667.
14. Dez. 1999, § 70

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. Eine vergleichbare Regelung kennt bereits heute das französische Strafgesetzbuch¹⁶⁹. Eine entsprechende Auslegung wurde jüngst ebenso von der Internationalen Kommission zur Untersuchung der Verbrechen in Darfur (Sudan) vorgenommen¹⁷⁰. Mit der Ausdehnung des VE-StGB auch auf politische und soziale Gruppen findet im übrigen eine Angleichung an die zur Zeit 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 zwar der Vernichtung einer bestimmten Gruppe widersetzen, jedoch selbst nicht Mitglied dieser Gruppe waren, fällt nicht in den Anwendungsbereich des Völkermordtatbestandes¹⁷¹.

Angesichts der umfassenden Revision der Bestimmungen der Verbrechen gegen die Völkergemeinschaft sowie der Kriegsverbrechen ist es im Weiteren auch angezeigt, die Frage des einheitlichen Strafrahmens neu zu bedenken, welche von den Strafrechtsexperten aufgrund seiner Rigidität kritisiert worden ist. Der geltende Artikel 264 StGB sieht für Völkermord eine Freiheitsstrafe von lebenslänglichem Zuchthaus oder Zuchthaus nicht unter 10 Jahren vor. 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 Zuchthaus daher nicht adäquat erscheint. Entsprechend ist für weniger schwere Fälle der Buchstaben c und d die Mindeststrafandrohung von zehn auf fünf Jahre Zuchthaus zu senken.

Angesichts des Vorschlags, im Rahmen der «Gemeinsamen Bestimmungen» des Völkermordes, der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und der Kriegsverbrechen u.a. die Regelungen über die Strafbarkeit von Auslandstaten und die Aufhebung der relativen parlamentarischen Immunität zu harmonisieren, werden die geltenden Absätze 2 und 3 aufgehoben und im neuen zwölften Titel^{quater} VE-StGB geregelt.

¹⁶⁹ Vgl. Art. 211-1 des französischen Code pénal.

¹⁷⁰ 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)

¹⁷¹ Vgl. die Beispiele bei Hans Vest, *Die bundesrätliche Botschaft zum Beitritt der Schweiz zur Völkermord-Konvention – kritische Überlegungen zum Entwurf eines Tatbestands über Völkermord*, ZStR 117 (1999), S. 356.

2.1.4.2 Art. 264^{bis} VE-StGB (Verbrechen gegen die Menschlichkeit)

Wie bereits dargelegt wurde¹⁷², kennt die schweizerische Rechtsordnung 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 und der anwendbaren Strafen zu schliessen, sollen in einem neuen Artikel 264^{bis} VE-StGB die einzelnen Tatbestände der Verbrechen gegen die Menschlichkeit geregelt werden.

2.1.4.2.1 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 sein¹⁷³. Ferner sind Verbrechen gegen die Menschlichkeit nicht nur dann strafbar, wenn sie gegen Zivilisten ohne Uniform und ohne Bezug zur Staatsgewalt begangen werden, sondern auch gegen alle anderen Personen, die nicht unmittelbar an Feindseligkeiten teilnehmen. 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 Krankheit, Verwundung, Gefangennahme oder eine andere Ursache ausser Gefecht befinden¹⁷⁴.

Wie das Verbrechen des Völkermordes sind die Verbrechen gegen die Menschlichkeit sowohl in Friedenszeiten als auch im internationalen oder innerstaatlichen bewaffneten Konflikt strafbar. Im Unterschied zum Völkermord, der dadurch gekennzeichnet ist, dass der Täter die Absicht besitzt, eine bestimmte Gruppe als solche ganz oder teilweise zu vernichten, besteht die Typizität der Verbrechen gegen

¹⁷² Vgl. Ziff. 1.3.1.1

¹⁷³ Vgl. ICTY, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, IT-94-1-T, Urteil vom 7. Mai 1997, § 635.

¹⁷⁴ 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.

die Menschlichkeit darin, dass sie im Kontext eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen Mitglieder der Zivilbevölkerung erfolgen. Überlappungen dieser zwei Verbrechenkategorien sind im Einzelfall möglich¹⁷⁵.

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 können¹⁷⁶. Der Anwendungsbereich der Verbrechen gegen die Menschlichkeit geht über jenen der Kriegsverbrechen, deren Anwendbarkeit sich im Wesentlichen auf bewaffnete Konflikte beschränkt. Verbrechen gegen die Menschlichkeit sind auch strafbar, wenn sie in Friedenszeiten begangen werden. Andererseits setzen Kriegsverbrechen keinen ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen eine Zivilbevölkerung voraus.

2.1.4.2.2 Grundtatbestand: Ausgedehnter oder systematischer Angriff gegen die Zivilbevölkerung

Die in Artikel 264^{bis} Absatz 1 Buchstaben a–k VE-StGB beschriebenen Tatbestandsvarianten qualifizieren sich dadurch als Verbrechen gegen die Menschlichkeit, dass sie im «im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung» begangen werden. Ihre Einbettung in einen solchen Angriff gegen die Zivilbevölkerung (bzw. gegen Teile davon), dem regelmässig ein planmässiges Vorgehen bzw. die Politik eines Staates oder einer Organisation (staatlich oder nichtstaatlich) zu Grunde liegt, wodurch die Begehung der einzelnen Tat erleichtert und die Gegenwehr erschwert wird, macht den besonderen Unrechtsgehalt dieses Verbrechenstyps aus und rechtfertigt die hohen Strafen.

Der Angriff gegen die Zivilbevölkerung ist jedoch nicht an einen Angriff im Sinne des Kriegsvölkerrechts geknüpft¹⁷⁷, setzt also keine Gewaltanwendung voraus. Der Angriff ist vielmehr die Umschreibung für das Ereignis, in dessen Kontext die einzelnen strafbaren Handlungen erfolgen. Auch ein absichtliches Nichtverhindern der ausgedehnten oder systematischen Begehung der einzelnen Verbrechen gegen die Menschlichkeit durch einen Staat oder eine Organisation, welches als passives Fördern dieser Straftaten zu qualifizieren ist, kann den Grundtatbestand des Angriffs gegen die Zivilbevölkerung erfüllen¹⁷⁸. Vorausgesetzt ist aber in jedem Fall, dass die

¹⁷⁵ 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.

¹⁷⁶ 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 Jelasic*, IT-95-10, Urteil vom 5. Juli 2001, § 82;

¹⁷⁷ Vgl. Ziff. 3 der Einleitung zu Art. 7 der «Verbrechenselemente» des IStGH, a.a.O., S.120.

¹⁷⁸ Vgl. auch Fussnote 6 zu Ziff. 3 der Einleitung zu Art. 7 der «Verbrechenselemente» des IStGH, a.a.O., S.120.

einzelnen Handlungen einen inhaltlichen Zusammenhang zu einem ausgedehnten oder systematischen Angriff gegen die Zivilbevölkerung haben. Fehlt ein solcher Zusammenhang, das heisst, dass sich ein Verbrechen nicht in die gegen einen Teil der Zivilbevölkerung gerichtete Politik integrieren lässt, sondern nur aus anderen Motiven erfolgt (z.B. eine vorsätzliche Tötung aus Eifersucht), so liegt kein Verbrechen gegen die Menschlichkeit vor¹⁷⁹.

Der Angriff gegen Mitglieder der Zivilbevölkerung muss entweder ausgedehnt *oder* systematisch sein, ist also alternativ durch seinen Umfang (grosse Opferzahl) oder durch seinen hohen Organisationsgrad gekennzeichnet, wobei sich diese Elemente häufig überlappen werden. Durch diese Erfordernisse soll ausgeschlossen werden, dass einzelne, isolierte Akte ohne Bezug zu einem Angriff gegen die Zivilbevölkerung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit qualifiziert werden. Der vorgeschlagene Gesetzestext folgt dieser im Völkergewohnheitsrecht etablierten Alternative zwischen ausgedehnter oder systematischer Tatbegehung, wie sie auch in der Rechtsprechung des Nürnberger Tribunals und der *Ad-hoc*-Tribunale für das ehemalige Jugoslawien und Ruanda bestätigt worden ist¹⁸⁰. Für die Begründung der individuellen Strafbarkeit reicht es jedoch aus, dass der Täter ein in Artikel 264^{bis} Absatz 1 Buchstaben a–k VE-StGB genanntes Verbrechen gegenüber einer Person verübt,¹⁸¹ sofern sich dieses Verbrechen in den Gesamtkontext eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung eingliedert; 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

¹⁷⁹ Vgl. ICTY, Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, IT-94-1-A, Urteil vom 15. Juli 1999, § 271.

¹⁸⁰ 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 dieser 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.

¹⁸¹ Vgl. ebenso die entsprechenden Formulierungen im jeweiligen Absatz 1 der «Verbrechenselemente» des IStGH zu Art. 7 (a.a.O. S. 120 ff.)

Dimension eines Angriffs gegen die Zivilbevölkerung war¹⁸², wobei dieses Wissen aus den Umständen der Tat abgeleitet werden kann¹⁸³.

2.1.4.2.3 Artikel 264^{bis} Absatz 1 Buchstaben a–k VE-StGB (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 dargestellt¹⁸⁴. Da der neue schweizerische Tatbestand auf der Basis des Römer Statuts formuliert werden soll, werden nachfolgend die einzelnen Tatbestandselemente grundsätzlich nur noch soweit erörtert, wie dies für das Verständnis der einzelnen Strafbestimmungen erforderlich ist.

2.1.4.2.3.1 Artikel 264^{bis} Absatz 1 Buchstabe a (Vorsätzliche Tötung)

Der Tatbestand der vorsätzlichen Tötung, wie ihn das Römer Statut in Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe a enthält, setzt wie Artikel 111 StGB voraus, dass der Täter den Tod eines Menschen vorsätzlich verursacht. Ein zusätzliches, besonders verwerfliches Motiv, wie es z.B. Artikel 112 StGB für Mord vorschreibt, ist nicht vorausgesetzt.

2.1.4.2.3.2 Artikel 264^{bis} Absatz 1 Buchstabe b (Ausrottung)

Das Verbrechen der Ausrottung gemäss Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b des Römer Statuts umfasst direkte Tötungshandlungen im Kontext einer Massenvernichtung eines Teils der Zivilbevölkerung. Es kann aber auch indirekt, entsprechend den allgemeinen Regeln der adäquaten Kausalität, auch durch «die vorsätzliche Auferlegung von Lebensbedingungen – unter anderem das Vorenthalten des Zugangs zu Nahrungsmitteln und Medikamenten –, die geeignet sind, die Vernichtung eines Teiles der Bevölkerung herbeizuführen» begangen werden).

¹⁸² 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).

¹⁸³ 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.

¹⁸⁴ IStGH-Botschaft, BBI **2001** 391, 500 ff.

Als schreckliches Beispiel dieses Verbrechens kann die fast vollständige Vernichtung des 642 Einwohner zählenden Dorfes Oradour sur Glane durch Mitglieder der 2. SS Panzer Division «Das Reich» am 10. Juni 1944 genannt werden, bei der zunächst die männliche Bevölkerung in Scheunen getrieben und erschossen wurde, während Frauen und Kinder in der Dorfkirche zusammengetrieben und verbrannt wurden. Das Verbrechen der Ausrottung wurde auch während des Konflikts im ehemaligen Jugoslawien begangen. Im Jahre 2001 befand das *Ad-hoc*-Tribunal für das ehemalige Jugoslawien den serbischen General Krstic u.a. der vom 13.-19. Juli 1995 begangenen Massenexekutionen der bis zu 8000 männlichen Einwohner der UNO-Schutzzone von Srebrenica für schuldig¹⁸⁵.

Im Unterschied zum Verbrechen der vorsätzlichen Tötung richtet sich das Verbrechen der Ausrottung gegen mehrere Personen. Dabei kommt es dem Täter weniger auf die Individualität der Opfer an, sondern auf die Tötung eines Kollektivs. Das Typische dieses Verbrechens liegt in der Massenviktimisierung ohne besonderen Bezug des Täters zu seinen Opfern¹⁸⁶. Dieses Element der Massentötung schliesst jedoch nicht aus, dass im Einzelfall ein Täter wegen Ausrottung verurteilt werden kann, auch wenn er nur den Tod einer Person verursacht hat¹⁸⁷. Subjektiv ist in einem solchen Fall erforderlich, dass sich der Täter bewusst war, dass seine Handlung Teil einer Massentötung war, also mit dieser zeitlich und räumlich eng verbunden war¹⁸⁸. Im Unterschied zum Völkermord müssen die Opfer nicht einer bestimmten Gruppe angehören. Entscheidend ist eine Opfermehrheit, die vom Täter auch ohne Bezug zu ihrer Gruppenzugehörigkeit ausgesucht werden konnte. Entsprechend muss sich die Absicht des Täters auch nicht auf die Vernichtung der Gruppe beziehen, welcher die Opfer angehören¹⁸⁹.

2.1.4.2.3.3 Artikel 264^{bis} Absatz 1 Buchstabe 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 an¹⁹⁰.

¹⁸⁵ ICTY, Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Radislav Krstic*, IT-98-33-T, Urteil vom 2. Aug. 2001.

¹⁸⁶ Vgl. ICTR, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, ICTR-95-1-T, Urteil vom 21. Mai 1999, § 142; Cherif Bassiouni, a.a.O., S. 302.

¹⁸⁷ Vgl. Ziff. 1 von Art. 7 Abs. 1 Bst. b der «Verbrechenselemente» des IStGH, a.a.O., S. 120.

¹⁸⁸ ICTR, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, ICTR-95-1-T, Urteil vom 21. Mai 1999, § 147.

¹⁸⁹ ICTY, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Milomir Stakic*, IT-97-24-T, Urteil vom 31. Juli 2003, § 639.

¹⁹⁰ 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.

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 willkürliche und beliebige 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 in ihrer Wirkung einer Versachlichung der betroffenen Person gleich, da sie die Persönlichkeit des Opfers zerstört und dessen Würde als Mensch negiert. Die «Verbrechenselemente» des IStGH nennen beispielhaft die klassischen Formen der Versklavung, den Kauf, Verkauf, Leihe und Tausch einer Person, setzen diesen jedoch jede andere ähnliche Form der Freiheitsberaubung gleich¹⁹¹.

Der Schweizerische Tatbestand der Versklavung folgt der Umschreibung des Tatbestands im Römer Statut. Gestützt darauf sowie auf die «Verbrechenselemente» erwähnt Buchstabe c von Artikel 264^{bis} Absatz 1 VE-StGB drei der häufigsten zeitgenössischen Erscheinungsformen der Sklaverei¹⁹²: den Menschenhandel, vor allem mit Frauen und Kindern, zu dessen Bestrafung sich die Schweiz bereits im Jahre 1921 in einem internationalen Abkommen verpflichtet hat¹⁹³. Als eine besonders gravierende Form der Versklavung ist die sexuelle Ausbeutung zu erwähnen. Als weitere Ausprägung der Sklaverei gilt die Zwangsarbeit, die nicht durch besondere Umstände gerechtfertigt ist. In der Rechtsprechung des Nürnberger Tribunals erscheint die Zwangsarbeit als einer der Kerninhalte der Sklaverei¹⁹⁴. Die genannten Tatvarianten wurde im Jahre 2000 im Protokoll zur Verhinderung und Bestrafung des Menschenhandels, insbesondere des Handels mit Frauen und Kindern, auch im Rahmen der transnationalen organisierten Kriminalität weltweit geächtet und die Vertragsstaaten zu ihrer Bestrafung verpflichtet¹⁹⁵. In diesem Zusammenhang hat der Bundesrat jüngst eine entsprechende Ausdehnung des geltenden Artikels 196 StGB, welcher Menschenhandel bisher nur zum Zwecke der Prostitution bestraft, vorgeschlagen¹⁹⁶.

Entscheidend für die Qualifikation ist in all diesen Fällen, dass sie letztlich als Negierung bzw. Reduktion des unantastbaren Gehalts der Selbstbestimmungsrechte

¹⁹¹ Vgl. Ziff. 1 von Art. 7 Abs. 1 Bst. c der «Verbrechenselemente» des IStGH, a.a.O., S. 121.

¹⁹² Vgl. Fussnote11 zu Ziff. 1 von Art. 7 Abs. 1 Bst. c der «Verbrechenselemente» des IStGH, a.a.O., S. 121.

¹⁹³ Internationales Übereinkommen zur Unterdrückung des Frauen- und Kinderhandels vom 30. Sept. 1921, SR **0.311.33**, in Kraft getreten für die Schweiz am 1. Febr. 1926.

¹⁹⁴ Verfahren gegen von *Schirach und Sauckel*, 22 IMT Trials, S. 565–568.

¹⁹⁵ Das Protokoll vom 15. Nov. 2000 zur Verhinderung und Bestrafung des Menschenhandels ist ein Zusatzprotokoll zum UNO-Übereinkommen gegen transnationale organisierte Kriminalität. Es wurde von der Schweiz am 2. Apr. 2002 unterzeichnet.

¹⁹⁶ Vgl. Vorentwurf und Bericht (Vernehmlassungsvorlage) über das Fakultativprotokoll vom 25. Mai 2000 zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes und über die entsprechende Änderung der Strafnorm über den Menschenhandel.

einer Person erscheinen, weil der Täter sich die Verfügungsgewalt über eine Person gleichsam einem Eigentumsrecht anmasst¹⁹⁷.

2.1.4.2.3.4 Artikel 264^{bis} Absatz 1 Buchstabe d (Vertreibung oder zwangsweise Überführung)

Das Verbrechen der «Vertreibung» begeht, wer die Zivilbevölkerung eines Staates oder eines besetzten Gebiets ganz 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 oder zwangsweise an einen anderen Ort ebenfalls innerhalb desselben Staates umsiedelt oder verbringt. Wie bei allen Verbrechen gegen die Menschlichkeit¹⁹⁸ genügt es für die Begründung der Strafbarkeit, dass der Täter selbst lediglich 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 so genannte «ethnische Säuberungen» unter Angehörigen der gleichen Nationalität erfolgt sind.

Der besondere Unrechtsgehalt dieses Verbrechens liegt nicht so sehr in der Nötigung oder Freiheitsberaubung, welche gegenüber den Betroffenen begangen wird, sondern in der Tatsache des Verlassenmüssens der eigenen Heimat resp. des angestammten Wohnortes, verbunden mit der temporären oder definitiven Unmöglichkeit der Rückkehr (z.B. wenn die Dörfer und Häuser der betreffenden Menschen zerstört werden).

Der Anwendungsbereich von Artikel 264^{bis} Absatz 1 Buchstabe d VE-StGB 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 allein 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.

¹⁹⁷ 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.

¹⁹⁸ Vgl. Ziff. 2.1.4.2.2

2.1.4.2.3.5 Artikel 264^{bis} Absatz 1 Buchstabe e (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 Verfahrensverstöße (z.B. eine Verhaftung ohne hinreichenden Haftgrund oder ohne die Gewährung des rechtlichen Gehörs) zwar unter menschenrechtlichen Gesichtspunkten unzulässig. Die Konsequenzen solcher Verstöße 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.

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 sog. «Parallelwertung in der Laiensphäre» genügt es, wenn der Täter dieses normative Tatbestandsmerkmal so gewertet hat, wie es der landläufigen Anschauung eines Laien entspricht¹⁹⁹. Verlangt ist lediglich die Kenntnis des im Merkmal zum Ausdruck gebrachten Wertcharakters²⁰⁰. In Bezug auf das Verbrechen des Freiheitsentzugs genügt es deshalb, wenn sich der Täter bewusst ist, dass aufgrund der Umstände des Freiheitsentzuges für den Betroffenen eine schwere Beeinträchtigung der Bewegungsfreiheit entsteht, für die kein verhältnismässiger Grund ersichtlich ist.

2.1.4.2.3.6 Artikel 264^{bis} Absatz 1 Buchstabe f (Zwangswises Verschwindenlassen von Personen)

Das Verbrechen des zwangsweisen Verschwindenlassens von Personen im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe i und Absatz 2 Buchstabe i des Römer Statuts

¹⁹⁹ Vgl. BGE 99 IV 59.

²⁰⁰ Vgl. Günter Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I*, 2. Auflage, Bern 1996, S. 168 RZ 67 ff.

enthält die folgenden Elemente: Erstens den Freiheitsentzug (mit Ermächtigung, Unterstützung oder Duldung eines Staates oder einer politischen Organisation), zweitens die Nichtanerkennung dieser Freiheitsberaubung nach aussen oder die Weigerung, über den Verbleib der Personen Aufschluss zu geben, und drittens die Absicht, die Personen für eine längere Zeitdauer dem Schutz des Gesetzes zu entziehen; (z.B. keine 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 indes 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. Opfer dieses Verbrechens sind nicht nur jene Personen, welche verschwinden und in der Vergangenheit häufig ermordet wurden, sondern auch die Familien der Verschwundenen, welche während Jahren in einer Situation extremer Unsicherheit, Angst und Stress leben und dabei zwischen Hoffnung und Verzweiflung hin und her gerissen werden.

Bei der Formulierung der «Verbrechenselemente» des IStGH²⁰¹ ist man davon ausgegangen, dass für die Erfassung sowohl der Entführer wie auch der Auskunftsverweigerer zwei selbständige und gleichwertige Tatbestandsvarianten zu formulieren seien. Demnach muss der Täter von den beiden Tathandlungen 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.

Diese Zweiteilung in zwei ebenbürtige Tatbestandsvarianten birgt unter Umständen das Risiko einer unverhältnismässig hohen Bestrafung jener Person, welche lediglich als «kleines Rad» die Auskunft verweigert hat, ohne die Fäden im Hintergrund zu spinnen. Hat die Person jedoch keinen Einfluss auf die Freiheitsentziehung bzw. auf die Freilassung des Entführten, sondern verweigert lediglich den Angehörigen weitere Auskünfte über dessen Verbleib, kann das Gericht die Strafe nach Artikel 65 StGB mildern.

Die Strafbarkeit des Täters nach Artikel 264^{bis} Absatz 1 Buchstabe f Ziff. 1 VE-StGB ist wie ausgeführt nicht davon abhängig, dass er auch die Auskunftsverweigerung vornimmt. Bei diesem Tatbestandselement der Nichtanerkennung der Freiheitsberaubung nach aussen handelt es sich somit um eine sog. «objektive Strafbarkeitsbedingung», welche keiner Entsprechung im subjektiven Tatbestand bedarf. Die Unkenntnis über die dem Freiheitsentzug folgende Auskunftsverweigerung ist somit kein vorsatzausschliessender Tatbestandsirrtum.

²⁰¹ Vgl. «Verbrechenselemente» des IStGH, a.a.O., S. 126.

Verwirklicht sich die objektive Strafbarkeitsbedingung nicht, so ist das Verbrechen nach Artikel 264^{bis} Absatz 1 Bst. f VE-StGB nicht gegeben. Der Täter kann jedoch gleichwohl wegen eines völkerrechtswidrigen Freiheitsentzugs nach Artikel 264^{bis} Absatz 1 Buchstabe e VE-StGB bestraft werden.

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

2.1.4.2.3.7 Artikel 264^{bis} Absatz 1 Buchstabe g (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 körperliche oder seelische Schmerzen oder Leiden zugefügt werden. Im Unterschied zur UNO-Anti-Folterkonvention von 1984²⁰² setzt der Begriff der Folter gemäss dem Statut nicht voraus, dass die Folter einem bestimmten Zweck gedient hat. 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 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. Die Folter erfüllt am ehesten 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 allerdings in jedem Fall die Tatbestände der einfachen oder schweren Körperverletzung gemäss StGB erfüllen, ist fraglich. Hält der Täter beispielsweise einer Person ein Messer an den Hals, um Informationen zu erhalten, so muss dies nicht einmal den Grad einer einfachen Körperverletzung nach Artikel 123 StGB erreichen. Die Frage stellt sich aber auch in Bezug auf eine schwere Körperverletzung i.S.v. Artikel 122 StGB. Denn dieser Tatbestand geht von einer lebensgefährlichen Verletzung, von einer irreparablen Schädigung oder Verstümmelung des Körpers oder einer andern schweren Schädigung des Körpers oder der körperlichen oder geistigen Gesundheit für den Betroffenen aus. Die Folter knüpft hingegen 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 i.S.v. Artikel 184 StGB subsumiert werden, welche bei einer grausamen Behandlung des Opfers oder bei einer erheblichen Gefährdung der Gesundheit des Opfers zum Zuge kommt.

²⁰² 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.

Auch der Tatbestand der Nötigung muss nicht in jedem Fall gegeben sein. So muss der Zweck der Folter nicht der sein, vom Opfer ein Tun, Unterlassen oder Dulden zu erreichen. Der Zweck der Folter kann nämlich bereits durch die Folter selbst erreicht sein, indem das Opfer psychisch geschwächt oder eingeschüchtert werden soll. Die Summe der verschiedenen Tatbestände des StGB entspricht nicht in jedem Fall dem Unrechtsgehalt der Folter, auch wenn sie deren einzelne Facetten abzudecken vermögen.

Entsprechend ist für die Folter als Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Schweizerischen Recht ein neuer Tatbestand zu konzipieren. Die Tathandlung dieses Verbrechens liegt in der Verletzung der körperlichen Unversehrtheit oder der geistigen oder körperlichen Gesundheit. Im Unterschied zum Tatbestand der unmenschlichen Behandlung (vgl. unten Bst. k) stellen die aus dieser Verletzung resultierenden grossen körperlichen oder seelischen Schmerzen oder Leiden nicht bloss die Konsequenz des Handelns des Täters dar, sondern bilden dessen eigentlichen Zweck. Hingegen ist auf ein weitergehendes Motiv, wie es durch die Folterkonvention von 1984 vorausgesetzt wird²⁰³, in Übereinstimmung mit dem Römer Statut zu verzichten.

Der Hinweis, dass die Zulässigkeit innerstaatlicher Sanktionen, welche die körperliche oder seelische Integrität des Opfers verletzen, jeweils am Massstab des Völkerrechts zu beurteilen ist, stellt eine Konkretisierung des Gesetzesvorbehalts in Artikel 32 StGB dar.

2.1.4.2.3.8 Artikel 264^{bis} Absatz 1 Buchstabe h (Angriffe auf das sexuelle Selbstbestimmungsrecht)

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 aufs Abscheulichste die sexuelle Selbstbestimmung einer Person missachten, werden zunehmend als Mittel zur Unterdrückung von Minderheiten und zur ethnischen Kriegführung eingesetzt.

Vergewaltigung (Ziff. i)

In den meisten nationalen Rechtsordnungen wird Vergewaltigung als unfreiwilliger Geschlechtsverkehr umschrieben (so grundsätzlich auch im schweizerischen Recht). Das Römer Statut erklärt die Vergewaltigung zwar zum Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Art. 7 Abs. 1 Bst. g-1), 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

²⁰³ 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.

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 (insbesondere orale Penetration) 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 ausüben²⁰⁴. Diesen Nötigungsmitteln setzen die «Verbrechenselemente» des IStGH den Fall gleich, in dem der Täter mittels oben genannter Penetrationsformen eine Person missbraucht, welche auf Grund ihrer natürlichen, zugefügten oder altersbezogenen Urteils- oder Widerstandsunfähigkeit nicht in der Lage ist, ihre freie Zustimmung zu diesem Vorgehen zu geben²⁰⁵.

Das schweizerische Recht sowie Praxis und Doktrin definieren 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 deshalb zusammen unter dem Tatbestand der «Vergewaltigung und andere Formen sexuellen Missbrauchs» vereint.

Zwangsprostitution (Ziff. ii)

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 auf Grund ihrer natürlichen, zugefügten oder altersbezogenen Urteils- oder Widerstandsunfähigkeit nicht in der Lage ist, ihre freie Zustimmung zu diesem Vorgehen zu geben²⁰⁶.

Erzwungene Schwangerschaft (Ziff. iii)

Das Römer Statut umschreibt das Verbrechen der erzwungenen Schwangerschaft in Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe f als «die rechtswidrige Gefangenhaltung einer

²⁰⁴ 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, a.a.O., S. 123.

²⁰⁵ Vgl. Fussnote 16 zu Ziff. 2 von Art. 7 Abs. 1 Bst. g-1 der «Verbrechenselemente» des IStGH, a.a.O., S. 123; vgl. ebenso ICTY, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Kunarac et al.*, IT-96-23-T und IT-96-23/1-T, Urteil vom 22. Feb. 2001, §§ 446 ff.;

²⁰⁶ 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, a.a.O., S. 123 f.

zwangsweise geschwängerten Frau in der Absicht, die ethnische Zusammensetzung einer Bevölkerung zu beeinflussen oder andere schwere Verstösse gegen das Völkerrecht zu begehen»²⁰⁷. 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 war²⁰⁸. Die gegen eine Frau ausgeübte sexuelle Gewalt wird bei diesem Verbrechen zusätzlich als Mittel der «ethnischen Säuberung» eingesetzt, da in verschiedenen Kulturen Frauen als Symbol der Kaste, Ethnie oder nationaler Identität erachtet werden. 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 auch des Kindes innerhalb der eigenen ethnischen Gemeinschaft resultieren²⁰⁹.

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 in anderer Weise ihre zwangsweise Schwängerung veranlasst hat. Auch ist nicht vorausgesetzt, dass sich das subjektive Absichtselement der Beeinflussung der ethnischen Zusammensetzung oder der schweren Völkerrechtsverletzung²¹⁰ 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. Weil die Absicht unter Umständen viel weiter reicht als der eingetretene Erfolg, spricht man von einem Delikt mit «überschiessender Innentendenz».

Zwangssterilisation (Ziff. iv)

Das Verbrechen der Zwangssterilisation (vgl. Art. 7 Abs. 1 Bst. g-5 des Römer Statuts) erfasst jene Handlungen, durch welche eine Person unter der Anwendung von Zwang oder unter Missbrauch ihrer natürlichen, zugefügten oder altersbezogenen Urteils- oder Widerstandsunfähigkeit²¹¹ ihrer biologischen Fortpflanzungsfähigkeit beraubt wird.

Der Tatbestand der Zwangssterilisation 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

²⁰⁷ Die nationalen Regelungen über den Schwangerschaftsabbruch sollen durch diese Begriffsbestimmung gemäss Römer Statut ausdrücklich unberührt bleiben.

²⁰⁸ Vgl. den Schlussbericht der Expertenkommission für das frühere Jugoslawien, U.N. Doc. S/1994/674 vom 5. Mai 1994, §§ 248 und 250.

²⁰⁹ Vgl. zu den gesellschaftlichen Folgen des Verbrechens der erzwungenen Schwangerschaft die Studie des IKRK, „*Women facing war*“, Genf 2001, S. 51 ff.

²¹⁰ Z.B. rechtswidrige biologische Experimente.

²¹¹ 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, a.a.O., S. 123 f.

beeinträchtigt wird. Der Kern dieses Verbrechens liegt in der Verunmöglichung einer künftigen Fortpflanzung gegen den Willen der Betroffenen und dem immanenten und verpönten Element der Reinheit der Rasse oder Rassenhygiene. Die Konsequenzen bzw. die Schwere des Eingriffs liegt somit für den Betroffenen primär auf psychologischer Ebene. Nicht darunter fallen Sterilisationen, die auf Grund medizinischer Indikationen gerechtfertigt sind und zu denen eine Person ihr Einverständnis gegeben hat.

Sexuelle Sklaverei und andere sexuelle Gewalt

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 264^{bis} Absatz 1 Buchstabe c VE-StGB, verbunden mit Handlungen sexueller Art, zu denen das Opfer gezwungen wird. Sie wird deshalb ausdrücklich als Tatbestandsvariante der Versklavung bestraft (vgl. oben).

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 im schweizerischen Recht durch den neuen Tatbestand der Vergewaltigung erfasst (vgl. Artikel 264^{bis} Abs. 1 Buchstabe h Ziff. i VE-StGB.) und bedürfen keiner separaten Regelung.

2.1.4.2.3.9 Artikel 264^{bis} Absatz 1 Buchstabe i (Verfolgung)

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 Menschenrechte 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 zuschreibt²¹². 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)²¹³. Tatbestandsmässig ist

²¹² 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.

²¹³ 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.

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 nicht adäquat erfasst. Das StGB kennt keinen allgemeinen Diskriminierungstatbestand. In Artikel 261^{bis} StGB werden lediglich bestimmte Handlungen, namentlich diskriminierende Äusserungen, Propaganda oder die Vorenthaltung öffentlich angebotener Leistungen des Täters 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^{bis} StGB Diskriminierungen wegen der Nationalität, 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 nach im Sinne von Artikel 261^{bis} 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. Auch wenn dieses zusätzliche Delikt nicht vom gleichen Täter begangen werden muss wie jenes der Verfolgung, wird durch dieses Erfordernis der Anwendungsbereich des Verbrechens der Verfolgung im Vergleich zum bisherigen Völkergewohnheitsrecht eingeeengt. Darauf ist bereits vom internationalen Straftribunal für das ehemalige Jugoslawien mehrfach hingewiesen worden²¹⁴. Da Artikel 10 des Römer Statuts aber ausdrücklich darauf hinweist, dass das Statut bestehende oder sich entwickelnde Regeln des Völkerrechts nicht beschränkt oder berührt, ist der vorgeschlagene Straftatbestand des schweizerischen Rechts auf der Basis des geltenden Völkergewohnheitsrechts formuliert worden. Die Prüfung der hinreichenden Schwere einer Grundrechtsverletzung ist im Anwendungsfall nicht isoliert, sondern im Kontext des ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung vorzunehmen. Dadurch können

²¹⁴ Vgl. ICTY, Trial Chamber III, *The Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, IT-95-14/2-T, Urteil vom 26. Feb. 2001, §§ 193 ff.; ICTY, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Kupreskic et al.*, IT-95-16, Urteil vom 14. Jan. 2000, §§ 578 ff.

auch Verletzungen, welche auf den ersten Blick diese Schwere nicht erreichen, aufgrund ihres kumulativen Effekts den Tatbestand erfüllen²¹⁵.

2.1.4.2.3.10 Artikel 264^{bis} Absatz 1 Buchstabe j (Apartheid)

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.

Die Apartheid als Institut der rassistischen Unterdrückung und Diskriminierung kennt bisher kein Pendant im schweizerischen Recht. Der Tatbestand der Rassendiskriminierung (Art. 261^{bis} StGB) erfasst nur einen Teilbereich des Verbrechens der Apartheid, so dass ein neuer Tatbestand der Apartheid ins schweizerische Recht aufzunehmen ist. Geschütztes Rechtsgut sind zunächst rassische Gruppen, welche ihre Charakterisierung in der Regel auf Grund ihrer vererbten biologischen oder scheinbar biologischen Merkmale erhalten. Entsprechend der Schutzrichtung und insbesondere des Wortlauts des Tatbestandes der Rassendiskriminierung (Art. 261^{bis} StGB) sollen auch ethnische und religiöse Gruppen erfasst werden. Eine ethnische Gruppe wird allgemein als Gruppe verstanden, deren Mitglieder eine gemeinsame Sprache oder Kultur besitzen. Religiöse Gruppen kennzeichnen sich durch ihr gemeinsames Glaubensbekenntnis oder die Art und Weise des Vollzugs ihrer religiösen Riten. Dabei muss sich das Verbrechen nicht direkt gegen ein Mitglied der unterdrückten Gruppe richten, sondern kann auch deren Sympathisanten betreffen, sofern der Täter in der Absicht gehandelt hat, durch Verbrechen gegen die Menschlichkeit ein rassistisches, ethnisches oder religiöses Regime aufrechtzuerhalten. Als Täter-Regime kommen nicht nur staatliche Machtapparate in Frage, sondern auch Herrschaftssysteme, welche durch Gruppen errichtet werden, die faktisch über andere Gruppen die Herrschaft ausüben. Nicht vorausgesetzt ist im Weiteren, dass der Täter selbst Mitglied der unterdrückenden Gruppe ist. Auch ein Söldner von anderer rassischer, ethnischer oder religiöser Herkunft im Dienste dieser Gruppe kann tatbestandsmässig handeln.

²¹⁵ Vgl. ebenso ICTY, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Milomir Stakic*, IT-97-24-T, Urteil vom 31. Juli 2003, § 736; ICTY, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Mitar Vasiljevic*, IT-98-32-T, Urteil vom 29. Nov. 2002, § 247; ICTY, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Milorad Krnojelac*, IT-97-25-T, Urteil vom 15. März 2002, § 434.

2.1.4.2.3.11 Artikel 264^{bis} Absatz 1 Buchstabe k (Andere unmenschliche Handlungen)

Es ist – wie die Geschichte gezeigt hat – unmöglich, alle Grausamkeiten, zu denen die 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 wie die in den Buchstaben a–k genannten Verbrechen erfasst werden sollen, sofern der Täter dadurch vorsätzlich grosse Leiden oder eine schwere Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der geistigen oder körperlichen 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 irgendwelche 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 häufig einschlägige Tatbestand der schweren Körperverletzung (Art. 122 StGB) enthält ebenfalls eine vergleichbare Generalklausel.

2.1.4.2.4 Strafen

Die Verbrechen gegen die Menschlichkeit gehören nach Artikel 5 des Römer Statuts zu den schwersten Verbrechen, welche die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren. Es wird deshalb für solche Verbrechen jeweils die Höchststrafe, d.h. lebenslängliches Zuchthaus, sowie alternativ dazu eine zeitlich begrenzte Zuchthausstrafe von fünf bis zwanzig Jahren vorgeschlagen. Andererseits soll in minder schweren Fällen das Strafminimum auf drei Jahre Zuchthaus gesenkt werden. 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. Dass die Strafdrohung auch in minder schweren Fällen über den meisten Mindeststrafdrohungen liegt, welche bei «gewöhnlichen» Verbrechen zur Anwendung gelangen, hat seinen Grund darin, dass die funktionale Verknüpfung der einzelnen Verbrechen mit einem «ausgedehnten oder systematischen Angriff gegen die Zivilbevölkerung» deren Begehung durch den Täter begünstigt und den Widerstand der Opfer schwächt.

2.1.5 Zwölfter Titel^{ter} VE-StGB (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 heute 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 wurde²¹⁶, erfüllt die alleinige Umschreibung der Strafbarkeit durch Gesetzesverweis den Grundsatz der Vorhersehbarkeit des verbotenen Verhaltens nicht in optimaler Weise. Damit die rechtlichen Grundlagen für die Verfolgung und Beurteilung von Kriegsverbrechen in der Schweiz transparenter gestaltet werden können, sind neu all jene Verletzungen des humanitären Völkerrechts auszuformulieren, welche Völkerrecht und Römer Statut als schwer qualifizieren und gleichzeitig auch als strafbar erklären.

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 auch weiterhin zur Anwendung gelangen, wenn neue Übereinkommen sowie sich weiterentwickelndes Gewohnheitsrecht neue Straftatbestände schaffen. Gleichzeitig soll die Generalklausel in Art. 264^{undecies} VE-StGB wie bis anhin die Bestrafung von 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 wird²¹⁷, sind die entsprechenden Strafbestimmungen nicht nur im MStG auszuführen, sondern auch im StGB 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, worauf hier verwiesen

²¹⁶ Vgl. Ziff. 1.3.1.1

²¹⁷ Vgl. Ziff. 1.3.3.3

wird²¹⁸. Da die im Gesetz neu aufzunehmenden völkerrechtlichen Tatbestände bereits heute in der Schweiz (im Rahmen der Generalklausel von Art. 109 MStG) strafbar sind, werden sie nur soweit erörtert, als hinsichtlich ihrer Anwendung im schweizerischen Recht zusätzlicher Erklärungsbedarf besteht.

2.1.5.2.1 Art. 264^{ter} VE-StGB (Anwendungsbereich)

Kriegsverbrechen sind nach Völkerrecht strafbare Verletzungen des humanitären Völkerrechts *in bewaffneten Konflikten*. Entsprechend wird der Anwendungsbereich des zwölften Titel^{ter} VE-StGB in den Absätzen 1 und 2 von Artikel 264^{ter} VE-StGB an das Vorliegen eines bewaffneten Konflikts geknüpft. Ein bewaffneter Konflikt liegt prinzipiell dann vor, wenn sich Staaten untereinander bewaffneter Gewalt bedienen oder wenn fortgesetzte bewaffnete Auseinandersetzungen zwischen Regierungseinheiten und organisierten bewaffneten Gruppen oder zwischen solchen Gruppen innerhalb eines Staates stattfinden²¹⁹. Dem bewaffneten Konflikt gleichgestellt ist eine Besetzung, selbst wenn sie auf keinen bewaffneten Widerstand stösst²²⁰.

Zusätzlich setzt der Tatbestand der Kriegsverbrechen voraus, dass das eingeklagte Verbrechen im Zusammenhang mit dem bewaffneten Konflikt erfolgt²²¹. Dieser sog. «*nexus*» zwischen Verbrechen und Konflikt will sicherstellen, dass die im zwölften Titel^{ter} VE-StGB enthaltenen Verbrechen, sofern sie im Ausland begangen werden, nur dann auch in der Schweiz bestraft werden (Art. 264^{quaterdecies} VE-StGB), wenn dies durch den besonderen Umstand des bewaffneten Konflikts gerechtfertigt ist²²². Nicht erfasst werden daher Verbrechen, welche z.B. 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 verurteilt²²³. Der «*nexus*» setzt nicht voraus, dass zeitgleich Kampfhandlungen in der näheren Umgebung der Tat stattgefunden haben; vielmehr

²¹⁸ Vgl. IStGH-Botschaft, BBI **2001** 391, 517 ff.

²¹⁹ 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.

²²⁰ Gemeinsamer Art. 2 Abs. 2 der vier Genfer Abkommen von 1949.

²²¹ Vgl. auch die entsprechenden Absätze zu Art. 8 des Römer Statuts in den «Verbrechenselementen» des IStGH, a.a.O., S. 127 ff.

²²² Vgl. ICTY, Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Kunarac et al.*, IT-96-23 und IT-96-23/1-A, Urteil vom 12. Juni 2002, § 58.

²²³ Vgl. Schweizerisches Militärkassationsgericht, Urteil vom 27. Apr. 2001, Rechtssache *Fulgence Niyonteze*, Erw. 9b), S. 39 ff.;

genügt es, dass die vorgeworfenen Handlungen in Zusammenhang mit dem bewaffneten Konflikt standen²²⁴.

Absatz 2 statuiert im Weiteren 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 eines innerstaatlichen Konflikts 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 oder mit verbotener Munition beschossen werden, die unnötige Leiden verursacht, als menschliche Schutzschilde missbraucht oder als Methode der Konfliktführung ausgehungert werden, oder ob unverteidigte Städte oder andere Örtlichkeiten angegriffen werden (für diese Verbrechen als solche ist der IStGH nur in internationalen Konflikten zuständig). Unlängst hat in diesem Zusammenhang das internationale Straftribunal für das ehemalige Jugoslawien festgehalten, dass es absurd ist, wenn Staaten für Kriege untereinander beispielsweise den Einsatz chemischer Waffen verbieten, hingegen deren Einsatz auf eigenem Territorium gegen die eigenen Staatsbürger zur Niederwerfung einer Rebellion erlaubt wäre²²⁵.

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 weitere 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. Die im Römer Statut vorhandene 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 jedoch seither weiter fortgeschritten.

²²⁴ Vgl. ICTY, Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Naletilic und Martinovic*, IT-98-34-T, Urteil vom 31. März 2003, § 177.

²²⁵ 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.

Der Vorentwurf folgt daher dort nicht der Konzeption des Römer Statuts, wo neuere Vertragsregeln²²⁶, das Gewohnheitsrecht oder die internationale Gerichtspraxis eine weitergehende Strafbarkeit von Kriegsverbrechen auch in innerstaatlichen Konflikten vorsehen²²⁷. Ausnahmen vom Grundsatz der rechtlichen Gleichbehandlung internationaler und innerstaatlicher bewaffneter Konflikte bestehen gemäss Vorentwurf nur dann, wenn eine Strafbestimmung ihrer Natur nach nicht in innerstaatlichen Konflikten anwendbar ist. So kann etwa eine Verhaltensregel der internationalen Konflikte in Bezug auf Kriegsgefangene in einem innerstaatlichen Konflikt nicht angewandt werden, da es rechtstechnisch in einem innerstaatlichen Konflikt keine Kriegsgefangenen geben kann²²⁸. Als weitere Ausnahme ist auch die Überführung der eigenen Zivilbevölkerung in das besetzte Gebiet durch einen Angehörigen der Besetzungsmacht²²⁹ zu nennen. Ausnahmen sind durch den Richter oder die Richterin 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. Wie der Bundesrat bereits in der Botschaft über die Ratifikation des Römer Statuts des IStGH angekündigt hat²³⁰, wird er im Hinblick auf die im Jahre 2009 durchzuführende Konferenz der Vertragsstaaten zur Überprüfung des Statuts (vgl. Art. 123 Abs. 1) die notwendigen Vorarbeiten treffen, um weitere Kriegsverbrechen in innerstaatlichen Konflikten ebenfalls der Zuständigkeit des IStGH zu unterstellen²³¹.

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

²²⁶ 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 über das Verbot des Einsatzes, der Lagerung, der Herstellung und der Weitergabe von Anti-Personenminen und über deren Vernichtung vom 18. September 1997 («Ottawavertrag»), 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, BBl **2003** 6091.

²²⁷ Dies entspricht im Übrigen auch der Konzeption des neuen deutschen Völkerstrafgesetzbuchs vom 26. Juni 2002 (BGBl. I, 2254).

²²⁸ Z.B. die ungerechtfertigte Verzögerung bei der Heimschaffung von Kriegsgefangenen nach Beendigung der aktiven Feindseligkeiten (vgl. Art. 85 Abs. 4 Bst. b ZP I).

²²⁹ Vgl. Art. 85 Abs. 4 Bst. a ZP I.

²³⁰ IStGH-Botschaft, BBl **2001** 539.

²³¹ In ähnlichem Zusammenhang hatte der Bundesrat der Schweizer Delegation im Hinblick auf die erste Konferenz von 1995/1996 zur Überprüfung 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 (SR **0.515.091**), das Mandat erteilt, sich für eine Ausweitung des Anwendungsbereichs des Rahmenabkommens und der dazugehörigen Protokolle auf nicht internationale bewaffnete Konflikte einzusetzen und wiederholte dies auch für die zweite Überprüfungs-konferenz; vgl. BBl **2003** 3579.

dadurch ergeben, dass die im Innern des Territoriums Bosnien-Herzegowinas aktiven Truppenverbände der bosnischen Serben in einem Mass durch die Bundesrepublik Jugoslawien kontrolliert wurden, dass die von ihren Mitgliedern begangenen Kriegsverbrechen der Bundesrepublik Jugoslawien zuzurechnen waren²³². Dasselbe galt auch für die Zurechnung der Handlungen der Truppen der bosnischen Kroaten an Kroatien²³³. Die gerichtliche und strafrechtlich relevante Qualifizierung eines Konflikts ist logischerweise immer eine nachträgliche. Das humanitäre Völkerrecht will jedoch bereits präventiv seine Wirkung zum Schutze der Kriegesopfer, aber auch der Kombattanten vor Waffen und Methoden der Kriegführung, die über den legitimen Zweck bewaffneter Konflikte – das Aussergefechtsetzen des Gegners – hinausgehen, entfalten. 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.

In subjektiver Hinsicht setzt Absatz 1 voraus, dass sich der Täter bei der Begehung eines der nachfolgend erläuterten Kriegsverbrechen bewusst war, dass seine Handlungen im Zusammenhang mit einem bewaffneten Konflikt erfolgen, wobei dieses Wissen aus den tatsächlichen Umständen abgeleitet werden kann, welche einen bewaffneten Konflikt begründen. Nicht vorausgesetzt ist, dass dem Täter bewusst ist bzw. dass er eine rechtliche Würdigung hinsichtlich der Frage vornimmt, ob es sich um einen internationalen oder innerstaatlichen Konflikt handelt²³⁴.

Absatz 3 von Artikel 264^{ter} VE-StGB, welcher Neutralitätsverletzungen bzw. deren gewaltsame Zurückweisung bewaffneten Konflikten gleichstellt, entspricht der geltenden Regelung in Artikel 108 Absatz 1 MStG.

2.1.5.2.2 Artikel 264^{quater} VE-StGB (Schwere Verletzungen der Genfer Abkommen vom 12. August 1949)

Artikel 264^{quater} VE-StGB gibt den Katalog der sog. «schweren Verletzungen» der vier Genfer Abkommen vom 12. August 1949 wieder²³⁵. Dazu zählen u.a. die vorsätzliche Tötung, Folter und unmenschliche Behandlung, unverhältnismässige Zerstörung oder Aneignung von zivilen Gütern, Zwangsrekrutierung von Kriegsgefangenen,

²³² ICTY, Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, IT-94-1-A, Urteil vom 15. Juli 1999, §§ 68-171.

²³³ ICTY, Trial Chamber I, *The Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, IT-95-14-T, Urteil vom 3. März 2000, §§ 95 ff.

²³⁴ Vgl. Einleitung zu Art. 8 der «Verbrechenselemente» des IStGH, a.a.O., S. 128.

²³⁵ Vgl. die jeweiligen Tatbestände in Art. 50 GA I, Art. 51 GA II, Art. 130 GA III und Art. 147 GA IV.

Verweigerung eines fairen Verfahrens²³⁶, Vertreibungen und Überführungen²³⁷ sowie Geiselnahmen²³⁸. Die «schweren Verletzungen» sind als Kriegsverbrechen strafbar, wenn sie in einem internationalen bewaffneten Konflikt oder in besetzten Gebieten gegen die jeweils geschützten Personenkategorien begangen werden²³⁹. Der Kreis der geschützten Personen ist je nach Abkommen unterschiedlich. So werden nach dem I. Genfer Abkommen in erster Linie verwundete und kranke Militärangehörige sowie das Sanitäts- und Seelsorgepersonal geschützt, das II. Genfer Abkommen ergänzt diese Kategorien um schiffbrüchige Mitglieder der Streitkräfte, das III. Genfer Abkommen schützt Kriegsgefangene und diesen gleichgestellte Personen und das IV. Genfer Abkommen schützt Zivilpersonen in der Gewalt der Gegenpartei, deren Nationalität sie nicht besitzen²⁴⁰, 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 ist²⁴¹, weil bei ihrer Ausarbeitung im Jahre 1949 eine Ausweitung auf innerstaatliche Konflikte als unzulässige Einmischung in die inneren

²³⁶ Der vorsätzliche Entzug des Rechts einer geschützten Person auf ein unparteiisches und ordentliches Gerichtsverfahren (Art. 264^{quater} Abs. 1 Bst. f VE-StGB), 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.

²³⁷ Die Vertreibung oder Überführung (Art. 264^{quater} Abs. 1 Bst. g VE-StGB) 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.

²³⁸ Für eine nähere Erläuterung des Inhalts der «schweren Verletzungen» wird auf die IStGH-Botschaft, BBI **2001** 525 f. verwiesen.

²³⁹ 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.

²⁴⁰ 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.

²⁴¹ 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.

Angelegenheiten der Staaten verstanden worden wäre. Weiter wäre in Betracht zu ziehen, dass einzelne der «schweren Verletzungen» aufgrund ihrer Natur nicht vollständig auf innerstaatliche Konflikte übertragbar sind. Während es z.B. 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 264^{quater} VE-StGB nicht automatisch auch bezüglich innerstaatlicher bewaffneter Konflikte Geltung erlangen. Nach Absatz 2 von Artikel 264^{quater} VE-StGB sind die Tatbestände von Absatz 1 in einem innerstaatlichen bewaffneten Konflikt nur dann anwendbar, sofern sie sich gegen eine nach dem humanitären Völkerrecht zu schützende Person²⁴² 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 gilt²⁴³ und die auch im gemeinsamen Artikel 3 der vier GA sowie Artikel 4 Absatz 2 und Artikel 17 ZP II enthalten sind.

2.1.5.2.3 Artikel 264^{quinquies} - Artikel 264^{decies} VE-StGB (Andere Kriegsverbrechen)

Die in den Artikel 264^{quinquies} – Artikel 264^{decies} VE-StGB enthaltenen Verbrechenstatbestände haben ihre völkerrechtliche Grundlage insbesondere in den «Haager Abkommen und Erklärungen» von 1899 und 1907, in den vier Genfer Abkommen von 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 264^{quater} VE-StGB 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 bzw. der Art der Verletzungshandlungen:

²⁴² 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.

²⁴³ 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.

- Angriffe gegen zivile Personen und Objekte (Art. 264^{quinquies} VE-StGB)
- Verstöße gegen die Menschenwürde und die körperliche und sexuelle Integrität (Art. 264^{sexies} VE-StGB)
- Rekrutierung oder Verwendung von Kindern unter 15 Jahren in Feindseligkeiten (Art. 264^{septies} VE-StGB)
- Verbotene Methoden der Kriegführung (Art. 264^{octies} VE-StGB)
- Einsatz verbotener Waffen (Art. 264^{novies} VE-StGB)
- Bruch eines Waffenstillstands oder des Friedens, Vergehen gegen einen Parlamentär, verzögerte Heimschaffung von Kriegsgefangenen (Art. 264^{decies} VE-StGB)
- Andere Verstöße gegen das Völkerrecht im Zusammenhang mit bewaffneten Konflikten (Art. 264^{undecies} VE-StGB)

2.1.5.2.3.1 Artikel 264^{quinquies} VE-StGB (Angriffe gegen zivile Personen und Objekte)

Oberstes Gebot im Krieg ist der Schutz der Zivilbevölkerung und anderer Personen, welche selbst nicht direkt am bewaffneten Konflikt beteiligt sind. Zu schützen sind ebenfalls zivile Objekte, welche nicht für militärische Zwecke verwendet werden. Absichtliche Angriffe gegen die Zivilbevölkerung (Art. 264^{quinquies} Abs. 1 Bst. a VE-StGB) und zivile Objekte (Art. 264^{quinquies} Abs. 1 Bst. b VE-StGB) 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 unzulässig²⁴⁴. Bei diesen Tatbeständen (sowie nachfolgend auch bei Art. 264^{quinquies} Abs. 1 Bst. c VE-StGB) handelt es sich aufgrund der entsprechen Artikel des Römer Statuts (Art. 8 Abs. 2 Bst. b Ziff. i und ii) sowie den dazugehörenden «Verbrechenselementen» 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 bildet der Schutz von Personal, Einrichtungen, Material, Einheiten oder Fahrzeugen, die an einer humanitären Hilfsmission oder friedenserhaltenden Mission in Übereinstimmung mit der Charta der Vereinten Nationen beteiligt sind (Art. 264^{quinquies} Abs. 1 Bst. c VE-StGB). Die ausdrückliche Bezeichnung solcher Angriffe als Kriegsverbrechen, welche erstmals durch das Römer Statut erfolgte, ist Spiegelbild der besonderen Anfälligkeit, welcher

²⁴⁴ 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.

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 u.a. 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 Personen²⁴⁵.

Weiter gelten nach Artikel 264^{quinquies} Absatz 1 VE-StGB als Kriegsverbrechen der Angriff gegen unverteidigte Städte, Dörfer, Wohnstätten, Gebäude oder entmilitarisierte Zonen, welche keine militärischen Ziele darstellen (Bst. d). Strafbar ist auch der Angriff gegen Gebäude, Material Sanitätseinheiten oder deren Mittel, die in Übereinstimmung mit dem Völkerrecht ein Schutzzeichen oder eine andere Identifikationsmethode verwenden, welche einen Schutz unter den Genfer Abkommen und dem Zusatzprotokoll gewähren. 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 (z.B. ein Feldlazarett) (Bst. e). Buchstabe f 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 oder der Wohltätigkeit dienen, oder Krankenhäuser und Sammelplätze für Kranke und Verwundete. 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.

2.1.5.2.3.2 Artikel 264^{sexies} VE-StGB (Verstöße gegen die Menschenwürde und die körperliche und sexuelle Integrität)

Der Verstoß gegen die Menschenwürde, insbesondere eine entwürdigende oder erniedrigende Behandlung (Art. 264^{sexies} Abs. 1 Bst. a VE-StGB), ist nach dem humanitären Völkerrecht als Kriegsverbrechen zu qualifizieren, wenn die Schwere der Tat derart gravierend war, dass es allgemein von jeder vernünftigen Person als

²⁴⁵ Diese Unterscheidung macht auch Artikel 2 Absatz 2 der Konvention vom 9. Dezember 1994 über die Sicherheit von Personal der Vereinten Nationen und beigeordnetem Personal, die am 15. Januar 1999 in Kraft getreten, von der Schweiz allerdings noch nicht unterzeichnet worden ist.

schwerwiegender Angriff auf die Menschenwürde anerkannt wird²⁴⁶. Bei der Bestimmung der Schwere der Entwürdigung oder Erniedrigung ist ein objektiv-personalisierter Massstab anzuwenden. Das Opfer muss sich zwar seiner entwürdigenden oder erniedrigenden Behandlung nicht bewusst gewesen sein, jedoch kann auf der anderen Seite auch nicht jede Empfindlichkeit einer Person berücksichtigt werden. Unter anderem ist auch der kulturelle Hintergrund des Opfers zu berücksichtigen²⁴⁷. Auf jeden Fall ist die Menschenwürde dann verletzt, wenn einer Person ihre Qualität als Mensch schlechthin abgesprochen wird²⁴⁸. In der Rechtsprechung des Ad-hoc-Tribunals für das ehemalige Jugoslawien wurden u.a. der Zwang gegenüber Gefangenen, nackt auf Tischen zu tanzen oder die Notdurft in ihren Kleidern zu verrichten, als Verstoss gegen die Menschenwürde bezeichnet.

Weiter strafbar sind nach Artikel 264^{sexies} Absatz 1 Buchstabe b VE-StGB Angriffe auf die körperliche Integrität (insb. Verstümmelungen), namentlich die Vornahme von Versuchen medizinischer oder wissenschaftlicher Art an durch das humanitäre Völkerrecht geschützten Personen, die weder medizinischen Standards entsprechen noch in deren Interesse durchgeführt werden. So ist beispielsweise auch strafbar, wer eine unnötige Operation durchführt, die das Opfer dauerhaft entstellt, jedoch dessen Gesundheit nicht beschlägt.

Artikel 264^{sexies} Absatz 1 Buchstabe c VE-StGB bestraft im Weiteren schwerwiegende Verstösse gegen das sexuelle Selbstbestimmungsrecht. Dazu gehören die Vergewaltigung, die sexuelle Sklaverei, die vergewaltigungsähnliche oder eine 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 werden²⁴⁹.

2.1.5.2.3.3 Artikel 264^{septies} VE-StGB (Rekrutierung oder Verwendung von Kindern unter fünfzehn Jahren in Feindseligkeiten)

Eines Kriegsverbrechens macht sich nach Artikel 264^{septies} VE-StGB strafbar, wer Kinder unter 15 Jahren für die Streitkräfte oder bewaffnete Gruppen rekrutiert, in diese eingliedert, oder auf andere Weise zur aktiven Teilnahme an Feindseligkeiten oder zur aktiven Unterstützung der an Feindseligkeiten beteiligten Truppen

²⁴⁶ 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.

²⁴⁷ Vgl. Fussnote 49 zu Ziff. 2 von Art. 8 Abs. 2 Bst. xxi der «Verbrechenselemente» des IStGH, a.a.O., S. 143.

²⁴⁸ 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.

²⁴⁹ Ziff. 2.1.4.2.3.8 und Ziff. 2.1.4.2.3.3

verwendet. Der Täter ist auch strafbar, wenn ihm 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 Konflikten²⁵⁰ erklärt hat, dass das Mindestalter für die Rekrutierung von Freiwilligen in ihre nationalen Streitkräfte 18 Jahre beträgt. Entsprechend wurde auch die Schweizer Rechtsordnung angepasst²⁵¹. Eine Erhöhung des Mindestalters auch im Tatbestand des entsprechenden Kriegsverbrechens wäre 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 im StGB und MStG deshalb nach Massgabe des tieferen Mindestalters in Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe b Ziff. xxvi des Römer Statuts zu formulieren.

2.1.5.2.3.4 Artikel 264^{octies} VE-StGB (Verbotene Methoden der Kriegführung)

Gemäss Artikel 264^{octies} Absatz 1 Buchstabe a VE-StGB 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 1977²⁵² sowohl in internationalen wie aufgrund des Völkergewohnheitsrechts insbesondere auch in innerstaatlichen bewaffneten Konflikten. Im Unterschied zu Artikel 264^{quinquies} Absatz 1 Buchstaben a und b VE-StGB ist der Angriff nach Artikel 264^{octies} VE-StGB nicht absichtlich gegen Zivilpersonen oder zivile Objekte gerichtet, sondern der Täter wird dafür bestraft, dass er ein militärisches Ziel angreifen will, obwohl er weiss, dass durch diesen Angriff Zivilpersonen, zivile Objekte oder die Umwelt in unverhältnismässiger Weise Schaden nehmen können (sog. «Kollateralschäden» bei unterschiedslos wirkenden Angriffen). Strafbar ist im Weiteren auch ein Angriff gegen Anlagen und Einrichtungen, welche gefährliche Kräfte enthalten und deren Freisetzung Zivilpersonen, zivile Objekte oder die Umwelt in unverhältnismässiger Weise schädigen würde²⁵³. Subjektiv muss der Täter im Zeitpunkt des Angriffs Kenntnis von den Tatsachen gehabt haben, welche das Missverhältnis zwischen den zu

²⁵⁰ SR **0.107.1**. Das Fakultativprotokoll ist für die Schweiz am 26. Juli 2002 in Kraft getreten.

²⁵¹ 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 Militärdienstpflicht (**SR 512.21**).

²⁵² 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

²⁵³ Vgl. Art. 85 Abs. 3 Bst. c ZP I.

erwartenden zivilen Schäden und dem zu erwartenden militärischen Vorteil begründen²⁵⁴. 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 (Art. 264^{octies} Abs. 1 Bst. b VE-StGB), betrifft das so genannte Verbot «menschlicher Schutzschilde». Der Täter macht sich nicht nur strafbar, wenn er die Anwesenheit geschützten Personen, beispielsweise Zivilisten, ausnutzt, sondern er macht sich auch strafbar, 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 Kampfhandlungen²⁵⁵.

Als verbotene Methode der Kriegführung ist auch die Aushungerung von Zivilpersonen strafbar (Art. 264^{octies} Abs. 1 Bst. c VE-StGB). Dabei ist der Begriff des «Aushungerens» - im Sinne von Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe Ziffer xxv des Römer Statuts - nicht nur im wörtlichen Sinn zu verstehen. Vielmehr gilt er im Sinne eines Konzepts, indem nicht nur die Entziehung von Lebensmitteln, sondern auch das Vorenthalten der für die Bevölkerung lebensnotwendigen Güter (wie beispielsweise Medikamente) erfasst wird oder die Behinderung von Hilfslieferungen, wie sie im humanitären Völkerrecht vorgesehen sind²⁵⁶. Dabei ist es zur Erfüllung des Tatbestands nicht notwendig, dass in Folge solcher Aushungerungsaktionen Personen sterben. Wie es sich auch aus den Verbrechenselementen zu Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe Ziffer xxv des Römer Statuts ergibt, reicht es aus, wenn der Täter der Bevölkerung lebensnotwendige Güter als Methode der Kriegführung vorenthält.

Nach Artikel 264^{octies} Absatz 1 Buchstabe d VE-StGB ist strafbar, wer einen gegnerischen Kombattanten tötet oder verwundet, der sich ergeben hat oder sich in anderer Weise ausser Gefecht («*hors de combat*») befindet. Dazu gehören auch Kombattante, die verwundet sind, sowie Kriegsgefangene. Ein entsprechender Tatbestand ist bereits im geltenden Artikel 112 Absatz 1 MStG enthalten.

²⁵⁴ 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. Zur Zeit wird ein Rückzug des Schweizerischen Vorbehalts geprüft.

²⁵⁵ Vgl. Ziff. 2 von Art. 8 Abs. 2 Bst. xxiii der «Verbrechenselemente» des IStGH, a.a.O., S. 146

²⁵⁶ Vgl. auch Art. 54 ZP I.

Das Kriegsverbrechen der meuchlerischen bzw. heimtückischen Tötung oder Verwundung (Art. 264^{octies} Abs. 1 Bst. e VE-StGB) erfasst Handlungen, durch die ein Gegner auf perfide Weise dazu verleitet werden soll, sich auf den Schutz des humanitären Völkerrechts zu verlassen oder diesen Schutz zu gewähren. Der Täter handelt dabei in der Absicht, das Vertrauen des Opfers zu missbrauchen²⁵⁷. 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 sog. «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 vertrauen²⁵⁸.

Das Kriegsverbrechen der Verweigerung des Pardons (Art. 264^{octies} Abs. 1 Bst. g VE-StGB) sanktioniert das Verbot, den Befehl zu erteilen, niemanden am Leben zu lassen, dies dem Gegner anzudrohen oder die Feindseligkeiten in diesem Sinne zu führen.

Der Tatbestand der Plünderung (Art. 264^{octies} Abs. 1 Bst. h. VE-StGB) schützt privates oder öffentliches Eigentum vor Plünderungen. Strafbar sind nicht nur individuelle Aktionen einzelner Soldaten, sondern auch die Beschlagnahme von Eigentum im Rahmen einer systematischen ökonomischen Ausbeutung besetzter Gebiete²⁵⁹. 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 ebenfalls nach geltendem Recht in Kriegszeiten auch auf Personen nicht schweizerischer Nationalität Anwendung²⁶⁰. Unter den neuen Tatbestand fällt auch der sog. «Kriegsraub» an Verwundeten oder Kranken 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, werden durch Artikel 264^{octies} Absatz 1 Buchstabe f VE-StGB erfasst.

Nach Artikel 264^{octies} Absatz 1 Buchstabe i VE-StGB ist strafbar, wer die Parlamentärflagge, die Flagge, die militärischen Abzeichen oder Uniformen des

²⁵⁷ Als Beispiele für verbotene Heimtücke nennt Art. 37 Ziff. 1 ZP I folgende Handlungen: das Vortäuschen der Absicht, unter einer Parlamentärflagge zu verhandeln oder sich zu ergeben; das Vortäuschen von Kampfunfähigkeit infolge Verwundung oder Krankheit; das Vortäuschen eines zivilen oder Nichtkombattantenstatus; das Vortäuschen eines geschützten Status durch Benutzung von Abzeichen, Emblemen oder Uniformen der Vereinten Nationen oder neutraler oder nicht am Konflikt beteiligter Staaten.

²⁵⁸ Als Beispiele für zulässige Kriegslisten nennt Art. 37 Ziff. 2 ZP I folgende Handlungen: Tarnung, Scheinstellungen, Scheinoperationen und irreführende Informationen.

²⁵⁹ 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.

²⁶⁰ Art. 4 Abs. 2 MStG; vgl. hierzu auch Kurt Hauri, *Kommentar zum Militärstrafgesetz*, Bern 1983, Art. 140, S. 406 N. 4.

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 anerkannte Schutzzeichen und –methoden unter Verstoß gegen das humanitäre Völkerrecht absichtlich 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 gemäss Vorentwurf jede rechtswidrige Verwendung dieser Schutzzeichen, Flaggen und Uniformen an sich bereits als Verletzung des humanitären Völkerrechts verboten. Die Strafbarkeit wird nicht 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 264^{octies} Absatz 1 Buchstabe e VE-StGB konsumiert.

Nach Artikel 264^{octies} Absatz 1 Buchstabe j VE-StGB macht sich strafbar, wer als Angehöriger einer Besetzungsmacht einen Teil ihrer Zivilbevölkerung in das von ihr besetzte Gebiet überführt. Dieses Verbot will insbesondere Kolonisierungen besetzter Gebiete verhindern, welche für die angestammte Bevölkerung gravierende wirtschaftliche und existentielle Konsequenzen haben kann.

2.1.5.2.3.5 Artikel 264^{novies} VE-StGB (Einsatz verbotener Waffen)

Der Tatbestand der Verwendung von Gift oder vergifteten Waffen (Art. 264^{novies} Abs. 1 Bst. a VE-StGB) betrifft Substanzen oder Waffen, die als Folge ihres Gebrauchs eine solche Substanz freisetzen.

Ein weiteres Kriegsverbrechen stellt nach Artikel 264^{novies} Absatz 1 Buchstabe b VE-StGB die Verwendung von biologischen und chemischen Waffen dar, einschliesslich erstickender, giftiger oder gleichartiger Gase oder Flüssigkeiten, Stoffe oder Vorrichtungen mit ähnlicher Wirkung²⁶¹. 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 Taktiken 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 ausdrücklich zwar kein umfassendes Verbot des Einsatzes von biologischen oder

²⁶¹ Nicht unter diesen Tatbestand fällt hingegen die Verwendung von toxischen Chemikalien und ihrer Vorprodukte, wie beispielsweise 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.

chemischen Waffen²⁶². Hintergrund dieser Lücke bildete die im Zeitpunkt der Verabschiedung des Römer Statuts nicht beizulegende 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 am Schluss darin, auf die Aufnahme eines ausdrücklichen Verbots von sog. „ABC-Waffen“ gänzlich zu verzichten. Der Einsatz von biologischen und chemischen Waffen wird aber durch einschlägige internationale Übereinkommen verboten²⁶³.

Der Tatbestand der Verwendung verbotener Geschosse in bewaffneten Konflikten (Art. 264^{novies} Abs. 1 Bst. c VE-StGB) betrifft Geschosse, die sich im menschlichen Körper leicht ausdehnen oder flachdrücken und damit unnötige Leiden verursachen (sog. «Dumdumgeschosse»).

Artikel 264^{novies} Absatz 1 Buchstabe d VE-StGB bestraft als Auffangtatbestand in bewaffneten Konflikten die Verwendung von Geschossen und Stoffen, die geeignet sind, überflüssige Verletzungen oder unnötige Leiden zu verursachen oder die unter Verstoss gegen das humanitäre Völkerrecht ihrer Natur nach ohne Unterschied zwischen Zivilpersonen und Kombattanten wirken²⁶⁴, sofern sie Gegenstand eines umfassenden völkerrechtlichen Verbots sind oder ihr Gebrauch eindeutig gegen grundlegende Prinzipien des humanitären Völkerrechts verstösst. Gegenstand eines solchen Verbots sind beispielsweise Waffen, welche als Hauptwirkung Splitter erzeugen, die mit Röntgenstrahlen im menschlichen Körper nicht entdeckbar sind²⁶⁵, und Blendlaserwaffen, wenn sie eigens dazu dienen sollen, dauernde Erblindung herbeizuführen²⁶⁶. In aller Regel verstösst auch der Einsatz von Atomwaffen eindeutig gegen die grundlegenden Prinzipien des humanitären Völkerrechts²⁶⁷. Der Gebrauch von Antipersonenminen hingegen unterliegt zumindest gegenwärtig nicht einem umfassenden völkerrechtlichen Verbot, wenn auch eine zunehmende Anzahl

²⁶² Art. 8 Abs. 2 Bst. Ziff. xviii erfasst lediglich Tatbestände des Genfer Gas-Protokolls von 1925, SR **0.515.105**.

²⁶³ Siehe Übereinkommen vom 10. Apr. 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**.

²⁶⁴ Vgl. zur Bedeutung einer umfassenden Ächtung solcher Waffen auch die Botschaft vom 16. Apr. 2003 betreffend die Änderung von Art. 1 vom 21. Dez. 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, BBI **2003** 3575.

²⁶⁵ Protokoll über nichtentdeckbare Splitter (im Anhang zum Übereinkommen über konventionelle Waffen), SR **0.515.091**.

²⁶⁶ Protokoll über Blendlaserwaffen, SR **0.515.091.1**.

²⁶⁷ Vgl. das Gutachten des Internationalen Gerichtshofs über die Rechtmässigkeit der Drohung mit nuklearen Waffen und des Gebrauchs derselben (Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons) vom 8. Juli 1996.

von Staaten die Ottawa-Konvention ratifiziert hat und den Gebrauch von Antipersonenminen umfänglich verbieten²⁶⁸.

Artikel 264^{novies} Absatz 1 Buchstabe d VE-StGB basiert auf Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe b Ziffer xx des Römer Statuts. Gemäss dieser Bestimmung gilt die Besonderheit, dass der IStGH seine Gerichtsbarkeit erst ausüben kann, wenn diese Waffen, Geschosse, Stoffe und Methoden der Kriegführung Gegenstand eines umfassenden Verbots sind und auf Grund einer Änderung des Statuts in einer Anlage dieses Statuts enthalten sind. Über eine solche Anlage kann frühestens an der ersten Konferenz zur Überprüfung des Statuts im Jahre 2009 beschlossen werden²⁶⁹. Der Bundesrat beabsichtigt, im Hinblick auf diese Konferenz die Bemühungen zur Abfassung einer solchen Liste völkerrechtswidriger Waffen, Geschosse, Stoffe und Methoden der Kriegführung zu unterstützen.

2.1.5.2.3.6 Artikel 264^{decies} VE-StGB (Bruch eines Waffenstillstandes oder des Friedens)

Artikel 264^{decies} Absatz 1 Buchstaben a und b VE-StGB entsprechen dem geltenden Artikel 113 MStG, Buchstabe c (Vergehen gegen einen Parlamentär) dem geltenden Artikel 114 MStG. Der Tatbestand der ungerechtfertigten Verzögerung bei der Heimschaffung von Kriegsgefangenen nach Beendigung der aktiven Feindseligkeiten (Bst. d) gilt als eine schwere Verletzung des Zusatzprotokoll I von 1977 der Genfer Abkommen von 1949²⁷⁰ und ist ebenfalls als Kriegsverbrechen strafbar.

2.1.5.2.3.7 Artikel 264^{undecies} VE-StGB (Andere Verstösse gegen das Völkerrecht im Zusammenhang mit bewaffneten Konflikten)

Wie oben bereits dargelegt wurde²⁷¹, beruht das Konzept des Vorentwurfs bei der landesrechtlichen Umsetzung des für die Schweiz verbindlichen Völkerstrafrechts auf zwei Pfeilern: Einerseits soll das strafrechtliche Legalitätsprinzip möglichst optimal verwirklicht werden, d.h. 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 schwerwiegende Kriegsverbrechen gleichwohl unter schweizerischem

²⁶⁸ Vgl. das Übereinkommen über das Verbot des Einsatzes, der Lagerung, der Herstellung und der Weitergabe von Anti-Personenminen und über deren Vernichtung vom 18. Sep. 1997, SR **0.515.092**.

²⁶⁹ Vgl. Art. 121 und 123 des Römer Statuts.

²⁷⁰ Vgl. Art. 85 Abs. 4 Bst. b ZP I

²⁷¹ Vgl. Ziff. 1.3.1.2.1

Recht strafbar sind, auch wenn sie nicht ausdrücklich im Gesetz, sondern im Völkerrecht geregelt sind²⁷².

Nach der Generalklausel von Artikel 264^{undecies} VE-StGB, welche weitgehend jener des geltenden Artikel 109 MStG entspricht, sind deshalb auch andere Verstösse gegen das humanitäre Völkerrecht, welche nicht durch die Artikel 264^{quater}-264^{decies} VE-StGB erfasst werden, in der Schweiz strafbar. Bedingung hierfür ist, dass die Verletzung der entsprechenden Verbotsnormen in einem für die Schweiz verbindlichen völkerrechtlichen Vertrag, im Völkergewohnheitsrecht oder im Statut eines internationalen Straftribunals, dessen Zuständigkeit die Schweiz als verbindlich anerkennt, für strafbar erklärt wird.

Mit der Einführung eines solchen Auffangtatbestandes ins StGB bzw. mit dessen Beibehaltung im MStG werden zweierlei Ziele erreicht:

Erstens wird sichergestellt, dass völkerrechtswidrige Handlungen im bewaffneten Konflikt, welche nicht denselben oder einen anderen 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 der Verbotsnormen des humanitären Völkerrechts wäre überdies enorm aufwendig, könnte zu Doppelspurigkeiten führen und dennoch nicht garantieren, dass auch alle strafbaren Verhaltensweisen hinreichend erfasst würden.

Zweitens kann Artikel 264^{undecies} VE-StGB auch alle in der Zukunft geschlossenen Verträge sowie sich weiterentwickelndes Gewohnheitsrecht erfassen, ohne dass in jedem Einzelfall eine 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 und an welchem sich die Auswahl der neu im StGB und MStG geregelten Tatbestände orientiert, gehören zu den schwersten Verbrechen, welche die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren. Dies spricht dafür, für solche Verbrechen in der Regel jeweils die Höchststrafe, d.h. lebenslängliches Zuchthaus, sowie alternativ dazu eine zeitlich begrenzte Zuchthausstrafe anzudrohen. Andererseits ist nicht zu verkennen, dass der Unrechtsgehalt nicht aller Verletzungen des humanitären Völkerrechts derselbe ist. Es werden deshalb zum Teil abgestufte Strafdrohungen vorgeschlagen, entsprechend dem Unrechtsgrad der Tatbestandsverwirklichung. Als Strafen sind wie im Statut – angesichts der Schwere der Verbrechen, um die es sich hier handelt – jedoch nur Freiheitsstrafen vorgesehen. Dass diese Strafdrohungen teilweise über jenen liegen, welche für die «gewöhnlichen» Tatbestände des StGB zur Anwendung

²⁷² So wurde 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.

gelangen, hat seinen Grund darin, dass die Begehung von Kriegsverbrechen in Situationen stattfinden, welche die Begehung durch den Täter erleichtern bzw. die Abwehr der Tat durch das Opfer erschweren. Dies trifft insbesondere dann zu, wenn die Verbrechen im Kollektiv begangen werden.

2.1.6 Zwölfter Titel^{quater} VE-StGB (Gemeinsame Bestimmungen)

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 ist nicht neu und kommt heute bei einer Reihe von anderen Deliktskategorien zum Zug²⁷³.

2.1.6.1 Art. 264^{duodecies} VE-StGB (Strafbarkeit des Vorgesetzten)

2.1.6.1.1 Völkerrechtliche Grundlagen

Der gemeinsame Artikel 1 der vier Genfer Abkommen zum Schutz der Kriegsgesunden 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, die sich unter ihrer effektiven Kontrolle befinden, überwachen und dafür sorgen, dass diese die Regeln des humanitären Völkerrechts einhalten²⁷⁴.

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 teils ausdrücklich, teils stillschweigend in den Genfer Abkommen von 1949²⁷⁵ und dem Zusatzprotokoll I von 1977²⁷⁶ enthalten. Er wird heute als Teil des Völkergewohnheitsrechts anerkannt²⁷⁷.

Dessen 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 seine Bedeutung in mehreren Urteilen unterstrichen und die verschiedenen Facetten seines Anwendungsbereichs nuanciert.

2.1.6.1.2 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);²⁷⁸
- 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 z.B. 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 entsprechenden Organisationen, Betriebe und Behörden aufweisen²⁷⁹. 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

²⁷³ Vgl. Art. 172, 200 oder 322^{octies} StGB

²⁷⁴ 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**.

²⁷⁵ Art. 1 der vier Genfer Abkommen (GA) von 1949, Artikel 4 Abs. 2 GA III und Art. 1 ZP I.

²⁷⁶ Art. 86 und 87 ZP I.

²⁷⁷ ICTY, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Zejnil 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.

²⁷⁸ Vgl. auch ICTY, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Zejnil 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.

²⁷⁹ Auch die Verantwortlichkeit des Unternehmens, Art. 100^{quater} StGB, knüpft an Straftaten an, welche in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks begangen werden.

(Art. 28 Bst. b). Dazu zählen z.B. Sektionschefs oder Kreiskommandanten in der zivilen Militärverwaltung.

Entscheidend für die Bejahung der Verantwortlichkeit von Vorgesetzten ist in allen Fällen die tatsächliche Befehls- bzw. 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 werden²⁸⁰.

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 Kommandanten 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.

2.1.6.1.3 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 u.a. bei der Verantwortlichkeit der Eltern für ihre Kinder sowie bei der sog. «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 müssen²⁸¹. 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.

Auch das MStG erfasst nicht alle gemäss Römer Statut zu erfassenden Pflichtverletzungen von Vorgesetzten. Das MStG bestraft in Artikel 18 den militärischen Vorgesetzten, der einen Befehl zu einer strafbaren Handlung gibt, wozu

²⁸⁰ ICTY, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Zejnir Delalic et. al*, IT-96-21-T, Urteil vom 16. Nov. 1998, § 354.

²⁸¹ 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*, 4. Auflage (1994), S. 234; vgl. auch BGE 122 IV 103.

auch Verstöße gegen das humanitäre Völkerrecht zählen. Das Unterlassen des Vorgesetzten²⁸², d.h. seine Pflichtverletzung im Zusammenhang mit den von seinen Untergebenen begangenen Kriegsverbrechen, wird auch im MStG nicht ausdrücklich geregelt²⁸³. Eine solche Verantwortlichkeit kann derzeit lediglich mittels dem Pauschalverweis auf Verletzungen des humanitären Völkerrechts in Artikel 109 MStG begründet werden, was angesichts des strafrechtlichen Legalitätsprinzips nicht mehr zu befriedigen vermag²⁸⁴. 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 lediglich Vorschriften zur Ahndung von Disziplinarfehlern.

2.1.6.1.4 Der Rechtsgrundsatz der Verantwortlichkeit des Vorgesetzten nach Artikel 264^{duodecies} VE-StGB

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, d.h. welcher Kategorie von Vorgesetzten (vgl. oben Ziff. 2.1.6.1.2) der Beschuldigte zuzuordnen ist.

Nach Artikel 264^{duodecies} Absatz 1 VE-StGB 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. Dabei wird subjektiv vorausgesetzt, dass der Kommandant weiss, dass seine Untergebenen Straftaten begehen oder begehen werden, die er hätte verhindern müssen und können. 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 (Artikel 264^{duodecies} Absatz 2 VE-StGB)²⁸⁵.

²⁸² Hierzu gehören gemäss geltendem Art. 2 Ziff. 9 MStG auch zivile Vorgesetzte.

²⁸³ Lediglich Art. 139 MStG sieht für den Tatbestand der Plünderung eine vergleichbare Verantwortlichkeit des Vorgesetzten vor.

²⁸⁴ Vgl. Ziff. 1.3.1.1

²⁸⁵ Vgl. auch ICTY, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Zejnil Delalic et. al*, IT-96-21-T, Urteil vom 16. Nov. 1998, § 346.

Diese Tatbestandsvariante ist aufgrund des geringeren Tatunrechts mit einer weniger hohen Strafe zu versehen.

Die Bestrafung des Vorgesetzten erfolgt nicht für das durch den Untergebenen begangene Verbrechen, sondern wegen der Verletzung der Pflichten des Vorgesetzten, welcher das Verbrechen ermöglichte oder ungesühnt liess. Deshalb ist nach den Vorgaben des Völkerrechts und dem Vorentwurf 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 begangen oder begehen würden, die er hätte verhindern können²⁸⁶. Bei Fahrlässigkeit ist jedoch aufgrund des geringeren Verschuldens eine niedrigere Strafe vorgesehen.

2.1.6.1.5 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 sog. «Schreibtischtäter» bei einem durch einen Machtapparat organisierten Verbrechen²⁸⁷), als Anstifter oder Gehilfe (insbesondere psychische Unterstützung des Untergebenen bei der Verbrechensbegehung) in Betracht kommen.

2.1.6.2 Artikel 264^{terdecies} VE-StGB (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,

²⁸⁶ Vgl. zur Strafbarkeit der Fahrlässige Mitwirkung am Vorsatzdelikt auch Günter Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I*, 2. Auflage, Bern 1996, S. 455 RZ 53 ff. Die Strafbarkeit des Vorgesetzten für Fahrlässigkeit setzt jedoch nicht das Vorhandensein eines der Vorsatztat des Untergebenen entsprechenden Fahrlässigkeitstatbestandes voraus.

²⁸⁷ 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.

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.

Der Schuldausschlussgrund des Handelns auf Befehl ist heute bereits in Artikel 18 MStG verwirklicht. Artikel 20 nAT-MStG²⁸⁸ trägt dem Schuldprinzip noch konsequenter Rechnung und sieht neu eine obligatorische Strafmilderung des Untergebenen vor. Der mit dieser Vorlage auch ins StGB einzuführende Artikel 264^{terdecies} VE-StGB präzisiert diesen Schuldausschlussgrund dahingehend, dass er neben dem Vorliegen eines (militärischen) Befehls oder einer (zivilen) Anordnung mit vergleichbarer Bindungswirkung nicht nur Unkenntnis des Täters über die Rechtswidrigkeit des Befehls oder der Anordnung verlangt, sondern auch deren fehlende Offensichtlichkeit. Analog der Grundsätze bei der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums sind auch bei diesem Schuldausschlussgrund die Anforderungen hoch zu halten, werden doch hier durch den Täter Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder Kriegsverbrechen begangen. Hingegen wird – ebenfalls aus Gründen des Schuldprinzips – darauf verzichtet, im Gesetz ausdrücklich festzuschreiben, dass bei Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit die Offensichtlichkeit der Rechtswidrigkeit des Befehls oder der Anordnung immer gegeben sind.

2.1.6.3 Artikel 264^{quaterdecies} VE-StGB (Auslandtaten)

Absatz 1

Das schweizerische Strafrecht gilt bereits heute für Völkermord (vgl. Art. 264 Abs. 2 StGB) und Kriegsverbrechen²⁸⁹, 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 Schweiz²⁹⁰.

Gemäss dem Vorentwurf soll die Zuständigkeit der Schweiz zur Strafverfolgung von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen in allen Fällen auf den gleichen Voraussetzungen beruhen: Der Täter muss in der Schweiz anwesend sein, in einem engen Bezug zu ihr stehen und nicht an das Ausland

²⁸⁸ Vgl. BBl 2003 2808, noch nicht in Kraft getreten.

²⁸⁹ Vgl. hierzu Ziff. 2.2.2

²⁹⁰ Vgl. im Einzelnen Ziff. 1.3.2.3.3

ausgeliefert werden können. Der Möglichkeit der Auslieferung an einen anderen Staat wird die Überstellung an ein internationales Strafgericht gleichgestellt²⁹¹. Zu denken ist hier insbesondere an den IStGH, die Ad-hoc-Tribunale für das ehemalige Jugoslawien und Ruanda²⁹² sowie den Spezialgerichtshof von Sierra Leone²⁹³. Für die Überstellung an ein solches Gericht ist lediglich 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 Verfahren sowie dafür bieten würde, dass die Bedingungen für eine Auslieferung erfüllt sind und keine Ablehnungsgründe vorliegen²⁹⁴.

Auf den ersten Blick liesse sich die Verfolgung der Verbrechen gegen die Menschlichkeit auch auf Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b nAT-StGB stützen, der vom Parlament im Rahmen der Änderungen des StGB vom 13. Dezember 2003 eingefügt worden war²⁹⁵. 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 als Paradebeispiel die Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Tatbestand des Völkergewohnheitsrechts. Allerdings sieht Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b i.V.m. 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 nAT-StGB) sowie das Erledigungsprinzip (Art. 7 Abs. 4 nAT-StGB) zur Anwendung kommen. Die uneingeschränkte Anwendung dieser allgemeinen Regeln auf die hier zur Diskussion stehenden schwerwiegendsten Verbrechen ist jedoch nicht sachgerecht (vgl. nachfolgend Absatz 2). Daher ist auch für die Verbrechen gegen die Menschlichkeit wie bereits beim Völkermord und den Kriegsverbrechen eine besondere Regelung zu treffen.

Absatz 2

In Absatz 2 von Artikel 264^{quaterdecies} VE-StGB wird – entsprechend der aktuellen Regelung für den Völkermord - die Geltung des Erledigungs- und Anrechnungsprinzips von Artikel 6^{bis} Ziffer 2 StGB bejaht. Allerdings enthält das Gesetz den zusätzlichen Vorbehalt, dass Artikel 6^{bis} Absatz 2 nicht anwendbar ist, wenn der Freispruch oder Erlass oder die Verjährung der Strafe im Ausland offensichtlich deshalb erfolgte oder eintrat, um den Täter dadurch in ungerechtfertigter Weise vor Strafe zu verschonen. Auch im Rahmen der AT-Revision hatte das Parlament diese

²⁹¹ Änderung des MStP und des MStG vom 19. Dez. 2003 (BBI **2003** 8237).

²⁹² 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**

²⁹³ 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**

²⁹⁴ BBI **2003** 817.

²⁹⁵ Vgl. Ziff. 1.3.2.2

Frage bei der Diskussion von Artikel 7 nAT-StGB 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 nAT-StGB den Passus ein²⁹⁶, 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)²⁹⁷ zugrunde liegt. Das Parlament wollte mit dieser Formel den Vorbehalt des schweizerischen «*ordre public*» bei der Anerkennung ausländischer Urteile zum Ausdruck bringen²⁹⁸. 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 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 auch nicht sachgerecht, wenn die schweizerischen Behörden ein Verfahren nur deshalb nicht durchführen können, weil der Tatortstaat die entsprechende Strafbarkeit nicht kennt (z.B. der systematische Entzug von Menschenrechten gegenüber Frauen durch die Taliban). 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 verdächtigten 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 verzichten²⁹⁹.

Wie bei den Tatbeständen des Völkermords und der Kriegsverbrechen soll auch bei der Beurteilung eines im Ausland begangenen Verbrechens gegen die Menschlichkeit 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.

²⁹⁶ Ebenso bei Art. 3 Abs. 3, Art. 5 Abs. 2 und Art. 6 Abs. 3 AT-StGB

²⁹⁷ **SR 0.101**

²⁹⁸ Vgl. AB N **2001** 540; AB **S 2001** 507.

²⁹⁹ Auch bei Geiselnahme nach Art. 185 Ziff. 5 und künftig bei sexuellem Kindsmisbrauch nach Art. 5 StGB (Fassung nAT-StGB) verzichtet das StGB auf das Prinzip der beidseitigen Strafbarkeit.

2.1.6.4 Art. 264^{quinquiesdecies} VE-StGB (Ausschluss der relativen Immunität)

Im Zusammenhang mit dem Beitritt der Schweiz zum Völkermord-Übereinkommen hat der Gesetzgeber eine Regelung angenommen, 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 würde³⁰⁰.

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 bereits vor über 50 Jahren festgehalten hatte, dass Verbrechen in Wirklichkeit nicht von Staaten, sondern von Individuen begangen werden und sich diese nicht auf ihre Immunität berufen und hinter ihrer staatlichen Funktion verbergen können³⁰¹. 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 Strafgerichtshof³⁰² der Bundesrat auf Antrag des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, nach erfolgter Konsultation des IStGH durch die Zentralstelle des Bundesamtes für Justiz³⁰³, über die Frage der Immunität³⁰⁴. 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 Mensch-

³⁰⁰ Vgl. Botschaft vom 31. März 1999 betreffend das Übereinkommen über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes sowie die entsprechende Revision des Strafrechts, BBI **1999** 5350 f.

³⁰¹ Internationales Militärtribunal von Nürnberg, Urteil vom 30. Sept. –1. Okt. 1946, Vol. I, S. 235.

³⁰² ZISG, SR **351.6**

³⁰³ Vgl. Art. 4 Bst. d ZISG.

³⁰⁴ Vgl. hierzu im Einzelnen die IStGH-Botschaft, BBI **2001** 458.

lichkeit und Kriegsverbrechen³⁰⁵, 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 absolute Immunität der Mitglieder des Parlaments und des Bundesrates für Äusserungen in der Bundesversammlung und in ihren Kommissionen³⁰⁶ ausdrücklich aufzuheben.

2.1.7 Artikel 340 Ziffer 2 VE-StGB (Bundesgerichtsbarkeit)

Wie schon heute der Völkermord sollen auch Verbrechen gegen die Menschlichkeit und die Kriegsverbrechen der Bundesgerichtsbarkeit unterstehen³⁰⁷. Dies macht eine entsprechende Anpassung von Artikel 340 Ziffer 2 StGB nötig³⁰⁸.

2.2 Änderung des Militärstrafgesetzes³⁰⁹

Parallel zur Änderung des StGB soll auch das Militärstrafgesetz (MStG) geändert werden. Der sechste Abschnitt des MStG heisst neu «Straftaten gegen die Interessen der Völkergemeinschaft» und enthält die Tatbestände des Völkermordes (Art. 108 VE-MStG) und der Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Art. 109 VE-MStG). Die «Kriegsverbrechen (Schwere Verletzungen des humanitären Völkerrechts im Zusammenhang mit bewaffneten Konflikten)» (Art. 110-112^{septies} VE-MStG) werden neu im sechsten Abschnitt^{bis} VE-MStG geregelt. Die gemeinsamen Bestimmungen für den sechsten Abschnitt und den sechsten Abschnitt^{bis} betreffend die Strafbarkeit des Vorgesetzten (Art. 112^{octies} VE-MStG) sind im neuen sechsten Abschnitt^{ter} VE-MStG enthalten. Weitere Änderungen betreffen den persönlichen Geltungsbereich des MStG bzw. die Neuregelung der Zuständigkeit von Zivil- und Militärjustiz (Artikel 2, 4, 6, 220 und 221 VE-MStG), den räumlichen Geltungsbereich (Art. 9 Abs. 1^{bis} und 1^{ter} VE-MStG), das Handeln auf Befehl oder Anordnung (Art. 18 Abs. 2 VE-MStG) die Unverjährbarkeitsvorschriften (Art. 56^{bis} VE-MStG), die strafbaren Vorbereitungshandlungen (Art. 171b Abs. 1 VE-MStG) und die öffentliche Aufforderung zum Völkermord (Art. 171a Abs. 1^{bis} VE-MStG).

³⁰⁵ Dies schliesst neben der täterschaftlichen Begehung nach den allgemeinen Regeln des Strafrechts insbesondere auch die direkte und öffentliche Anstiftung mit ein.

³⁰⁶ 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.

³⁰⁷ Siehe für die Gründe, weshalb Bundesgerichtsbarkeit einzuführen ist, ausführlich Ziff. 1.3.4

³⁰⁸ 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.

³⁰⁹ SR 321.0

2.2.1 Persönlicher Geltungsbereich des Militärstrafgesetzes

Gemäss Vorentwurf 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 2 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 Grenzwachtkorps 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 2 Absatz 2 MStG, welcher seit 1. März 2004 in Kraft ist³¹⁰, wird klargestellt, dass die Personen nach Absatz 1 Ziffern 1, 2, 6 sowie 7 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 unterstehen³¹¹. Entsprechend sind die zur Zeit geltenden Bestimmungen, welche Zivilpersonen (inkl. ausländische Militärangehörige) für die Begehung von Kriegsverbrechen der militärische Gerichtsbarkeit unterstellen (Art. 6 Abs. 1 und Art. 220 Ziff. 1 MStG) anzupassen. Die Militärjustiz bleibt einzig dann zuständig, wenn sich das Verbrechen gegen einen Angehörigen der Schweizer Armee im Ausland richtet (Art. 2 Ziff. 9 VE-MStG)

Artikel 4 schreibt in Kriegszeiten die Ausdehnung des Militärstrafrechts auf Zivilisten, Kriegsgefangene, feindliche Parlamentäre vor, welche bestimmte Verbrechen begehen. Diese Liste von Personen soll nun gemäss Vorentwurf 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.

³¹⁰ Bundesgesetz vom 3. Okt. 2003 betreffend die (Revision der Disziplinarstrafordnung) (BBl **2003** 6747), in Kraft getreten am 1. März 2004 (AS **2004** 921).

³¹¹ Vgl. auch die Ausführungen unter Ziff. 1.3.3.3.

2.2.2 Artikel 9 Absatz 1^{bis} und Absatz 1^{ter} VE-MStG (Räumliche Geltung)

Die schweizerischen Militärgerichte können heute Kriegsverbrechen nach den Artikel 108 ff MStG unabhängig davon beurteilen, ob das Verbrechen auf schweizerischem Hoheitsgebiet oder im Ausland begangen worden ist (Art. 9 MStG). Bundesrat, Bundesgericht und Lehre gingen indes davon aus, dass die Pflicht, ausländische Personen zu verfolgen, welche sich im Ausland eines Kriegsverbrechens 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 6^{bis} StGB in Form der stellvertretenden Strafrechtspflege vorgesehen. Zur Klärung der Rechtslage veranlasste 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 Rechtslage³¹². Als weitere Voraussetzung für die Strafverfolgung von Ausländern in der Schweiz fügte das Parlament das Kriterium des «engen Bezugs» ein³¹³.

Artikel 9 Absatz 1^{bis} VE-MStG übernimmt bei der Formulierung der Zuständigkeit der schweizerischen Militärgerichtsbarkeit diese Ergänzungen auch in Bezug auf Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Da die Zuständigkeit der Militärjustiz in Friedenszeiten gemäss Vorentwurf jedoch auf Schweizer Militärangehörige beschränkt ist, ist diese Änderung nur von Bedeutung, wenn sich die Schweiz selbst im Krieg befindet³¹⁴.

Gemäss einem neuen Absatz 1^{ter} von Artikel 9 VE-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 18 Absatz 2 VE-MStG (Handeln auf Befehl oder Anordnung)

Der Schuldausschliessungsgrund des Handelns auf Befehl ist bereits in Artikel 18 Absatz 2 des geltenden MStG (bzw. Art. 20 Absatz 2 nAT-MStG) enthalten. Er soll jedoch durch diese Gesetzesvorlage zwei Änderungen erfahren, welche der parallelen Bestimmung von Artikel 264^{terdecies} VE-StGB entsprechen³¹⁵: Erstens werden dem Befehl Anordnungen von vergleichbarer Bindungswirkung gleichgestellt.

³¹² BBI 2003 767, 811 ff. sowie BBI 2003 8237.

³¹³ Vgl. hierzu ausführlich Ziff. 1.3.2.3.3.

³¹⁴ 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).

³¹⁵ Vgl. die entsprechenden Ausführungen unter Ziff. 2.1.6.2.

Zweitens ist die Befolgung eines Befehls oder einer Anordnung dann nicht entschuldbar, wenn diese offensichtlich rechtswidrig sind.

2.2.4 Artikel 56^{bis} VE-MStG (Unverjährbarkeit)

Die Änderungen von Artikel 56^{bis} VE-MStG (bzw. Art. 59 nAT-MStG) sind materiell identisch mit den Änderungen von Artikel 75^{bis} VE-StGB (bzw. Art. 101 nAT-StGB). Es wird auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen³¹⁶.

2.2.5 Straftaten gegen die Interessen der Völkergemeinschaft

2.2.5.1 Artikel 108 VE-MStG (Völkermord)

Artikel 108 VE-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 verwiesen³¹⁷. In Bezug auf die einzelnen Tathandlungen und die Absicht der Täters wird auf die Ausführungen in den Botschaften betreffend den Beitritt zum Völkermord-Übereinkommen sowie die Ratifikation des Römer Statuts des IStGH verwiesen³¹⁸. 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 Auslandstaten sowie während Kriegszeiten wird auf die Regelung in Artikel 2 Ziffer 9, Artikel 9 Absatz 1^{bis} und Artikel 4 Ziffer 2 und 6 VE-MStG verwiesen³¹⁹.

2.2.5.2 Artikel 109 VE-MStG (Verbrechen gegen die Menschlichkeit)

Artikel 109 VE-MStG ist materiell identisch mit Artikel 264^{bis} VE-StGB. Es wird auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen³²⁰.

³¹⁶ Vgl. Ziff.2.1.1

³¹⁷ Vgl. Ziff. 2.1.4.1

³¹⁸ Vgl. Botschaft vom 31. März 1999 betreffend das Übereinkommen über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes sowie die entsprechende Revision des Strafrechts, BBI **1999** 5338 f. sowie IStGH-Botschaft, BBI **2001** 391, 496 ff.

³¹⁹ Vgl. Ziff. 2.2.1.

³²⁰ Vgl. Ziff. 2.1.4.2

2.2.6 Sechster Abschnitt^{bis} VE-MStG (Kriegsverbrechen)

Die Artikel 110 – Artikel 112^{septies} VE-MStG sind materiell identisch mit den Artikeln 264^{ter} – Artikel 264^{undecies} VE-StGB. Es wird auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen³²¹. Sofern im Rahmen der Generalklausel von Artikel 112^{septies} VE-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 fast nur hinsichtlich von Unkorrektheiten bei der Behandlung internierter Kriegsgefangener oder Zivilisten, die sonst nach den gemeinen Tatbeständen mit Übertretungsstrafe geahndet würden vorliegen³²².

Redaktionelle Änderungen des MStG ergeben sich in Bezug auf die Artikel 110 – 114 und 140, deren Regelungen in die neuen Bestimmungen dieser Gesetzesvorlage eingegliedert wurden³²³. Dies hat zur Folge, dass die Artikel 110 – 112 zugunsten von neuen Bestimmungen verwendet werden konnten, während die Artikel 113, 114 und 140 MStG zur Zeit frei bleiben. Artikel 139 wurde hinsichtlich seiner Anwendung in Kriegszeiten ebenfalls in die neuen MStG-Bestimmungen überführt³²⁴. Er bleibt aber entsprechend abgeändert für die Plünderung im aktiven Dienst bestehen.

2.2.7 Gemeinsame Bestimmungen

2.2.7.1 Artikel 112^{octies} VE-MStG (Strafbarkeit des Vorgesetzten)

Artikel 112^{octies} VE-MStG ist materiell identisch mit Artikel 264^{duodecies} VE-StGB. Es wird auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen³²⁵. Es ist darauf hinzuweisen, dass aufgrund der allgemeinen Regeln über die Zuständigkeit von Zivil- und Militärjustiz³²⁶ zivile Vorgesetzte und vorgesetzte Personen nicht schweizerischer Nationalität (Zivil- und Militärpersonen) nur im Krieg von der Militärjustiz verfolgt und beurteilt werden.

³²¹ Vgl. Ziff. 2.1.5

³²² Peter Popp, *Kommentar zum Militärstrafgesetz – Besonderer Teil*, St. Gallen 1992, Art. 109, S. 562 N. 45.

³²³ Art. 110 MStG entspricht Art. 112^{quater} Abs. 1 Bst. i VE-MStG; Art. 111 MStG entspricht Art. 112 Abs. 1 BSt. e-g VE-MStG; Art. 112 MStG entspricht Art. 112^{quater} Abs. 1 Bst. d und g VE-MStG; Art. 113 MStG entspricht Art. 112^{sexies} Abs. 1 Bst. a und b VE-MStG; Art. 114 MStG entspricht Art. 112^{sexies} Abs. 1 Bst. c VE-MStG; Art. 140 MStG entspricht Art. 112^{quater} Abs. 1 Bst. f und g VE-MStG.

³²⁴ Art. 139 MStG entspricht Art. 112^{quater} Abs. 1 Bst. h VE-MStG.

³²⁵ Vgl. Ziff. 2.1.6.1

³²⁶ Vgl. Ziff. 1.3.3.3

2.2.8 Artikel 171a Absatz 1^{bis} VE-MStG (Öffentliche Aufforderung zu Völkermord)

Die Neuerungen in Artikel 171a Absatz 1^{bis} VE-MStG sind materiell identisch mit den Neuerungen in Artikel 259 Absatz 1^{bis} VE-StGB. Es wird auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen³²⁷.

2.2.9 Strafbare Vorbereitungshandlungen

Die Neuerung in Artikel 171b Absatz 1 VE-MStG sind materiell identisch mit den Neuerungen in Artikel 260^{bis} Absatz 1 VE-StGB. Es wird auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen³²⁸.

2.2.9.1.1 Artikel 220 Ziffer 1 VE-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 dem Vorentwurf die Tatbestände des Völkermord, 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 beschränkt³²⁹, ist Artikel 220 MStG anzupassen. In einer neuen Ziffer 1^{bis} 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 militärisches Strafverfahren bereits hängig ist und die betroffenen Sachverhalte zusammenhängen.

2.2.9.1.2 Artikel 221 Absatz 2 und 3 VE-MStG (Gerichtsbarkeit bei Zusammentreffen von strafbaren Handlungen oder Strafbestimmungen)

Mit dem Bundesgesetz 24. März 2000³³⁰ 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

³²⁷ Vgl. Ziff. 2.1.2

³²⁸ Vgl. Ziff. 2.1.3

³²⁹ Vgl. im Einzelnen Ziff. 1.3.3.3.

³³⁰ BBl 2000 2168

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 Konzept des Vorentwurfs 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 werden³³¹, während sie sich im Krieg auf alle Personen erstreckt³³². Aus diesem Grund ist Artikel 221 Absatz 2 MStG entsprechend anzupassen und durch einen neuen Absatz 3 zu ergänzen³³³.

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. Umgekehrt kann ein Kanton auch bestreiten, dass es sich um einen «einfachen Fall» (i.S.v. Art. 18^{bis} BStP) handelt, welcher vom Bundesanwalt an die Kantone delegiert worden ist. Da über Kompetenzstreitigkeiten zwischen Bund und Kantonen nach Artikel 28 Absatz 1 Buchstabe g des Strafgerichtsgesetzes³³⁴ die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts entscheidet, ist eine entsprechende Ergänzung von Artikel 260 BStP erforderlich. 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

³³¹ 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. 9 Abs. 1^{ter} VE-MStG).

³³² Vgl. zu den Gründen im Einzelnen Ziff. 1.3.3

³³³ Da Artikel 221 Absatz 2 und 3 VE-MStG den Absatz 1 dieser Bestimmung konkretisieren und die Zuweisung an die Zivil- und 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.

³³⁴ SGG, SR 173.71

profitieren können sollen³³⁵. Bestimmten schwersten Verbrechen wird zum vornherein die Qualifikation als politische Tat abgesprochen. In der Schweiz sind Völkermord³³⁶, bestimmte Kriegsverbrechen (sowie qualifizierte terroristische Straftaten) bereits nach geltendem Recht «entpolitisiert» (vgl. Art. 3 Abs. 2 IRSG).

Die Beschränkung auf diese Verbrechen Kategorien erweist sich angesichts der Gräueltaten, zu welcher Menschen fähig sind, als nicht 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 Gerichtsbarkeit³³⁷, so dass bei einem an die Schweiz gestellten Rechtshilfeersuchen, vorbehaltlich bilateraler Verträge, in erster Linie das IRSG zum Tragen kommt.

Neu sollen in diese Liste «entpolitisierter» Schwerstverbrechen die Verbrechen gegen die Menschlichkeit aufgenommen werden (Art. 3 Abs. 2 Bst. b IRSG), wie sie in Artikel 264^{bis} VE-StGB auf der Basis von Artikel 7 des Römer Statuts definiert sind. 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)³³⁸.

2.3.3 Änderung des Bundesgesetzes betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs³³⁹ und des Bundesgesetzes betreffend die verdeckte Ermittlung (Ergänzung des Deliktskatalogs)³⁴⁰

Das Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF) 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 enthält eine Liste von strafbaren Handlungen, zu deren Verfolgung die verdeckte Ermittlung eingesetzt werden darf.

³³⁵ 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**).

³³⁶ Nach geltendem Art. 3 Abs. 2 Bst. a IRSG wird neben der Ausrottung auch die der Versklavung gleichkommende Unterdrückung bestimmter Gruppen «entpolitisiert». Dadurch werden einzelne Verbrechen gegen die Menschlichkeit erfasst, jedoch nicht alle.

³³⁷ Vgl. Präambel sowie Art. 1 des Römer Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs (Römer Statut; **SR 0.312.1**).

³³⁸ 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 geplanten Bestimmungen im StGB (neuer zwölfter Titel^{ter}) sowie im Militärstrafgesetz (MStG; **SR 321.0**, sechster Abschnitt^{bis}).

³³⁹ BÜPF, **SR 780.1**

³⁴⁰ BVE, **SR 312.8**. Das BVE trat am 1. Jan. 2005 in Kraft.

Bereits heute sind in diesen Listen der Völkermord (Art. 264 StGB)³⁴¹ 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 bzw. der Delikte, für welche die verdeckte Ermittlung zulässig ist, aufzunehmen.

3 Auswirkungen

3.1 Finanzielle und personelle Auswirkungen

In absehbarer Zukunft ist es wenig wahrscheinlich, dass die Schweiz direkt Partei eines bewaffneten Konflikts wird. Es sind in erster Linie folgende Konstellationen denkbar, in denen die Strafverfolgungsbehörden des Bundes oder die Militärjustiz eine Strafverfolgung wegen Völkermordes, Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder Kriegsverbrechen an die Hand nehmen müssten.

Erstens ist nicht auszuschliessen, dass sich auch künftig Personen nicht-schweizerischer Nationalität in der Schweiz aufhalten, welche in ihrem Heimatstaat oder einem Drittland ein solches Verbrechen begangen haben. Denkbar ist auch, dass im Ausland eine schweizerische Zivilperson an einem solchen Verbrechen beteiligt ist oder Opfer eines solchen Verbrechens wird. In diesen Fällen soll gemäss Vorentwurf 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. Überdies ist als Voraussetzung der Zuständigkeit seit Juni 2004 erforderlich, dass der ausländische Täter einen «engen Bezug» zur Schweiz haben muss³⁴². Aufgrund dieser engen Voraussetzungen ist es deshalb schwierig abzuschätzen, wie viele Personen die Strafverfolgungsbehörden des Bundes verfolgen werden müssen und welcher finanzielle Aufwand sich daraus ergibt. Allerdings haben die bisher von der Militärjustiz geführten Verfahren wegen Kriegsverbrechen gezeigt, dass solche Ermittlungen und Untersuchungen lang, schwierig und teuer sind. Die Gründe hierfür sind vielfältig. Diese Straftaten wurden im Ausland begangen. Die Bevölkerung in diesen Ländern wurde durch diese Konflikte stark in Mitleidenschaft gezogen und ist teilweise sogar stark dezimiert worden. Die Infrastruktur und vor allem das Justizsystem wurde teilweise oder gänzlich zerstört.

Würde von ein bis zwei Verfahren pro Jahr ausgegangen, dürften ein Untersuchungsteam der Bundesanwaltschaft sowie drei bis vier Spezialisten der Bundeskriminalpolizei dafür benötigt werden. 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

³⁴¹ Gemäss Änderung des BÜPF vom 21. März 2003, in Kraft seit 1. Okt. 2003.

³⁴² Vgl. im Einzelnen Ziff. 1.3.2.3.3

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»³⁴³ zugesprochen wurde, reicht nicht aus, um mehr als ein umfangreiches Ermittlungsverfahren wegen Völkermordes³⁴⁴ gleichzeitig zu führen. Kommen weitere Verfahren wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder Kriegsverbrechen dazu, dürfte der bisherige Personalbestand nicht in der Lage sein, diese zusätzlich zu bewältigen. Allerdings ist es bis anhin – abgesehen vom Fall des Ruanders F.N.³⁴⁵ – nicht zu grösseren Untersuchungen und Gerichtsverfahren wegen solchen Verbrechen gekommen. 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. Die Wahrscheinlichkeit, dass es in der Schweiz zu einer hohen Zahl von Gerichtsverhandlungen kommen wird, ist jedoch sehr gering und wird mit einer Zunahme der Universalität des Internationalen Strafgerichtshofs weiter abnehmen. Da sich der Umfang der anfallenden Mehrkosten für eine solche Untersuchung im heutigen Zeitpunkt kaum abschätzen lassen, werden neue Stellen erst bei ausgewiesenem Bedarf bewilligt.

Zweitens soll gemäss Vorentwurf 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 eher seltene Fälle handeln, so dass der damit verbundene Aufwand mit grosser Wahrscheinlichkeit im Rahmen der verfügbaren Mittel aufgefangen werden und die Militärjustiz solche Verfahren im Rahmen besoldeter Dienstage erledigen kann. In Kriegszeiten soll die Schweizer Militärjustiz gemäss Vorentwurf auch für die Verfolgung und Beurteilung von Zivilpersonen und ausländischen Militärangehörigen zuständig sein³⁴⁶. Angesichts der Verringerung der Faktoren einer unmittelbaren militärischen Bedrohung der Schweiz selbst³⁴⁷ entstehen auch aus dieser Zuständigkeitsbestimmung zur Zeit keine Mehrkosten. Zusammengefasst ist davon auszugehen, dass die Militärjustiz im Bereich Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen künftig höchstens in geringem Umfang betroffen sein wird.

³⁴³ 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.

³⁴⁴ Die Zuständigkeit der Bundesbehörden zur Verfolgung und Beurteilung von Völkermord besteht bereits seit dem 15. Dez. 2000.

³⁴⁵ 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.

³⁴⁶ Vgl. im Einzelnen Ziff. 1.3.3.3

³⁴⁷ Vgl. Den Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Sicherheitspolitik der Schweiz (SIPOL B 2000) vom 7. Juni 1999 (BBl **1999** 7665).

3.2 Volkswirtschaftliche Auswirkungen

Die ergänzenden Massnahmen im Bereich des Strafrechts zur Umsetzung des Römer Statuts des IStGH lassen keine volkswirtschaftlichen Auswirkungen erwarten.

3.3 Auswirkungen auf die Informatik

Die ergänzenden Massnahmen im Bereich des Strafrechts zur Umsetzung des Römer Statuts des IStGH lassen 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.

3.4 Auswirkungen auf die Kantone

Die ergänzenden Massnahmen im Bereich des Strafrechts zur Umsetzung des Römer Statuts des IStGH lassen kaum Auswirkungen auf die Kantone erwarten. So untersteht die Strafverfolgung des Völkermordes bereits heute der Bundesgerichtsbarkeit, und die Kriegsverbrechen werden durch die Militärjustiz verfolgt. Mit dieser Revision findet lediglich eine horizontale Verlagerung zwischen Ziviljustiz (im Bereich der Bundeskompetenzen) und der 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 praktisch auch keine Delegation an die Kantone möglich ist.

4 Legislaturplanung

Im Bericht über die Legislaturplanung 2003–2007³⁴⁸ sind die ergänzenden Massnahmen im Bereich des Strafrechts zur Umsetzung des Römer Statuts des IStGH im Einzelnen nicht erwähnt. Die ergänzenden Massnahmen wurden indes vom Bundesrat bereits in der Botschaft über die Ratifikation des Römer Statuts angekündigt³⁴⁹. Die Eröffnung der Vernehmlassung über diese ergänzenden Massnahmen ist im Weiteren in den Jahreszielen des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements für 2004 enthalten³⁵⁰. Gemäss dem Bericht des Perspektivstabs der Bundesverwaltung über die Herausforderungen 2003–2007 soll die enge Zusammenarbeit der Schweiz mit dem IStGH dazu beitragen, schwere Verletzungen des internationalen

³⁴⁸ BBI 2004 1149

³⁴⁹ IStGH-Botschaft, BBI 2001 423 und 452.

³⁵⁰ Vgl. Jahresziele 2004 der eidgenössischen Departemente und der Bundeskanzlei vom 1. Dez. 2003 (Bundesratsbeschluss vom 19. Nov. 2003), S.15 (abrufbar im Internet: <http://www.admin.ch/ch/d/cf/rg/depziele/depziele2004.pdf>).

Völkerrechts zu verhindern und einen Beitrag zur Versöhnung und damit zur Friedensförderung leisten³⁵¹.

5 Verhältnis zum europäischen Recht

5.1 Europäische Union

Die ergänzenden Massnahmen im Bereich des Strafrechts zur Umsetzung des Römer Statuts des IStGH stellen hinsichtlich der Vereinbarkeit des Schweizer Rechts mit dem Europarecht keinerlei Probleme dar. Alle 15 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 Europäischen Union bei der Verfolgung von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen eng zusammen³⁵² und haben zu diesem Zweck u.a. ein Informationsnetzwerk etabliert³⁵³. In einem Gemeinsamen Standpunkt vom 16. Juni 2003 haben sie zudem ihr Engagement und ihre Unterstützung für einen starken und effektiven IStGH ausdrücklich bekräftigt³⁵⁴. Am 4. Februar 2004 hat die EU einen Aktionsplan zur Stärkung des Gemeinsamen Standpunkts verabschiedet³⁵⁵. Der Aktionsplan fordert die Mitgliedstaaten unter anderem auf, so schnell wie möglich die entsprechende nationale Gesetzgebung zur Umsetzung des Römer Statuts zu erlassen.

5.2 Europarat

Schon seit einiger Zeit unterstützt der Europarat seine Mitgliedstaaten und die Staaten mit Beobachterstatus bei 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.

³⁵¹ Herausforderungen 2003 – 2007; Trendentwicklungen und mögliche Zukunftsthemen für die Bundespolitik, Bericht des Perspektivstabs der Bundesverwaltung vom 23. Jan. 2003, S. 89 (abrufbar im Internet: <http://www.admin.ch/ch/d/cf/herausforderungen/index.html>).

³⁵² 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.

³⁵³ 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.

³⁵⁴ 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.; vgl. auch die Schlussfolgerungen des Rates vom 30. Sept. 2002 über den IStGH, EU Doc. 12386/02 sowie den Aktionsplan vom 27. Mai 2002 betreffend die Umsetzung des Gemeinsamen Standpunktes zum Internationalen Strafgerichtshof vom 12. Juni 2001, EU Doc. ST 9019/02.

³⁵⁵ Action Plan to follow-up on the Common Position on the International Criminal Court vom 4. Februar 2004, EU Doc. 5742/04.

In einer 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 und des internationalen Schutzes und Respekts der Menschenrechte und 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 werden³⁵⁶. 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 aufgerufen, die Integrität des Römer Statuts wo immer möglich zu verteidigen³⁵⁷.

6 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 somit 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.

³⁵⁶ Erklärung des Ministerkomitees über den Internationalen Strafgerichtshof – baldiges Inkrafttreten des Römer Statuts, angenommen am 18. Apr. 2002; vgl. auch die Erklärung des Ministerkomitees über den Internationalen Strafgerichtshof, angenommen am 10. Okt. 2001.

³⁵⁷ Resolution 1336 (2003) vom 25. Juni 2003, Bedrohungen des Internationalen Strafgerichtshofs; Resolution 1300 (2000) vom 25. Sept. 2002, Risiken für die Integrität des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs; Empfehlung 1408 (1999) vom 26. Mai 1999 zum Internationalen Strafgerichtshof.

Anhang 1: Zuständigkeit von Zivil- und Militärjustiz

| | | 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) | Heute | 264, 340 Ziff. 2 StGB | _____ | 2 Ziff. 9, 108 – 114 MStG | 264, 340 Ziff. 2 StGB | _____ | 2 Ziff. 9, 108 - 114 MStG |
| | Entwurf | 264, 340 Ziff. 2 StGB | 264 ^{bis} , 340 Ziff. 2 StGB | Titel 12 ^{ter} , 340 Ziff. 2 StGB | 4 Ziff. 2 Bst. 4, 9 Abs. 1 ^{bis} , 108 MStG | 4 Ziff. 2 Bst. 4, 9 Abs. 1 ^{bis} , 109 MStG | 4 Ziff. 2 Bst. 4, 9 Abs. 1 ^{bis} , Abschnitt 6 ^{bis} MStG |
| Militärpersonen (Schweizer) | Heute | 2, 7, 219 MStG, 264, 340 Ziff. 2 StGB | _____ | 2, 108 – 114 MStG | 2, 7, 219 MStG, 264, 340 Ziff. 2 StGB | _____ | 2, 108 – 114 MStG |
| | Entwurf | 2, 108 MStG | 2, 109 MStG | 2, Abschnitt 6 ^{bis} MStG | 2 + 108 MStG | 2, 109 MStG | 2, Abschnitt 6 ^{bis} MStG |
| Militärpersonen (Ausländer) | Heute | 264, 340 Ziff. 2 StGB | _____ | 2 Ziff. 9, 108 – 114 MStG | 264, 340 Ziff. 2 StGB | _____ | 2 Ziff. 9, 108 – 114 MStG |
| | Entwurf | 264, 340 Ziff. 2 StGB | 264 ^{bis} , 340 Ziff. 2 StGB | Titel 12 ^{ter} , 340 Ziff. 2 StGB | 4 Ziff. 6, 9 Abs. 1 ^{bis} , 108 MStG | 4 Ziff. 6, 9 Abs. 1 ^{bis} , 109 MStG | 4 Ziff. 6, 9 Abs. 1 ^{bis} , Abschnitt 6 ^{bis} MStG |
| Schweizer Militärperson wird Opfer im Ausland | Heute | 264, 340 Ziff. 2 StGB | _____ | 2 Ziff. 9, 108 – 114 MStG | 264, 340 Ziff. 2 StGB | _____ | 2 Ziff. 9, 108 – 114 MStG |
| | Entwurf | 2 Ziff. 9, 9 Abs. 1 ^{ter} , 108 MStG | 2 Ziff. 9, 9 Abs. 1 ^{ter} , 109 MStG | 2 Ziff. 9, 9 Abs. 1 ^{ter} , Abschnitt 6 ^{bis} MStG | 4 Ziff. 2 Bst. 4 oder Ziff. 6, 9 Abs. 1 ^{ter} , 108 MStG | 4 Ziff. 2 Bst. 4 oder Ziff. 6, 9 Abs. 1 ^{ter} , 109 MStG | 4 Ziff. 2 Bst. 4 oder Ziff. 6, 9 Abs. 1 ^{ter} , Abschnitt 6 ^{bis} MStG |

Gerichtsbarkeit : des Bundes/ zivil/ ordentlich

Militärgerichtsbarkeit