

# **Der Kampf gegen die Straflosigkeit im schweizerischen Recht**

*Unter der Leitung von Philip Grant*

**Bernard Bertossa**

**Philip Grant**

**Anne-Laure Huber**

**François Membrez**

**Alain Werner**



## **Vorwort**

*Unsere Erinnerungen, die von Kigali bis Srebrenica reichen, sind durch unerträgliche Bilder von Opfern von Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Völkermord unauslöschbar geprägt. Diese Verbrechen liefen vor unseren Augen ab und wir fühlten uns verzweifelt angesichts unseres Unvermögens, sie zu verhindern. Andere schwerwiegende Menschenrechtsverletzungen hingegen, wie sie beispielsweise in Zentralafrika immer noch verübt werden, lassen die Welt praktisch gleichgültig.*

*In den neunziger Jahren brandmarkten Menschenrechtsorganisationen – zu denen wir zählen – die Straflosigkeit der Folterer und ihrer Hintermänner als Hauptgrund dafür, dass sich solche abscheulichen Verbrechen wiederholen. Seither fordern und arbeiten wir daran, dass die mutmasslichen Verantwortlichen solcher Verbrechen von den Staaten und der internationalen Gemeinschaft geächtet und vor Gericht gestellt werden.*

*Das Interesse der Medien an diesen Forderungen wurde jedoch erst mit der Festnahme von General Pinochet im Oktober 1998 in London erweckt, die nur dank der Verfolgung durch einige couragierte lateinamerikanische Juristen, sowie eines renommierten spanischen Richters ermöglicht wurde. Durch seine Festnahme wurde das Tabu der Straflosigkeit ehemaliger Staatschefs gebrochen. Pinochet wurde in der Folge zwar aus sogenannten «gesundheitlichen Gründen» aus der Haft entlassen, die internationale Justiz legte jedoch dank diesem Fall den Grundstein. Trotz enormer Schwierigkeiten konnten der Internationale Strafgerichtshof für Ruanda, sowie der Internationale Strafgerichtshof für Ex-Jugoslawien ihre Arbeit aufnehmen und «grosse Fische» in Ketten legen. Über Milosevic wird Gericht gehalten. Mit der Ratifikation des Römer Statuts durch 60 Staaten wurde –trotz heftigen Widerstands einiger Staaten– der Internationale Strafgerichtshof 2002 ins Leben gerufen.*

*Die Schweiz, damals noch nicht Mitglied der UNO, gehörte zu jenen Staaten, die sich um die Schaffung des Strafgerichtshofes bemühten. Dies ist im Wesentlichen bekannt. Weniger bekannt ist jedoch die Möglichkeit der strafrechtlichen Verfolgung solcher Delikte vor Schweizer Gerichten. Während einige Verantwortliche des Völkermordes in Ruanda in der Schweiz strafrechtlich verfolgt wurden, konnten sich andere leider der Justiz entziehen.*

Leicht überarbeitete Fassung von « La lutte contre l'impunité en droit suisse », im Februar 2003 auf Französisch erschienen.

*Gemäss des Römer Statuts greift der Internationale Strafgerichtshof nur subsidiär ein; d.h. einzig im Falle, in dem die nationale Gerichtsbarkeit nicht willens oder nicht fähig ist, die Strafverfolgung ernsthaft durchzuführen. Es ist daher vordringlich, die Möglichkeit der nationalen Strafverfolgung von mutmasslichen Kriegsverbrechern oder Verbrechern gegen die Menschlichkeit bekannt zu machen.*

*Dieser Aufgabe widmet sich das vorliegende Handbuch, welches wir einigen engagierten Juristen zu verdanken haben, die eine Vereinigung zur Verfolgung der Straflosigkeit in unserem Land gegründet haben. Die Menschenrechtsorganisationen sind in diesem Gebiet zwar aktiv, sie widmen sich jedoch überwiegend den Opfern sowie der Verteidigung der Menschenrechte. Oftmals fehlen uns die Zeit, die Mittel sowie das Mandat, um eine Strafverfolgung der Folterer in Gang zu bringen.*

*Wir haben deshalb die Gründung von TRIAL im Juni 2002 sehr begrüsst und erachten die Veröffentlichung dieses Handbuchs als wichtigen Schritt. Es handelt sich dabei nicht nur um ein weiteres Dokument für erfahrene Juristen, sondern stellt eine echte Waffe im Kampf gegen die Straflosigkeit dar. Das Handbuch zeigt auf, wie Personen, welche der Begehung eines Völkermordes, eines Kriegsverbrechens, eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit oder der Folter verdächtigt sind, vor Gericht gebracht werden können. Aus diesem Grund unterstützen wir diese Veröffentlichung und bedanken uns bei den mutigen Juristen und Freunden, welche sich dieser Aufgabe angenommen haben.*

*Bern, den 8. Januar 2003*

- Amnesty International, Sektion Schweiz (Daniel Bolomey, Generalsekretär)
- ACAT-Suisse, Aktion der Christen für die Abschaffung der Folter (Bettina Ryser Huanca, Generalsekretärin)
- OMCT, Organisation Mondiale Contre la Torture (Eric Sottas, Direktor)
- Caritas (Barbara Walther, Direktorin der Abteilung Migration)

## **Autorin und Autoren**

Bernard Bertossa arbeitete während 30 Jahren bei der Genfer Justizbehörde. Von 1990 bis 2002 war er Generalstaatsanwalt des Kantons Genf. Er wurde kürzlich zum Richter am Bundesstrafgericht gewählt.

Philip Grant, Dr. iur., arbeitet als Anwalt in Genf. Er ist Präsident von TRIAL.

Anne-Laure Huber ist Anwältin in Genf und Vorstandsmitglied von TRIAL.

François Membrez ist Anwalt in Genf und Vizepräsident von TRIAL.

Alain Werner (LLM) ist Inhaber des Genfer Anwaltspatents. Er arbeitet zur Zeit beim Sondergerichtshof für Sierra Leone.

## **TRIAL**

TRIAL (Track Impunity Always) ist ein Verein gemäss Art. 60 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs. TRIAL wurde im Jahre 2002 durch Juristen, Verantwortliche von NGOs und Folteropfer gegründet. TRIAL setzt sich für den Kampf gegen die Straflosigkeit von Tätern, Mitttätern und Anstiftern von Völkermord, Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Folter ein.

TRIAL wird Strafanzeigen erheben und die Verteidigung der Opfer vor Schweizer Instanzen und vor dem Internationalen Strafgerichtshof übernehmen. Der Verein handelt auf Anfrage von Opfern oder gegebenenfalls auf Eigeninitiative.

Zu diesem Zweck koordiniert TRIAL ein Netzwerk von Anwälten, die rasch und effizient intervenieren können. Der Verein wird im Übrigen unterstützt durch einen wissenschaftlichen Rat aus kompetenten Juristen, welche von der Notwendigkeit dieses Kampfes überzeugt sind.

Für weitere Informationen wird auf die Website des Vereins verwiesen: [www.trial-ch.org](http://www.trial-ch.org). Es besteht auch die Möglichkeit, sich schriftlich an TRIAL zu wenden: TRIAL, Postfach 5116, 1211 Genf 11.

## Dank

Liora Zittoun zeigte sich für die graphische Darstellung verantwortlich.

Romina Carcagni, Daniel Egli, Susanne Ganzoni, Martina Strub und Martina Winter haben das vorliegende Buch ins Deutsche übersetzt. Andreas Felder, Anna Petrig, Verena Preisig und Ulrich Rollé haben das Korrekturlesen übernommen.

Diesen Personen sei an dieser Stelle für ihren Beitrag herzlich gedankt.

- Amnesty International  
- ACAT (Aktion der Christen für die Abschaffung der Folter)  
- Caritas  
- OMCT (Organisation mondiale contre la torture) und  
- der Fonds für Menschenrechte des Schweizerischen Evangelischen Kirchenbundes  
ermöglichten durch ihre finanzielle Unterstützung die Herausgabe dieses Handbuchs.

- Menschenrechte Schweiz (MERS) und  
- die Demokratischen Juristinnen und Juristen der Schweiz  
haben mit ihrer finanziellen Unterstützung zur Verwirklichung des deutschsprachigen Handbuchs beigetragen.

TRIAL ist ihnen zu grossem Dank verpflichtet.

## Inhaltsverzeichnis

**Vorwort**—III

**Autorinnen und Autoren**—V

**Dank**—VI

**Abkürzungsverzeichnis**—X

## **Einleitung**—1

### **I Völkermord**—7

**A Definition und Quelle der Straftatbestände**—7

**B Anwendungsbereich in der Schweiz**—9

**C Zuständigkeit zur Strafverfolgung**—11

**D Verjährung**—12

### **II Verletzungen des Humanitären Völkerrechts**—17

**A Rechtsquellen der Straftatbestände**—18

**B Von Art. 109 MStG erfasste Straftatbestände**—21

*1 Schwere Verletzungen der Genfer Konventionen und des Zusatzprotokolls I*—22

*2 Andere Verletzungen der Genfer Konventionen und der Zusatzprotokolle*—23

*3 Verletzungen der Bestimmungen zum Schutz von Gütern*—27

*4 Verletzungen anderer Konventionen*—28

*5 Verletzungen des Völkergewohnheitsrechts*—28

**C Anwendungsbereich in der Schweiz**—29

*1 MStG und internationale Sachverhalte*—30

*2 Sachlicher Anwendungsbereich des Art. 109 MStG*—31

a. Internationale bewaffnete Konflikte—31

b. Nicht internationale bewaffnete Konflikte und kampflose Besetzung von Gebieten—32

*3 Persönlicher Anwendungsbereich*—34

**D Strafverfolgung in der Schweiz**—38

*1 Einleitung der Verfolgung und Strafverfolgungsbehörde*—38

*2 Anwesenheit des mutmasslichen Täters in der Schweiz*—39

**E Verjährung**—46

**F Weitere Fragen**—47

### **III Verbrechen gegen die Menschlichkeit—49**

#### **A Definition und Ursprung des Straftatbestandes—49**

1 *Eine unmenschliche Handlung—52*

2 *Ein ausgedehnter oder systematischer Angriff gegen die Zivilbevölkerung—52*

3 *Subjektive Tatbestandselemente und Grad der Verwirklichung—55*

#### **B Verbrechen gegen die Menschlichkeit im schweizerischen Recht—57**

1 *Strafbare Handlungen im schweizerischen Recht—58*

2 *Vom Schweizer Strafrecht nicht erfasste Verbrechen—70*

3 *Zusammenfassung—73*

#### **C Anwendungsbereich in der Schweiz—74**

#### **D Befugnis zur Strafverfolgung—78**

#### **E Verjährung—79**

### **IV Folter—81**

#### **A Definition und Quelle des Straftatbestandes—81**

#### **B Anwendungsbereich in der Schweiz—84**

#### **C Zuständigkeit zur Strafverfolgung—86**

#### **D Verjährung—88**

#### **E Einhaltung der durch die Schweiz eingegangenen Verpflichtungen des Übereinkommens vom 10. Dezember 1984—90**

### **V Immunitäten und Amnestie—93**

#### **A Immunitäten—93**

#### **B Amnestie—101**

### **VI Die Schweiz und die internationale Strafgerichtsbarkeit—107**

#### **A Die Internationalen Strafgerichte für Ex-Jugoslawien und Ruanda—107**

1 *Zuständigkeit der Internationalen Strafgerichte—108*

a. Sachliche, örtliche und zeitliche Zuständigkeit—108

b. Persönliche Zuständigkeit—108

c. Vorrang der Internationalen Strafgerichte vor der nationalen Gerichtsbarkeit—109

2 *Anrufung der Internationalen Strafgerichte—109*

3 *Von den Internationalen Strafgerichten ausgesprochene Strafen—110*

4 *Stellung der Opfer—110*

5 *Zusammenarbeit mit den Internationalen Strafgerichten—111*

a. Allgemeines Verfahren—111

b. Verfahrensabtretung—112

c. Überstellung—112

d. Rechtshilfehandlungen—114

e. Vollstreckung der Freiheitsstrafen—115

f. Besondere Rechtshilfehandlungen—116

g. Rechtsmittel—116

#### **B Der Internationale Strafgerichtshof—117**

1 *Zuständigkeit des Gerichtes—118*

a. Sachliche Zuständigkeit—118

b. Örtliche Zuständigkeit—119

c. Zeitliche Zuständigkeit—119

d. Personelle Zuständigkeit—120

e. Komplementarität—120

2 *Anrufung des Gerichtes—121*

3 *Vom Gericht verfügte Strafen—122*

4 *Stellung der Opfer—123*

5 *Rechtsmittel—123*

6 *System der Zusammenarbeit—123*

7 *Zuständigkeit—124*

a. Zentralstelle—124

b. Kantonale Vollzugsbehörden—126

c. Bundesrat—126

8 *Feststellung der Zuständigkeit des Gerichtshofes—127*

9 *Spontane Übermittlung und Unterbreitung an den Gerichtshof—127*

10 *Überstellung der vom Gerichtshof verfolgten oder verurteilten Personen—128*

a. Voraussetzungen—128

b. Festnahme zum Zwecke der Überstellung und Sicherstellung—129

c. Recht auf Anhörung—130

d. Überstellungsverfahren—130

e. Vereinfachte Überstellung—131

11 *Andere Formen der Zusammenarbeit—131*

12 *Vollstreckung der Sanktionen—133*

a. Freiheitsstrafen—133

b. Einziehung—134

13 *Rechtsmittel—135*

## Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
a.M.	anderer Meinung
Amtl. Bull. NR	Amtliches Bulletin des Nationalrats
Amtl. Bull. SR	Amtliches Bulletin des Ständerats
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band
Beschluss	Bundesbeschluss über die Zusammenarbeit mit den Internationalen Gerichten zur Verfolgung von schwerwiegenden Verletzungen des humanitären Völkerrechts vom 21. Dezember 1995
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
Botsch.	Botschaft des Bundesrats
BStP	Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934
BT	Besonderer Teil
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999
bzw.	beziehungsweise
Diss.	Dissertation
EDA	Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJIL	European Journal of International Law
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950
Erw.	Erwägung
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
f./ff.	folgende
FK	Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlungen oder Strafe vom 10. Dezember 1984

FN	Fussnote
GarG	Bundesgesetz über die politischen und polizeilichen Garantien zugunsten der Eidgenossenschaft vom 26. März 1934
GK	Genfer Abkommen vom 12. August 1949
Hrsg.	Herausgeber
HVR	Humanitäres Völkerrecht
ICT	Internationale Strafgerichte
ICTR	Internationales Strafgericht für Ruanda
ICTY	Internationales Strafgericht für Ex-Jugoslawien
IGH	Internationaler Gerichtshof
IKRK	Internationales Komitee vom Roten Kreuz
ILC	UNO-Völkerrechtskommission (International Law Commission)
IMT	Nürnberger Militärtribunal
IRSG	Bundesgesetz über internationale Rechthilfe in Strafsachen vom 20. März 1981
i.S.	in Sachen
IStGH	Internationaler Strafgerichtshof
KMG	Bundesgesetz vom 13. Dezember 1996 über das Kriegsmaterial
MStG	Schweizerisches Militärstrafgesetzbuch vom 13. Juni 1927
MStP	Militärstrafprozess vom 23. März 1979
MStV	Verordnung über die Militärstrafrechtspflege vom 24. Oktober 1979
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943
Pakt II	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966
Prot. I	Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte vom 8. Juni 1977
Prot. II	Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer nicht internationaler bewaffneter Konflikte vom 8. Juni 1977
RdC	Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye

RGDIP	Revue générale de droit international public
RN	Randnote
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
S.	Seite
SBA	Schweizerische Bundesanwaltschaft
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889
SJ	Semaine judiciaire
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht
u.a.	unter anderem
VG	Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten vom 14. März 1958
vgl.	vergleiche
Ziff.	Ziffer
ZISG	Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof vom 21. Juni 2001
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht

## Einleitung

Der Internationale Strafgerichtshof existiert.

Gewiss. Es wird jedoch allgemein verkannt, dass diese lang erwartete Institution den Staaten die Kompetenz auf dem Gebiet der internationalen Verbrechen nicht entzieht, sondern im Gegenteil eine Stärkung der nationalen Systeme zur Verfolgung der schwersten Delikte mit sich bringt. Die Präambel des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs wiederholt insbesondere, « dass es die Pflicht jeden Staates ist, seine Strafgerichtsbarkeit über die für internationale Verbrechen Verantwortlichen auszuüben » und dass das Gericht « die innerstaatliche Strafgerichtsbarkeit ergänzt ». Für die internationale Gemeinschaft stellt dieses Komplementaritätsprinzip eine der grössten Hoffnungen zur seriösen Bekämpfung des Problems der Straflosigkeit dar.

Diese Hoffnung könnte sich mittels des Universalitätsprinzips mit ihrer enormen Tragweite verwirklichen. Die universelle Zuständigkeit stellt für die Peiniger, Diktatoren und Kriegsverbrecher das Risiko dar, im Falle einer Absetzung ins Ausland oder bei einer einfachen Durchreise durch einen Drittstaat vor einem ausländischen Gericht Rechenschaft ablegen zu müssen. Zahlreiche Verfahren in der Schweiz und im Ausland beweisen, dass die universelle Zuständigkeit ein massgebliches Instrument darstellt, der Straflosigkeit von Urhebern schwerster Menschenrechtsverletzungen ein Ende zu setzen.

Für die Opfer stellt die universelle Zuständigkeit ebenfalls die grosse Hoffnung dar, dass ihre Leiden anerkannt werden und dass ihnen Gerechtigkeit widerfahren werde.

Innert wenigen Jahren ratifizierten zahlreiche Staaten (92 zum Zeitpunkt der Niederschrift dieses Textes) das Statut des Internationalen Strafgerichtshofs. Ebenso veranlasste die Ratifikation des Statuts zahlreiche Staaten, die nationalen Instrumente der Strafverfolgung an das übergeordnete Recht anzupassen. Entgegen der allgemeinen Vorstellung stellt die universelle Zuständigkeit kein Vorrecht einiger isolierter Staaten dar. So war beispielsweise Belgien für sein wegweisendes Gesetz über die universelle Zuständigkeit bekannt. Weniger Beachtung fand die progressive Gesetzgebung in Deutschland sowie Estland und Norwegen, um nur einige Beispiele zu nennen. Ausserhalb von Europa verankerten beispielsweise Kanada, Neuseeland, Südafrika und Argentinien in unterschiedlicher Weise die universelle Zuständigkeit in ihrer nationalen Gesetzgebung.

Die universelle Zuständigkeit stellt technisch gesehen einen zusätzlichen Anknüpfungspunkt dar, der die Zuständigkeit eines Staates zur Strafverfolgung gewisser Taten begründet. Staaten handeln hauptsächlich gestützt auf das Territorialitätsprinzip, das aktive oder passive Personalitätsprinzip und aufgrund des Schutzprinzips. Die universelle Zuständigkeit verleiht dem Staat das Recht zur Strafverfolgung von Verbrechen, welche *a priori* keinerlei Bezug zu ihm haben: die Delikte wurden im Ausland durch ausländische Personen gegen ausländische Personen verübt. Aber nur *a priori*: diese Verbrechen wiegen derart schwer, dass die internationale Gemeinschaft in ihrer Gesamtheit betroffen ist und jeder Staat reagieren kann. Es sind jedoch nicht alle Verstösse davon betroffen. Die internationale Zuständigkeit ist nur bei Verbrechen gegeben, welche ausdrücklich durch das internationale Recht, das heisst entweder durch Staatsverträge oder durch das Gewohnheitsrecht, verboten sind.

Das vorliegende Werk befasst sich mit den Verbrechen, welche die menschliche Würde in schwerstem Ausmass verletzen.

Völkermord.

Kriegsverbrechen.

Verbrechen gegen die Menschlichkeit.

Folter.

Kann die Schweiz bei der Strafverfolgung dieser Verbrechen eine Rolle spielen? Gewiss. Der Beitrag der Schweiz gegen die Straflosigkeit ist nicht neu. Es war ein Schweizer Gericht, welches die erste Verurteilung ausserhalb von Afrika im Zusammenhang mit dem Völkermord von 1994 in Ruanda aussprach. Die Schweiz arbeitet im Übrigen auf nützliche Weise mit den Strafgerichten in Den Haag und in Arusha zusammen und ist eine eifrige Verfechterin des neuen Internationalen Strafgerichtshofs. Seit dem Jahre 2000 ist der Völkermord –endlich!– auch im Schweizerischen Strafgesetzbuch unter Strafe gestellt. Die schweizerische Rechtsordnung ist jedoch, wie das vorliegende Werk noch zeigen wird, unvollständig. So kennt sie beispielsweise weder die Definition von Folter noch die des Verbrechens gegen die Menschlichkeit. Der Bundesrat versprach anlässlich der Ratifikation des Römer Statuts, die schweizerische Rechtsordnung an das übergeordnete Recht anzupassen. Diese Anpassung lässt jedoch auf sich warten. Das Schweizer Recht kennt ausserdem weitere Hindernisse bei der wirksamen Strafverfolgung von Verbrechen, welche sich gegen die menschlichen Grundwerte richten.

Dennoch ist die universelle Zuständigkeit unserer Rechtsordnung nicht unbekannt. So existiert sie bis zu einem gewissen Grad im Bereich der Betäubungsmittel, des Terrorismus, des Falschgeldes und in bestimmten Fällen von Geiselnahme. Zudem führten die Eidgenössischen Räte im Rahmen der kürzlich erfolgten Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches die universelle Zuständigkeit zur Bestrafung gewisser Sexualdelikte gegen Minderjährige –begangen durch Ausländer gegen Ausländer im Ausland– ein.

Wie werden aber in der Schweiz Völkermord, Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit sowie Folter bestraft?

Dieses juristische Handbuch bietet eine Gesamtsicht über die Zuständigkeit der Schweizer Behörden zur Verfolgung internationaler Verbrechen und beantwortet verschiedene sich dabei stellende Fragen: Welche internationalen Verbrechen fallen darunter und wie werden sie definiert? In welchem Verhältnis steht das internationale Recht zum Schweizer Recht? Welche Behörde ist zuständig? Unterliegen diese Verbrechen der Verjährung? Wie wird die Immunität der Machthaber durchbrochen? Muss eine im Ausland ausgesprochene Amnestie anerkannt werden?

Das erste Kapitel behandelt den Völkermord, Kapitel zwei bis vier befassen sich mit Verletzungen des humanitären Völkerrechts (insbesondere mit den Kriegsverbrechen), Verbrechen gegen die Menschlichkeit und der Folter. Das fünfte Kapitel geht auf die spezifischen Fragen der Straflosigkeit und der Amnestie ein. Das letzte Kapitel handelt von der Art und Weise, wie die Schweiz mit internationalen Gerichten zusammenarbeiten kann und muss.

Die Moral fordert im Falle der Tötung eines Individuums, dass der Mörder zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wird. Tötet ein Verbrecher zehn Personen, wird er in einer psychiatrischen Klinik eingesperrt. Metzelt ein Staatsführer jedoch 10'000 Personen nieder, so wird er zu einer Friedenskonferenz eingeladen. Die Wirklichkeit lässt diese zynische Behauptung langsam Vergangenheit werden. Slobodan Milosevic wird zur Zeit zur Verantwortung gezogen. Weitere Strafanzeigen werden durch verschiedene nationale Untersuchungsbehörden verfolgt, da die primäre Zuständigkeit zur Strafverfolgung solcher Delikte bei den einzelnen Staaten liegt. Es liegt an den Staaten, ihre nationalen Rechtsordnungen so zu revidieren, dass die Strafverfolgung solcher Verbrechen möglich wird und dass den Justizbehörden die erforderlichen Mittel zur Wahrnehmung dieser Kompetenz zur Verfügung gestellt werden.



Die Schweiz revidierte ihre Rechtsordnung in diese Richtung, blieb jedoch auf halbem Weg stehen. Soll der Verteidigung der Menschenrechte in der Aussenpolitik der Schweiz tatsächlich prioritäre Bedeutung zukommen, so muss sich die Schweiz mit aller Entschlossenheit dafür einsetzen, dass den Strafverfolgungsbehörden, den Opferhilfevereinigungen und den Opfern selbst die nötigen Mittel zur Bekämpfung der Straflosigkeit gegeben werden.

Wir befinden uns mitten in einer grundlegenden Diskussion über die Gesellschaft und deren gemeinsamen humanitären Werte. Es steht ausser Zweifel, dass die Idee einer internationalen Justiz an Bedeutung gewinnen wird, und dass dadurch gewisse Interessen berührt werden. Der erbitterte Widerstand der einzigen Supermacht gegenüber dem Internationalen Strafgerichtshof und der zu befürchtende Widerstand gegenüber der universellen Zuständigkeit nationaler Gerichte zeigt, dass der Kampf noch lange nicht gewonnen ist.

Um an dieser Diskussion teilzunehmen, muss man die näheren Umstände genau kennen. Das internationale Recht auf dem Gebiet der Bekämpfung der Straflosigkeit entwickelte sich innert kürzester Zeit in ungeahnter Weise. Es fällt den Staaten manchmal schwer, die ihnen zur Verfügung stehenden neuen Mittel zur Strafverfolgung und zur Auslieferung der internationalen Verbrechen Beschuldigten zu ergreifen. Den Richtern, Anwälten, Aktivisten und Bürger jedoch auch.

Ziel dieses Buches ist es, ein besseres Verständnis zu schaffen, wie die schweizerische Rechtsordnung ihren Beitrag im Kampf gegen die Straflosigkeit leisten kann und muss.

# I Völkermord

BERNARD BERTOSSA

## Ausgewählte Literatur

- WILLIAM SCHABAS, Genocide in International Law: The Crimes of Crimes, Cambridge 2000
- BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit Suisse, Bd. II, Bern 2002, S. 317 ff.
- GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, BT II, 5. Aufl., Stämpfli, Bern 2000, S. 213 ff.

## A Definition und Quelle der Straftatbestände

1 Das Schweizerische Strafgesetzbuch stellt den Völkermord seit der Änderung vom 24. März 2000, welche am 15. Dezember 2000 in Kraft getreten ist<sup>1</sup>, gemäss Art. 264 StGB<sup>2</sup> unter Strafe. Art. 264 Abs. 1 StGB lautet folgendermassen:

### Völkermord

«1. Mit lebenslangem Zuchthaus oder mit Zuchthaus nicht unter zehn Jahren wird bestraft, wer, in der Absicht, eine durch ihre Staatsangehörigkeit, Rasse, Religion oder ethnische Zugehörigkeit gekennzeichnete Gruppe ganz oder teilweise zu vernichten:

- a) Mitglieder dieser Gruppe tötet oder auf schwerwiegende Weise in ihrer körperlichen oder geistigen Unversehrtheit schädigt;
- b) Mitglieder der Gruppe Lebensbedingungen unterwirft, die geeignet sind, die Gruppe ganz oder teilweise zu vernichten;
- c) Massnahmen anordnet oder trifft, die auf die Geburtenverhinderung innerhalb der Gruppe gerichtet sind;
- d) Kinder der Gruppe gewaltsam in eine andere Gruppe überführt oder überführen lässt».

Art. 264 Abs. 1 StGB übernimmt ohne wesentliche Abweichungen den Text von Art. II der UNO-Konvention vom 9. Dezember 1948 über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes<sup>3</sup>, welcher die Schweiz gleichzeitig mit der Revision des StGB beigetreten ist.

<sup>1</sup> AS 2000 2725; Botschaft, BBl 1999 5327 ff.

<sup>2</sup> Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0.

<sup>3</sup> SR 0.311.11 (nachfolgend: die Konvention).

2 Der Völkermord stellt ein qualifiziertes Verbrechen dar: der Täter muss in der Absicht handeln, eine geschützte Gruppe zu zerstören.

3 Der Begriff der Gruppe ist identisch mit demjenigen in Art. 261<sup>bis</sup> StGB, welcher die Rassendiskriminierung unter Strafe stellt<sup>4</sup>. Im Gegensatz zu Art. 261<sup>bis</sup> StGB erwähnt Art. 264 StGB die Nationalität als ein die Gruppe definierendes Kriterium. Diese Abweichung hat jedoch keine praktischen Konsequenzen, da der Begriff der Ethnie, welcher in beiden Gesetzesbestimmungen enthalten ist, den Begriff der Nationalität mitumfasst<sup>5</sup>.

4 Die mangelnde Bezugnahme zur sozialen und politischen Zugehörigkeit, welche in Art. 75<sup>bis</sup> StGB explizite Erwähnung findet, ist hingegen von Bedeutung und schliesst die bereits bei der Konvention bemängelte Schutzslücke nicht<sup>6</sup>.

5 Wenn die Absicht des Täters zur Vernichtung feststeht, ist es nicht notwendig, dass bei deren Umsetzung viele Opfer verursacht wurden. Vielmehr genügt es, dass mit der Umsetzung begonnen wurde<sup>7</sup>.

6 Der Völkermord stellt teilweise eine verschärfte Form der durch das Schweizerische Strafgesetzbuch bereits bekannten Verbrechen dar: Tötung (Art. 111), Mord (Art. 112), schwere Körperverletzung (Art. 122), Freiheitsberaubung oder Entführung (Art. 183) oder weitere Taten, welche durch den Urheber zur Erreichung seines Zwecks begangen werden.

7 Art. III der Konvention sieht nicht nur Bestrafung

- a) des Völkermordes selbst, aber auch
- b) der Verschwörung im Hinblick auf die Verübung eines Völkermordes,
- c) des direkten und öffentlichen Aufrufs zur Begehung eines Völkermordes,
- d) des Versuchs und
- e) der Mittäterschaft vor.

<sup>4</sup> Zum Begriff der Gruppe vgl. WILLIAM SCHABAS, *Genocide in International Law: The Crimes of Crimes*, Cambridge 2000, S. 102 ff.; zur Doktrin im Zusammenhang mit Art. 261<sup>bis</sup> StGB und zum Begriff der Gruppe vgl. MARCEL ALEXANDER NIGGLI, *Rassendiskriminierung*, Zürich 2000, S. 94 ff.; ALEXANDRE GUYAZ, *L'incrimination de la discrimination raciale*, Berne 1996, S. 140; vgl. Kritik von FRANCOIS CHAIX, « *La répression de la discrimination raciale: lois d'exceptions?* », in SJ 2002 II 181 ff.

<sup>5</sup> Botschaft, BBl 1999 5348; GÜNTER STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht*, BT II, 5. Aufl., Stämpfli, Bern 2000, S. 214, RN 2.

<sup>6</sup> Botschaft, BBl 1999 5347; GÜNTER STRATENWERTH (FN 5), S. 214, RN 3.

<sup>7</sup> Botschaft, BBl 1999 5338.

Im nationalen Recht wurden die Forderungen folgendermassen erfüllt:

- a) durch Art. 264 StGB;
- b) durch Hinzufügung von Art. 264 StGB in die Liste der Verbrechen, bei denen gemäss Art. 260<sup>bis</sup> StGB bereits Vorbereitungshandlungen strafbar sind. Im vorliegenden Fall in Konkurrenz zu Art. 260<sup>ter</sup> StGB, dessen Anwendungsbereich sich klarerweise auf den Völkermord erstreckt;
- c) durch Art. 24 StGB (Anstiftung) und Art. 259 StGB (öffentliche Aufforderung zu Verbrechen oder Gewalttätigkeit);
- d) durch Art. 21 StGB (unvollendeter Versuch; Rücktritt) und Art. 22 StGB (vollendeter Versuch; tätige Reue);
- e) durch Art. 25 StGB (Gehilfenschaft) und Art. 305 Abs. 1<sup>bis</sup> StGB (Begünstigung).

Art. 259, 260<sup>bis</sup> und 260<sup>ter</sup> StGB sind somit Anwendungsbestimmungen der Konvention. Die Umsetzung dieser Bestimmungen unterliegt gegebenenfalls den gleichen Prinzipien und Regeln, welche für die Anwendung von Art. 264 StGB massgebend sind<sup>8</sup>.

8 Das Verbrechen hängt nicht vom Bestehen eines bewaffneten Konflikts ab. Völkermord kann daher sowohl zu Friedenszeiten als auch während eines Krieges begangen werden.

## B Anwendungsbereich in der Schweiz

9 Das Universalitätsprinzip wird bei der Strafverfolgung des Völkermordes mehrheitlich für anwendbar erklärt, auch wenn es durch die Konvention (insbesondere Art. VI) nicht vorgesehen war<sup>9</sup>. Gemäss Bundesrat<sup>10</sup> wirkt das Verbot des Völkermordes *erga omnes* und jedem Staat kommt das Recht zur Strafverfolgung des Urhebers zu, wo immer das Verbrechen stattgefunden haben mag. Der schweizerische Gesetzgeber verankerte dieses Prinzip in Art. 264 Abs. 2 StGB, welcher folgendermassen lautet:

«Strafbar ist auch der Täter, der die Tat im Ausland begangen hat, wenn er sich in der Schweiz aufhält und nicht ausgeliefert werden kann. Art. 6<sup>bis</sup> Ziffer 2 ist anwendbar.»

<sup>8</sup> Botschaft, BBl 1999 5350.

<sup>9</sup> Vgl. MARC HENZELIN, *Le principe de l'universalité en droit pénal international*, Genf 2000, S. 339 ff., RN 1071 ff.; S. 393 ff., RN 1234 ff.; S. 428 ff., RN 1353 ff.

<sup>10</sup> Botschaft, BBl 1999 5332 und 5342.

**10** Völkermord, in all seinen Begehungsformen<sup>11</sup>, ist nicht nur strafrechtlich verfolgbar, wenn er in der Schweiz (Art. 3 und 7 StGB), im Ausland durch einen Schweizer Bürger (Art. 6 StGB) oder gegen einen Schweizer Bürger (Art. 5 StGB) begangen wurde, sondern auch, wenn er im Ausland durch einen Ausländer verübt wurde, ohne dass ein Schweizer Opfer des Verbrechens wurde.

Die letztgenannte Hypothese unterliegt jedoch spezifischen Voraussetzungen, welche dem Wortlaut von Art. 264 Abs. 2 StGB und dem Hinweis von Art. 6<sup>bis</sup> Ziff. 2 StGB zu entnehmen sind.

**11** Zum einen muss sich der Täter in der Schweiz befinden. Dieses Erfordernis ist keine Neuigkeit (vgl. Art. 5 Abs. 1, 6 Abs. 1 und 6<sup>bis</sup> Ziff. 1 StGB). Es bezweckt hauptsächlich die Vermeidung von Strafverfolgungen in Abwesenheit des Beschuldigten.

**12** Zum anderen darf die Möglichkeit der Auslieferung des Täters nicht gegeben sein: aufgrund tatsächlicher oder rechtlicher Gründe ist die Rückschiebung in einen anderen Staat zur strafrechtlichen Beurteilung nicht möglich. In dieser Hinsicht muss hervorgehoben werden, dass Art. 264 Abs. 2 StGB restriktiver («... und nicht ausgeliefert werden kann») erscheint als Art. 5 Abs. 1 oder 6<sup>bis</sup> Ziff. 1 StGB («... und nicht an das Ausland ausgeliefert wird»). Dieser Unterschied, welcher übrigens nicht erklärt wird<sup>12</sup>, sollte keine Auswirkungen haben. Im Moment, in dem das Universalitätsprinzip die tatsächliche Verfolgung des Völkermordes gebietet, muss die Anklage in der Schweiz nicht nur im Falle der Unmöglichkeit der Auslieferung erfolgen, sondern auch, wenn die Auslieferung an den Staat, in welchem der Völkermord verübt wurde, oder an den Heimatstaat des Täters *de facto* zu dessen Straflosigkeit führen würde, weil jene Strafverfolgungsbehörden unfähig oder ohne echten Willen zum Handeln sind.

**13** Die letztgenannte Hypothese stellt ein tatsächliches Risiko der Straflosigkeit dar, welches die Schweizer Gesetzgebung scheinbar nicht in Betracht gezogen hat. Indem der Gesetzgeber die Bestimmungen von Art. 6<sup>bis</sup> Ziff. 2 StGB für anwendbar erklärte, öffnete er vielmehr den Weg für Manöver, die den Tätern möglicherweise Straflosigkeit gewähren. Dies umso mehr, als dass von der absolut realistischen Hypothese auszugehen ist, dass die Täter in ihrer Heimat durch die eigenen Behörden unterstützt werden. Gemäss

<sup>11</sup> Vgl. oben RN 7.

<sup>12</sup> Botschaft, BBl 1999 5350.

Art. 6<sup>bis</sup> Ziff. 2 StGB ist eine Strafverfolgung in der Schweiz nicht möglich, wenn der Urheber im Staat, in welchem das Verbrechen begangen wurde, abgeurteilt und freigesprochen wurde, seine Strafe verbüsst hat, die Strafe verjährt oder ihm die Strafe erlassen worden ist. Wird nun der Natur des Völkermordes und den meist damit verbundenen grossen politischen Verwicklungen Rechnung getragen, so kann die Möglichkeit eines Gefälligkeitsfreispruchs oder einer willkürlich milden Strafe sicherlich nicht ausgeschlossen werden. Will die Schweiz den Ansprüchen der Konvention gerecht werden, so sollte sie, wie auch die anderen Staaten, auf eine Strafverfolgung nur in dem Falle verzichten, dass das im Ausland gefällte Strafurteil unter Beachtung der fundamentalen Prinzipien der Verfolgung des Völkermordes erfolgte. Ungeachtet des Wortlautes von Art. 264 Abs. 2 und 6<sup>bis</sup> Ziff. 2 StGB ist ein im Ausland gefälltes Strafurteil den schweizerischen Behörden nur entgegenzuhalten, wenn das Strafurteil nicht zu dem Zwecke der Straflosigkeit des Urhebers gefällt wurde<sup>13</sup>.

**14** Der alleinige Verweis auf Ziff. 2 von Art. 6<sup>bis</sup> StGB schliesst die Anwendung von Ziff. 1 derselben Bestimmung aus, was folglich zwei Schlüsse erlaubt:

**15** Das Prinzip der doppelten Strafbarkeit stellt für die Strafverfolgung in der Schweiz keine Voraussetzung dar. Die Pflicht zur Strafverfolgung des Völkermordes wirkt *erga omnes*, so dass die strafrechtliche Anklage logischerweise nicht vom Vorliegen eines spezifischen Straftatbestandes im Staat, in welchem das Verbrechen begangen wurde, abhängt.

**16** Das *lex mitior*-Prinzip ist ebenfalls nicht anwendbar. Die ausserordentliche Schwere des Verbrechens rechtfertigt, dass sich das Schweizer Gericht das materielle ausländische Recht nicht entgegenhalten lassen muss, welches möglicherweise eine Strafe vorsehen könnte, welche in keinem vernünftigen Verhältnis zur Notwendigkeit einer strengen Bestrafung steht.

## C Zuständigkeit zur Strafverfolgung

**17** Bei Vorliegen der Voraussetzungen zur Eröffnung einer Strafverfolgung in der Schweiz ist einzig die schweizerische Bundesanwaltschaft<sup>14</sup>, unter Ausschluss der kantonalen oder militärischen Behörden, zuständig.

<sup>13</sup> Vgl. unten RN 26 zur Verjährung und Kapitel V. FN 35 betreffend den Aufschub der Strafe. Die von den Eidgenössischen Räten am 13. Dezember 2002 verabschiedete Revision des Strafgesetzbuches (BBl 2002 8240) sollte die Situation nicht verändern: vgl. Art. 6 und 7 der Gesetzesnovelle. Der Zeitpunkt des Inkrafttretens der Revision ist noch unbestimmt.

<sup>14</sup> Nachfolgend: SBA.

Dieser gesetzgeberische Entscheid<sup>15</sup> fand Niederschlag in der Änderung von Art. 340 StGB, Art. 221 MStG<sup>16</sup>, Art. 18 und 18<sup>bis</sup> BStP<sup>17</sup>.

**18** Zusammenfassend ergibt sich folgende Lösung:

- Die Strafverfolgung unterliegt einzig der Zuständigkeit der SBA und kann an keine andere Behörde delegiert werden (Art. 18 Abs. 1 BStP)<sup>18</sup>.
- Die Beurteilung in der Sache selbst kann jedoch einer kantonalen Behörde anvertraut werden (Art. 18<sup>bis</sup> Abs. 1 BStP). Durch das neue Gesetz über das Bundesstrafgericht<sup>19</sup> wird diese Bestimmung revidiert werden.
- Im Falle der Konkurrenz mit einer Rechtsverletzung, welche unter die Militärgerichtsbarkeit fällt, ist einzig das zivile Gericht zuständig (Art. 221 Abs. 2 MStG<sup>20</sup>).
- Im Falle der Konkurrenz mit Rechtsverletzungen, welche in die Kompetenz der Kantone fallen, könnte die SBA theoretisch die gesamte Strafverfolgung dem zuständigen Kanton delegieren (Art. 18<sup>bis</sup> Abs. 2 BStP, welcher auf Art. 18 Abs. 2 BStP verweist). Diese Möglichkeit würde mindestens voraussetzen, dass das Verbrechen, dessen Strafverfolgung in die Kompetenz des Kantons fällt, mindestens so schwer wie Völkermord wäre<sup>21</sup>.

**19** Das Verbrechen des Völkermordes fällt künftig ebenfalls in die Kompetenz des Internationalen Strafgerichtshofes, dessen Statut am 17. Juli 1998 in Rom verabschiedet wurde und welchem die Schweiz beigetreten ist<sup>22</sup>. Die Kompetenz dieses internationalen Gerichts ist indessen subsidiär zu jener der Unterzeichnerstaaten, so dass es weder zu negativen noch positiven Kompetenzkonflikten kommen sollte<sup>23</sup>.

## D Verjährung

**20** Die Konvention äussert sich zur Frage der Verjährung des Völkermordes

<sup>15</sup>Botschaft, BBl 1999 5352.

<sup>16</sup>Schweizerisches Militärstrafgesetzbuch vom 13. Juni 1927, SR 321.0.

<sup>17</sup>Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934, SR 312.0.

<sup>18</sup>FELIX BAENZIGER/LUC LEIMGRUBER, *Le nouvel engagement de la Confédération dans la poursuite pénale*, Berne 2001, S. 81 und 89.

<sup>19</sup>BBl 2002 6494 ff.

<sup>20</sup>Welches im Moment der Niederschrift dieser Zeilen noch nicht in Kraft war.

<sup>21</sup>FELIX BAENZIGER/LUC LEIMGRUBER (FN 18), S. 95, RN 103.

<sup>22</sup>Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit dem Strafgerichtshof (ZISG) vom 22. Juni 2001, SR 351.6; Römer Statut des Internationalen Strafgerichtshofs, SR 0.312.1.

<sup>23</sup>Vgl. Kapitel VI.

nicht, so dass die einzelnen Vertragsstaaten in dieser Frage frei legislieren können.

**21** Die Schweizer Gesetzgebung beantwortete diese Frage bereits anlässlich der Verabschiedung des Bundesgesetzes über internationale Rechtshilfe in Strafsachen<sup>24</sup> im Jahre 1981. Der Gesetzgeber änderte das Strafgesetzbuch durch die Verabschiedung des Art. 75<sup>bis</sup> StGB, welcher am 1. Januar 1983 in Kraft trat und gemäss dem die Strafverfolgung, sowie die daran geknüpfte Strafe für bestimmte besonders schwerwiegende Verbrechen (so auch für den Völkermord: Abs. 1 Ziff. 1) künftig unverjährbar sind<sup>25</sup>.

**22** Gemäss den damals verabschiedeten Übergangsbestimmungen<sup>26</sup> gilt die Unverjährbarkeit nur für die am 1. Januar 1983 nicht bereits verjährten Verbrechen.

**23** Das in der Schweiz vorherrschende Legalitätsprinzip verhindert die Strafverfolgung eines Völkermörders für Handlungen, welche vor der Verankerung des Straftatbestandes im positiven Recht erfolgten. Art. 264 StGB und die anderen Anwendungsnormen der Konvention<sup>27</sup> sind also nur für Handlungen anwendbar, welche nach dem 15. Dezember 2000 stattfanden. In dieser Hinsicht ist Art. 75<sup>bis</sup> StGB nur für die Zukunft von Interesse<sup>28</sup>.

**24** Art. 75<sup>bis</sup> StGB bewahrt hingegen seine ganze Tragweite für die durch das StGB bereits vorher unter Strafe gestellten Tatbestände<sup>29</sup>. Wurden diese Verbrechen mit der den Völkermord kennzeichnenden Absicht begangen und ist ihre Verjährung gemäss Art. 70 und 73 StGB am 1. Januar 1983 noch nicht eingetreten, müssen sie ohne zeitliche Begrenzung verfolgt werden, respektive sind die bereits ausgesprochenen und noch nicht vollzogenen Strafen zu vollziehen.

<sup>24</sup>Vom 20. März 1981, SR 351.1 (nachfolgend: IRSG).

<sup>25</sup>Diese Reform war durch den Bundesrat nicht vorgesehen, sie wurde jedoch von den Kammern verlangt und in einer zusätzlichen Botschaft vorgestellt, BBl 1977 II 1247.

<sup>26</sup>AS 1982 I 876.

<sup>27</sup>RN 7 oben.

<sup>28</sup>In diesem Gebiet hätte eine Rückwirkung das internationale Recht nicht verletzt. Art. 15 Pakt II sowie Art. 7 Abs. 2 EMRK lassen diese Möglichkeit zu, von welcher die Schweiz jedoch nicht Gebrauch machte. Für andere Entwicklungen diesbezüglich vgl. MARK E. VILLIGER, *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)*, Zürich 1999, S. 341, RN 539.

<sup>29</sup>RN 6 oben.

**25** Durch die Anwendbarkeit der Bestimmung von Art. 6<sup>bis</sup> Ziff. 2 StGB stellt Art. 264 Abs. 2 StGB, wie bereits dargelegt<sup>30</sup>, insbesondere bezüglich der Verjährung ein Problem dar.

**26** Art. 6<sup>bis</sup> Ziff. 2 StGB sieht unter anderem vor, dass die Schweiz keine Strafverfolgung von im Ausland begangenen Verbrechen einleiten kann, wenn der Urheber im Tatortstaat verurteilt worden ist, seine Strafe jedoch verjährt ist, wobei sich die Verjährung nach dem ausländischen Recht richtet<sup>31</sup>. So also würde der sich auf der Flucht befindende Völkermörder, wenn seine (nicht vollzogene) Strafe im Ausland verhängt worden ist, von einer ihm günstigeren Regelung profitieren, als wenn die Strafe in der Schweiz ausgesprochen worden wäre. Es ist jedoch zweifelhaft, ob der Gesetzgeber eine solche Ungerechtigkeit beabsichtigte, welche im Übrigen dem Sinn und Geist von Art. 75<sup>bis</sup> StGB widerspricht.

---

<sup>30</sup> RN 13 oben.

<sup>31</sup> JOSE HURTADO-POZO, Droit pénal, partie générale I, 2. Aufl., S. 139, zu Art. 3 Ziff. 2 StGB, dessen Inhalt in diesem Punkt mit jenem von Art. 6<sup>bis</sup> Ziff. 2 StGB übereinstimmt; zu weiteren Ausführungen vgl. JEAN-LUC COLOMBANI, La prise en considération du droit étranger pénal et extra-pénal dans le jugement pénal, Diss. Lausanne 1983.

## II Verletzungen des Humanitären Völkerrechts

PHILIP GRANT

### Ausgewählte Literatur

- CICR, Répression nationale des violations du droit international humanitaire, Genève 1998
- KURT HAURI, Militärstrafgesetz Kommentar, Stämpfli, Bern 1983
- PETER POPP, Kommentar zum Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927, Besonderer Teil, Dike Verlag, St. Gallen 1992
- ROBERT ROTH/YVAN JEANNERET, « *Droit suisse* », in Juridictions nationales et crimes internationaux, Antonio Cassese/Mireille Delmas-Marty (Hrsg.), PUF, Paris 2002
- MARCO SASSÒLI, « *Le génocide rwandais, la justice militaire suisse et le droit international* », in SZIER 2002, S. 151 ff.

1 Bereits im Jahre 1967 verabschiedete der schweizerische Gesetzgeber ein Kapitel des Militärstrafgesetzes<sup>1</sup>, das den Titel « Verletzung des Völkerrechts im Falle bewaffneter Konflikte » trägt und die Art. 108 bis 114 MStG umfasst. Bis Mitte der neunziger Jahre blieben diese Bestimmungen ohne Wirkung. Die Konflikte, welche die Republiken Ex-Jugoslawiens sowie Ruanda heimsuchten, gaben der Militärgerichtsbarkeit schliesslich Anlass zur Anwendung dieses bisher unterschätzten und dennoch wirksamen Instruments<sup>2</sup>.

2 Die Art. 108 ff. MStG verfolgen im Wesentlichen zwei Ziele<sup>3</sup>. In erster Linie bezwecken sie den Schutz der Schweizer Armee und der Bevölkerung gegen Verletzungen des Kriegsrechts. Darüber hinaus sollen diese Bestimmungen ganz allgemein die Einhaltung der Bestimmungen über die Kriegsführung sichern. Der Gesetzgeber hat sich dabei bewusst vom Grundsatz entfernt,

---

<sup>1</sup> Vom 13. Juni 1927, SR 321.0 (nachfolgend: MStG).

<sup>2</sup> Bis zum heutigen Tag haben vier Fälle die schweizerische Militärjustiz beschäftigt. Diese Fälle führten zur Überführung an den ICTR von A. Musema (1996) – der vom ICTR wegen Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit inzwischen zu einer lebenslänglichen Gefängnisstrafe verurteilt worden ist – und von E. R. (2001) – der im Moment, da diese Zeilen geschrieben werden, auf seinen Prozess zur Anklage des Völkermordes und der Verbrechen gegen die Menschlichkeit wartet. Im Falle G. (1997) erfolgte ein Freispruch; F. Niyonteze (2001) wurde zu 14 Jahren Gefängnis verurteilt.

<sup>3</sup> PETER POPP, Kommentar zum Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927, Besonderer Teil, Dike Verlag, St.Gallen 1992, S. 539.

wonach Verletzungen des Humanitären Völkerrechts<sup>4</sup> (nachfolgend: HVR) nur verfolgt und bestraft werden, wenn unser eigenes Land sich im Kriegszustand befindet oder von einem Krieg unmittelbar bedroht ist<sup>5</sup>.

## A Rechtsquellen der Straftatbestände

3 Das HVR, sei es staatsvertraglich oder gewohnheitsrechtlich begründet, enthält zahlreiche Regeln zur Unterdrückung von Verletzungen seiner Normen. Gewisse Konventionen verpflichten die Vertragsstaaten zum Erlass nationaler strafrechtlicher Bestimmungen, die schwere Verletzungen der elementarsten Grundsätze sanktionieren.

4 In diesem Sinne sieht Abs. 1 der Art. 49, 50, 129 und 146 der vier Genfer Konventionen<sup>6</sup> folgendes vor:

«Die Hohen Vertragsparteien verpflichten sich, alle notwendigen gesetzgeberischen Massnahmen zur Festsetzung von angemessenen Strafbestimmungen für solche Personen zu treffen, die irgendeine der im folgenden Artikel umschriebenen schweren Verletzungen des vorliegenden Abkommens begehen oder zu einer solchen Verletzung den Befehl erteilen.»

5 Andere Normen gehen weiter, indem sie von den Vertragsstaaten die strafrechtliche Verfolgung oder Auslieferung von Personen fordern, die der Verletzung der Bestimmungen des HVR verdächtigt werden. So lautet Abs. 2 der Art. 49, 50, 129 und 146 der vier GK zum Beispiel wie folgt:

«Jede Vertragspartei ist zur Ermittlung der Personen verpflichtet, die der Begehung oder der Erteilung eines Befehls zur Begehung der einen oder andern dieser schweren Verletzungen beschuldigt sind und hat sie ohne Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit vor ihre eigenen Gerichte zu ziehen. Wenn sie es vorzieht, kann sie sie auch gemäss

den in ihrer eigenen Gesetzgebung vorgesehenen Bedingungen zur Aburteilung einer andern an der Verfolgung interessierten Vertragspartei übergeben, sofern diese gegen die erwähnten Personen ausreichende Beschuldigungen nachgewiesen hat<sup>7</sup>.»

6 Es ist allgemein anerkannt, dass selbst mangels solcher staatsvertraglicher Bestimmungen das völkerrechtliche Gewohnheitsrecht identische Pflichten vorschreibt<sup>8</sup>. Für sich alleine bilden die Verhaltensnormen des HVR, seien sie nun staatsvertraglicher oder gewohnheitsrechtlicher Natur, kaum eine genügende Rechtsgrundlage, welche von den nationalen Gerichten für die Verurteilung von Einzelpersonen, die sich eines Normverstosses schuldig gemacht haben, herangezogen werden kann. Dies gilt umso mehr, wenn für die Normverstösse keine Sanktionen vorgeschrieben sind. Es ist demnach Aufgabe des nationalen Gesetzgebers, entsprechende Strafnormen zu erlassen.

7 Diese Funktion kommt in der Schweiz den Art. 108 ff. MStG zu. Ausserhalb der Art. 110 bis 114 MStG, die hier nicht behandelt werden<sup>9</sup>, enthält das MStG keine unmittelbaren Tatbestände von Verletzungen des HVR. Indem Art. 109 MStG jedoch auf dieses verweist, umfasst es die Verhaltensnormen des HVR. So sieht Art. 109 MStG vor, dass:

«1. Wer den Vorschriften internationaler Abkommen über Kriegführung sowie über den Schutz von Personen und Gütern zuwiderhandelt, wer andere anerkannte Gesetze und Gebräuche des Krieges verletzt, wird, sofern nicht schärfere Strafbestimmungen zur Anwendung gelangen, mit Gefängnis, in schweren Fällen mit Zuchthaus bestraft.  
2. In leichten Fällen erfolgt disziplinarische Bestrafung.»

8 Im Strafrecht ist das Legalitätsprinzip, das in den Lehrsätzen «kein

<sup>4</sup> Unter HVR verstehen wir die Bestimmungen des *Genfer Rechts* (Schutz der Opfer) und des *Haager Rechts* (Kriegführung).

<sup>5</sup> JÜRIG VAN WIJNKOOOP, «*A propos de la poursuite en Suisse de personnes soupçonnées d'avoir commis des crimes de guerre*», in *Répression nationale des violations du droit international humanitaire*, CICR, Genève 1998, S. 203; vgl. auch Botschaft des Bundesrates, BBl 1967 I 585.

<sup>6</sup> Für die folgenden Ausführungen bezeichnet die Abkürzung GK die Genfer Konventionen vom 12. August 1949 zur Verbesserung des Loses der Verwundeten und Kranken der bewaffneten Kräfte im Felde (I), SR 0.518.12; zur Verbesserung des Loses der Verwundeten, Kranken und Schiffbrüchigen der bewaffneten Kräfte zur See (II), SR 0.518.23; über die Behandlung der Kriegsgefangenen (III), SR 0.518.42; über den Schutz von Zivilpersonen in Kriegszeiten (IV), SR 0.518.51.

<sup>7</sup> Vgl. auch zum Beispiel Art. 28 des Haager Abkommens vom 14. Mai 1954 für den Schutz von Kulturgut bei bewaffneten Konflikten, SR 0.520.3: «Die Hohen Vertragsparteien verpflichten sich, im Rahmen ihres Strafrechts alle erforderlichen Massnahmen zu treffen, um Personen jeder Staatsangehörigkeit, die sich einer Verletzung dieses Abkommens schuldig machen oder den Befehl zu einer solchen geben, zu verfolgen und strafrechtlich oder disziplinarisch zu bestrafen.»

<sup>8</sup> Statt vieler: vgl. M. CHERIF BASSIOUNI, *Crimes against Humanity in International Criminal Law* (2. Aufl.), Kluwer Law International, Dordrecht/London/Boston 1999, S. 235: «*War crimes are also among the limited number of offences subject to universal jurisdiction under customary international law*».

<sup>9</sup> Für Einzelheiten vgl. zum Beispiel PETER POPP (FN 3), S. 563 ff. Ebenso wenig wird auf die Art. 139 und 140 MStG eingegangen, die ebenfalls als Umsetzung des HVR betrachtet werden können.



Delikt ohne Gesetz» und «keine Strafe ohne Gesetz» veranschaulicht wird, von zentraler Bedeutung<sup>10</sup>. Technisch betrachtet wird Art. 109 MStG dieser doppelten Anforderung gerecht: Einerseits wird die Strafe festgelegt, andererseits die strafbare Verhaltensweise bezeichnet.

**9** Zum zweiten Punkt ist zu bemerken, dass die vom Gesetzgeber angewandte Methode, gewisse Verhaltensweisen unter Strafe zu stellen, indem auf in anderen Normen definierte Handlungen verwiesen wird, das Legalitätsprinzip nicht verletzt. Vorausgesetzt wird allerdings, dass die verwiesene Norm genügend klar formuliert ist, damit der Adressat sein Verhalten entsprechend ausrichten kann<sup>11</sup>. Dies trifft auf diejenigen Normen internationaler Konventionen zu, deren Regeln genügend bestimmt und unmittelbar anwendbar sind (*self-executing* Charakter der Norm)<sup>12</sup>. Die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit einer Norm ist eine Auslegungsfrage, die der Richter zu beurteilen hat<sup>13</sup>. Das Erfordernis der Bestimmtheit der Norm ist schwieriger zu erfüllen, wenn es sich um gewohnheitsrechtlich abgeleitete Regeln handelt. Zumindest dann, wenn dazu keine klare Rechtsprechung besteht<sup>14</sup>.

**10** Art. 109 Abs. 1 *in initio* MStG erwähnt die «Vorschriften internationaler Abkommen über Kriegführung sowie über den Schutz von Personen und Gütern». Damit auf dieser Grundlage eine Verletzung dieser Abkommen in der Schweiz verfolgt werden kann, müssen diese im Moment der Verletzung von der Schweiz ratifiziert sein<sup>15</sup>. Nicht nötig ist hingegen, dass der Staat, dessen Streitkräften der Täter angehört, das entsprechende Abkommen

<sup>10</sup> BERNHARD STRÄULI, «*La répression des violations du droit international humanitaire en Suisse: aspects de procédure pénale*», in *Répression nationale des violations du droit international humanitaire* (FN 10), S. 223.

<sup>11</sup> *Ibid.*, S. 204 f.; JEAN DOMINIQUE SCHOUWEY, «*Crimes de guerre: un état des lieux du droit suisse*», in *Revue internationale de criminologie et de police technique* 1995, S. 49: «*Le législateur suisse est parti du principe que l'objet des infractions était décrit avec suffisamment de précision dans le droit conventionnel et coutumier et qu'il pouvait, de ce fait, s'y référer directement sans retranscrire des dispositions en droit interne*».

<sup>12</sup> PETER POPP (FN 3), S. 547.

<sup>13</sup> Art. 5 des Haager Abkommens für den Schutz von Kulturgut (FN 7) sieht zum Beispiel Folgendes vor: «*Jede Hohe Vertragspartei, die das Hoheitsgebiet einer anderen Hohen Vertragspartei ganz oder zum Teil besetzt hält, hat, soweit wie möglich, die zuständigen nationalen Behörden des besetzten Landes bei der Sicherung und Erhaltung seines Kulturguts zu unterstützen*.» Es handelt sich dabei sicherlich nicht um eine genügend bestimmte Norm individuellen Verhaltens, um eine Strafbarkeit über den Verweis von Art. 109 MStG zu begründen.

<sup>14</sup> MARCO SASSOLI, «*Le génocide rwandais, la justice militaire suisse et le droit international*», in SZIER 2002, S. 163.

<sup>15</sup> ROBERT ROTH/MARC HENZELIN, «*La répression des violations du droit international humanitaire en Suisse*», in *Répression nationale des violations du droit international humanitaire* (FN 10), S. 190.

ebenfalls ratifiziert hat, sofern die Verhaltensnorm im Moment der Tat als Gewohnheitsrecht bestand. Ist letzteres der Fall, sanktioniert Art. 109 Abs. 1 zweiter Teilsatz ebenfalls die Verletzungen des internationalen Gewohnheitsrechts<sup>16</sup> («*andere anerkannte Gesetze und Gebräuche des Krieges*»), womit die Verhaltensregel unabhängig von einer Ratifikation durch die Schweiz oder den betreffenden Drittstaat in jedem Fall von Art. 109 MStG gedeckt ist<sup>17</sup>.

**11** Probleme mit Blick auf das Legalitätsprinzip stellen sich erst, wenn das Abkommen mit der entsprechenden Verhaltensregel von der Schweiz oder dem Staat, dem der Täter angehört, nicht ratifiziert wurde und die Regel mangels bestehender Übung und *opinio juris*<sup>18</sup> nicht als internationales Gewohnheitsrecht betrachtet werden kann. Das Prinzip *nullum crimen sine lege* (vgl. Art. 1 MStG) würde in diesem Fall klar der Qualifikation als strafbares Verhalten entgegenstehen.

**12** Nicht nötig ist jedoch, dass der fremde Staat das in Frage stehende Verhalten in seinem eigenen Strafrecht als strafbare Handlung sanktioniert. Die strafrechtliche Verfolgung in der Schweiz ist nämlich nicht an die Voraussetzung der doppelten Strafbarkeit gebunden<sup>19</sup>.

## B Von Art. 109 MStG erfasste Straftatbestände

**13** Eine abschliessende Definition der Gesamtheit der Verletzungen, deren Verfolgung Art. 109 MStG ermöglicht, würde die bescheidene Aufgabe dieses Beitrages weit übersteigen. Nur einzelne Widerhandlungen werden hier erläutert, ohne jedoch auf ihre objektiven und subjektiven Tatbestandselemente einzugehen. Zum Teil beschränkt sich die Darstellung auf wenige Ausführungen oder Verweise.

<sup>16</sup> KURT HAURI, *Militärstrafgesetz Kommentar*, Stämpfli, Bern 1983, S. 366.

<sup>17</sup> ROBERT ROTH/MARC HENZELIN (FN 15), S. 191. So hat der ICTY entschieden, dass den GK heute gewohnheitsrechtlicher Charakter zukommt, so dass ihre Ratifikation durch den betreffenden Staat für die Verfolgung nicht nötig ist: vgl. ICTY (Berufungskammer), Urteil vom 20. Februar 2001 i.S. *Delalic et al.*, § 113.

<sup>18</sup> Aufgrund der berühmten *clause Martens* erweisen sich die Voraussetzungen zur Begründung von Gewohnheitsrecht im HVR, insbesondere die Voraussetzung der Übung der Staaten, als weniger hoch als in anderen Bereichen des Völkerrechts. Vgl. zum Beispiel ANTONIO CASSESE, *International Law*, Oxford University Press, Oxford 2001, S. 121 ff., bestätigt in ICTY (2. Kammer), Urteil vom 14. Januar 2000 i.S. *Kupreskic et al.*, § 527.

<sup>19</sup> ROBERT ROTH/YVAN JEANNERET, «*Droit suisse*», in *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Antonio Cassese/Mireille Delmas-Marty (Hrsg.), PUF, Paris 2002, S. 289.

## 1 Schwere Verletzungen der Genfer Konventionen und des Zusatzprotokolls I

14 Die in Art. 109 MStG erwähnten «Vorschriften internationaler Abkommen über Kriegführung sowie über den Schutz von Personen und Gütern» verweisen auf jene Bestimmungen, für deren Verletzung das HVR Sanktionen fordert. Hier soll zunächst von den *schweren Verletzungen* der Genfer Konventionen und des Zusatzprotokolls I von 1977 die Rede sein<sup>20</sup>.

15 Im Sinne der vier Genfer Konventionen gelten in Bezug auf jede Kategorie der geschützten Personen<sup>21</sup> folgende Handlungen als schwere Verletzungen, sofern sie gegen Personen oder Güter begangen werden, die durch die Konventionen geschützt sind: vorsätzlicher Mord; Folter oder unmenschliche Behandlung, einschliesslich biologischer Experimente; vorsätzliche Verursachung grosser Leiden oder schwerer Beeinträchtigung der körperlichen Integrität oder der Gesundheit; Zerstörung und Aneignung von Gut, die nicht durch militärische Erfordernisse gerechtfertigt sind und in grossem Ausmass auf unerlaubte und willkürliche Weise vorgenommen werden; Nötigung eines Kriegsgefangenen oder einer Zivilperson zur Dienstleistung in den bewaffneten Kräften der feindlichen Macht, Entzug des Anrechts eines Kriegsgefangenen oder einer Zivilperson auf ein ordentliches und unparteiisches, den Vorschriften der Genfer Konventionen entsprechendes Gerichtsverfahren; Geiselnahme<sup>22</sup>.

16 Anhand von drei Beispielen sei hier kurz der Inhalt einzelner Bestimmungen dargestellt.

Die *Folter* im Sinne des HVR untersteht nicht denselben Voraussetzungen wie die Folter im Sinne des Übereinkommens gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe<sup>23</sup>. So setzt der Tatbestand der Folter im HVR nicht die Gegenwart eines Beamten oder einer anderen mit öffentlicher Gewalt ausgestatteten Person voraus<sup>24</sup>.

17 Der Gebrauch von Personen als menschliche Schutzschilder erfüllt den Tatbestand der *unmenschlichen Behandlung*, da diese vorsätzliche und

<sup>20</sup> Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte vom 8. Juni 1977, SR 0.518.521 (nachfolgend Prot. I).

<sup>21</sup> Zur Definition der geschützten Personen, vgl. Art. 13, 13, 4 und 4 der GK I bis IV.

<sup>22</sup> Vgl. Art. 50, 51, 130 und 147 der GK I bis IV.

<sup>23</sup> Vom 10. Dezember 1984, SR 0.105. Vgl. Art. 1 des Übereinkommens und Kapitel IV. des vorliegenden Buches.

<sup>24</sup> ICTY (2. Kammer), Urteil vom 22. Februar 2001 i.S. *Kunarac et al.*, §§ 496 f.; vgl. jedoch ICTY (Berufungskammer), Urteil vom 21. Juli 2000 i.S. *Furundzija*, § 111.

nicht zufällige Handlung objektiv betrachtet einen schweren geistigen oder körperlichen Schaden verursacht oder die menschliche Würde ernsthaft gefährdet<sup>25</sup>.

18 Als drittes Beispiel sei die *Geiselnahme* erwähnt, die gemäss Rechtsprechung des ICTY in der Drohung besteht, unrechtmässig festgenommene Zivilpersonen schlecht zu behandeln oder zu töten, mit dem Ziel, ein Zugeständnis oder einen Vorteil zu erzielen<sup>26</sup>. Das Festnehmen von Zivilpersonen ist einerseits unrechtmässig, wenn kein Internierungsgrund nach GK IV gegeben ist (vgl. Art. 42 GK IV) –wobei die kollektive Festnahme immer als unrechtmässig zu qualifizieren ist– und andererseits, unabhängig vom Vorliegen eines Internierungsgrunds, wenn die Verfahrensgarantien des Art. 43 GK IV nicht gewahrt wurden<sup>27</sup>.

19 Was die Liste der schweren Verletzungen im Sinne des Prot. I betrifft, seien hier ebenfalls ohne Anspruch auf Vollständigkeit folgende erwähnt: Angriffe gegen die Zivilbevölkerung oder Zivilpersonen, gegen unverteidigte Orte und entmilitarisierte Zonen sowie gegen eine Person in Kenntnis davon, dass diese sich ausser Gefecht befindet; heimtückische Benutzung des Schutzzeichens des Roten Kreuzes, des Roten Halbmonds oder des Roten Löwen mit Roter Sonne oder anderer Schutzzeichen; von der Besatzungsmacht durchgeführte Überführung eines Teiles ihrer eigenen Zivilbevölkerung in das von ihr besetzte Gebiet oder die Verschleppung oder Überführung der Gesamtheit oder eines Teils der Bevölkerung des besetzten Gebiets innerhalb desselben oder aus demselben; Praktiken der *Apartheid* und andere auf Rassendiskriminierung beruhende, unmenschliche und erniedrigende Praktiken, die eine grobe Verletzung der persönlichen Würde einschliessen; jede vorsätzliche Handlung oder Unterlassung, welche die körperliche oder geistige Gesundheit oder Unversehrtheit einer Person erheblich gefährdet, die sich in der Gewalt einer anderen Partei als derjenigen, zu der sie gehört, befindet, insbesondere medizinische oder wissenschaftliche Versuche, Organentnahmen etc.<sup>28</sup>

## 2 Andere Verletzungen der Genfer Konventionen und der Zusatzprotokolle

20 Zu beachten ist, dass die Staaten im Bereich des HVR weitgehend frei sind, neben der staatsvertraglichen Pflicht der Verfolgung einzelner

<sup>25</sup> ICTY (2. Kammer), Urteil vom 26. Februar 2001 i.S. *Kordic et al.*, § 256.

<sup>26</sup> *Ibid.*, §§ 304 ff.

<sup>27</sup> *Ibid.*, §§ 273 ff.

<sup>28</sup> Vgl. Art. 11 Abs. 4 und 85 Abs. 3 und 4 Prot. I.

Verletzungstatbestände, weitere Verstöße strafrechtlich zu ahnden. Die Ausdehnung der Strafbarkeit auf gewisse Handlungen, für die das HVR nicht direkt eine Sanktion fordert, ist mit dem HVR durchaus vereinbar. Denn die GK fordern die Staaten auf, die notwendigen Massnahmen zu ergreifen, um andere, nicht als schwere Verletzungen qualifizierte Verstöße «zu unterbinden»<sup>29</sup>. Die Unterbindung solcher Verletzungen ist durch deren Ahndung sehr wohl möglich<sup>30</sup>.

**21** Daraus folgt, dass sämtliche weiteren Verletzungen, insbesondere des gemeinsamen Art. 3 der GK, sowie der Bestimmungen des Protokolls I<sup>31</sup> und II, unter Art. 109 MStG fallen. Voraussetzung ist immer, dass es sich um Regeln der Kriegsführung und des Schutzes von Personen und Gütern handelt, die unmittelbar anwendbar sind.

**22** Der gemeinsame Art. 3 der GK legt insbesondere folgendes fest:

«Im Falle eines bewaffneten Konflikts, der keinen internationalen Charakter aufweist und der auf dem Gebiet einer der Hohen Vertragsparteien entsteht, ist jede der am Konflikt beteiligten Parteien gehalten, wenigstens die folgenden Bestimmungen anzuwenden:

1. Personen, die nicht direkt an den Feindseligkeiten teilnehmen, einschliesslich der Mitglieder der bewaffneten Streitkräfte, welche die Waffen gestreckt haben, und der Personen, die infolge Krankheit, Verwundung, Gefangennahme oder irgendeiner anderen Ursache ausser Kampf gesetzt wurden, sollen unter allen Umständen mit Menschlichkeit behandelt werden, ohne jede Benachteiligung aus Gründen der Rasse, der Farbe, der Religion oder des Glaubens, des Geschlechts, der Geburt oder des Vermögens oder aus irgendeinem ähnlichen Grunde.

Zu diesem Zwecke sind und bleiben in bezug auf die oben erwähnten Personen jederzeit und jedenorts verboten:

- a. Angriffe auf Leib und Leben, namentlich Mord jeglicher Art, Verstümmelung, grausame Behandlung und Folterung;
- b. Gefangennahme von Geiseln;

<sup>29</sup> Vgl. Abs. 3 der Art. 49, 50, 129 und 146 der vier GK: «Jede Vertragspartei soll die notwendigen Massnahmen ergreifen, um auch diejenigen Zuwiderhandlungen gegen die Bestimmungen des vorliegenden Abkommens zu unterbinden, die nicht zu den im folgenden Artikel umschriebenen schweren Verletzungen zählen». MARCO SASSOLI (FN 14), S. 161.

<sup>30</sup> Zu beobachten ist eine klare Entwicklung des internationalen Strafrechts zur vermehrten Kriminalisierung anderer Verletzungen als der «schweren Verletzungen» der GK. Vgl. zum Beispiel die Statuten des ICTY, des ICTR sowie des IStGH.

<sup>31</sup> Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer nicht internationaler bewaffneter Konflikte vom 8. Juni 1977, SR 0.518.522, nachfolgend Prot. II.

c. Beeinträchtigung der persönlichen Würde, namentlich erniedrigende und entwürdigende Behandlung;

d. Verurteilungen und Hinrichtungen ohne vorhergehendes Urteil eines ordnungsmässig bestellten Gerichtes, das die von den zivilisierten Völkern als unerlässlich anerkannten Rechtsgarantien bietet.

2. Die Verwundeten und Kranken sollen geborgen und gepflegt werden.»

**23** Der Begriff der *Beeinträchtigung der persönlichen Würde* (Abs. 1 lit. c) kann umschrieben werden als «eine durch die Verachtung der Würde einer anderen Person motivierte Tat. Folglich muss eine solche Tat für das Opfer in schwerwiegender Weise demütigend und erniedrigend sein. Es ist nicht nötig, dass das körperliche oder geistige Wohlbefinden des Opfers direkt beeinträchtigt wird. Es genügt, dass ihm die betreffende Tat ein tatsächliches und dauerhaftes Leiden zufügt, das auf die Demütigung oder Erniedrigung zurückzuführen ist»<sup>32</sup>.

**24** Als weiteres Beispiel sei Art. 4 Prot. II zitiert, der ebenfalls eine Reihe von Handlungen verbietet:

«1. Alle Personen, die nicht unmittelbar oder nicht mehr an Feindseligkeiten teilnehmen, haben, gleichviel ob ihnen die Freiheit entzogen ist oder nicht, Anspruch auf Achtung ihrer Person, ihrer Ehre, ihrer Überzeugungen und ihrer religiösen Gepflogenheiten. Sie werden unter allen Umständen mit Menschlichkeit und ohne jede nachteilige Unterscheidung behandelt. Es ist verboten, den Befehl zu erteilen, niemanden am Leben zu lassen.

2. Unbeschadet der allgemeinen Gültigkeit der vorstehenden Bestimmungen sind und bleiben in bezug auf die in Absatz 1 genannten Personen jederzeit und überall verboten

- a. Angriffe auf das Leben, die Gesundheit und das körperliche oder geistige Wohlbefinden von Personen, insbesondere vorsätzliche Tötung und grausame Behandlung wie Folter, Verstümmelung oder jede Art von körperlicher Züchtigung;
- b. Kollektivstrafen;

<sup>32</sup> ICTY (1. Kammer), Urteil vom 25. Juni 1999 i.S. *Aleksovski*, § 56 (freie Übersetzung). Die 2. Kammer des ICTY hat letztlich allerdings entschieden, dass dieser Definition nicht gefolgt werden könne, wenn es um das Erfordernis der Nachhaltigkeit der Auswirkungen der Beeinträchtigung gehe: ICTY (2. Kammer), Urteil vom 22. Februar 2001 i.S. *Kunarac et al.*, §§ 501 ff.

- c. Geiselnahme;
  - d. terroristische Handlungen;
  - e. Beeinträchtigung der persönlichen Würde, insbesondere entwürdigende und erniedrigende Behandlung, Vergewaltigung, Nötigung zur Prostitution und unzüchtige Handlungen jeder Art;
  - f. Sklaverei und Sklavenhandel in allen ihren Formen;
  - g. Plünderung;
  - h. die Androhung einer dieser Handlungen.
3. Kindern wird die Pflege und Hilfe zuteil, deren sie bedürfen, insbesondere
- a. erhalten sie die Erziehung, einschliesslich der religiösen und sittlichen Erziehung, die den Wünschen ihrer Eltern oder –bei deren Fehlen– der Personen entspricht, die für sie zu sorgen haben;
  - b. werden alle geeigneten Massnahmen getroffen, um die Zusammenführung von vorübergehend getrennten Familien zu erleichtern;
  - c. dürfen Kinder unter fünfzehn Jahren weder in Streitkräfte oder bewaffnete Gruppen eingegliedert werden noch darf ihnen die Teilnahme an Feindseligkeiten erlaubt werden;
  - d. gilt der in diesem Art. für Kinder unter fünfzehn Jahren vorgesehene besondere Schutz auch dann für sie, wenn sie trotz der Bestimmungen des Buchstabens c unmittelbar an Feindseligkeiten teilnehmen und gefangengenommen werden;
  - e. werden bei Bedarf Massnahmen getroffen –nach Möglichkeit mit Zustimmung der Eltern oder der Personen, die nach Gesetz oder Brauch in erster Linie für die Kinder zu sorgen haben–, um diese vorübergehend aus dem Gebiet, in dem Feindseligkeiten stattfinden, in ein sichereres Gebiet des Landes zu evakuieren und ihnen die für ihre Sicherheit und ihr Wohlergehen verantwortlichen Personen mitzugeben. »

**25** Die schweizerische Praxis bietet einen Anwendungsfall des den GK gemeinsamen Art. 3 und des Art. 4 Prot. II:

Militärappellationsgericht 1A, Urteil vom 26. Mai 2000 i.S. *Niyonteze*, S. 38 f.

In seiner Eigenschaft als Bürgermeister seiner Gemeinde hat Niyonteze seine Bürger auf dem Mont Mushubati zusammengerufen, um sie zu Hass und Elimination der Ethnie der Tutsi anzutreiben, zur Begehung von Morden, zur Schädigung der Güter der gemässigten Hutu und der Tutsi-Minderheit, sowie zur Beseitigung von Hutu-Frauen, die

von Tutsi geschwängert wurden. Diese Äusserungen haben zum Tod einer unbestimmten Anzahl Personen geführt. Der Angeschuldigte begab sich auch zumindest zwei Mal in militärischer Begleitung nach Kabazi, um die Flüchtlinge seiner Gemeinde zur Rückkehr nach Mushubati anzutreiben, mit dem alleinigen Ziel, sie massakrieren zu lassen. Er hat den Militärpersonen, die diese begleiteten, auch den Befehl gegeben, mindestens zwei Personen zu töten, wovon eine tatsächlich gestorben ist. Der Angeklagte hat damit den allen vier GK gemeinsamen Art. 3 und Art. 4 Prot. II verletzt<sup>33</sup>.

### 3 Verletzungen der Bestimmungen zum Schutz von Gütern

**26** An dritter Stelle verbietet Art. 109 MStG auch die Verletzungen der Vorschriften über den *Schutz von Gütern*. So können auch die Bestimmungen der Haager Konvention von 1954 für den Schutz von Kulturgut bei bewaffneten Konflikten zur Anwendung gelangen<sup>34</sup>. Denkbar ist zum Beispiel die Benutzung von Kulturgut zu Zwecken, die dieses im Falle bewaffneter Konflikte der Vernichtung oder Beschädigung aussetzen könnten (Art. 4 Abs. 1 Haager Konvention). Die Bestimmungen erfassen auch jede Art von Diebstahl, Plünderung oder anderer widerrechtlicher Inbesitznahme sowie jede Form von Vandalismus gegen Kulturgut (Art. 4 Abs. 3 Haager Konvention).

**27** Vorschriften weiterer Texte können in Frage stehen, insbesondere jene zum Schutz von zivilen Objekten (Art. 52 Prot. I), von Kulturgut und Kultstätten (Art. 53 Prot. I), von für die Zivilbevölkerung lebensnotwendigen Objekten (Art. 54 Prot. I) oder von Anlagen und Einrichtungen, die gefährliche Kräfte enthalten (Art. 56 Prot. I), sowie –in besetzten Gebieten– die Bestimmungen zum Schutz nichtmilitärischer Güter, deren Zerstörung nicht durch zwingende militärische Erfordernisse gerechtfertigt ist (Art. 53 GK IV).

**28** Es wurde zum Beispiel entschieden, dass die nicht durch die militärische Notwendigkeit gerechtfertigte *Zerstörung und Aneignung von Gütern*, die in grossem Massstab in unerlaubter und willkürlicher Weise durchgeführt wird (die auch zu den oben geprüften schweren Verletzungen zählt), zunächst

<sup>33</sup> Das Gericht hat Niyonteze auch der Verletzung der Art. 146 und 147 GK IV schuldig befunden. Dies wurde vom Militärkassationsgericht, trotz Abweisung des Rechtsmittels des Angeklagten, als unzutreffend erachtet.

<sup>34</sup> KURT HAURI (FN 16), S. 365 f.

jene Sach- und Personalgüter betrifft, die allgemein durch die GK geschützt werden (vgl. zum Beispiel Art. 18 GK IV in Bezug auf Spitäler). Der Täter handelt dabei mit der Absicht, das betreffende Gut zu zerstören oder nimmt die Möglichkeit der Zerstörung desselben in Kauf. Handelt der Täter in dieser Absicht, sind zudem auch Güter betroffen, die durch die GK aufgrund ihres Standortes in besetzten Gebieten geschützt sind (vgl. Art. 53 GK IV), wenn die Zerstörung grosse Ausmasse annimmt und nicht durch die militärische Notwendigkeit gerechtfertigt ist<sup>35</sup>.

#### 4 Verletzungen anderer Konventionen

**29** Art. 109 MStG geht sogar noch weiter und umfasst auch die durch andere Konventionen verbotenen Handlungen, die sich auf die «Kriegsführung» oder den «Schutz von Personen und Gütern» beziehen. Zu prüfen wären insbesondere die einzelnen Haager Abkommen von 1907<sup>36</sup>, das Protokoll über das Verbot der Verwendung von erstickenden, giftigen oder ähnlichen Gasen sowie von bakteriologischen Mitteln im Kriege<sup>37</sup> oder das Übereinkommen über das Verbot oder die Beschränkung des Einsatzes bestimmter konventioneller Waffen, die übermässige Leiden verursachen oder unterschiedslos wirken können<sup>38</sup> und dessen Protokolle.

**30** Folgende Konventionen scheinen uns hingegen mangels individueller Verhaltensregeln im Falle eines bewaffneten Konflikts nicht zur Anwendung gelangen zu können: das Übereinkommen über das Verbot der Entwicklung, Herstellung und Lagerung bakteriologischer (biologischer) Waffen und von Toxinwaffen sowie über die Vernichtung solcher Waffen<sup>39</sup>, die Mehrheit der Bestimmungen – mit Ausnahme des Art. 1 Abs. 1 lit. a – des Übereinkommens über das Verbot des Einsatzes, der Lagerung, der Herstellung und der Weitergabe von Antipersonenminen und über deren Vernichtung<sup>40</sup>. Für diese zwei Übereinkommen schreibt bereits das Kriegsmaterialgesetz<sup>41</sup> strafrechtliche Sanktionen vor (vgl. Art. 34 und 35 KMG).

#### 5 Verletzungen des Völkergewohnheitsrechts

<sup>35</sup> ICTY (2. Kammer), Urteil vom 26. Februar 2001 i.S. *Kordic et al.*, §§ 329 ff.

<sup>36</sup> Vgl. die einzelnen massgeblichen Texte unter SR 0.515.

<sup>37</sup> Vom 17. Juni 1925, SR 0.515.105.

<sup>38</sup> Vom 10. Oktober 1980, SR 0.515.091.

<sup>39</sup> Vom 10. April 1972, SR 0.515.07; a.M. ROBERT ROTH/MARC HENZELIN (FN 15), S. 190.

<sup>40</sup> Vom 18. September 1997. Die Schweiz hat das noch nicht in der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts veröffentlichte Übereinkommen am 24. März 1998 ratifiziert.

<sup>41</sup> Vom 13. Dezember 1996, SR 514.51.

**31** Aufgrund von Art. 109 Abs. 1 zweiter Teilsatz MStG («andere anerkannte Gesetze und Gebräuche des Krieges») untersteht jede Verletzung gewohnheitsrechtlicher Verhaltensnormen des HVR dem schweizerischen Militärstrafrecht. Hier soll kein Überblick über die Gesamtheit der heute in Kraft stehenden gewohnheitsrechtlichen Regeln folgen. Es sei jedoch daran erinnert, dass die Verletzung einer von der Schweiz im Zeitpunkt der Tat ratifizierten, staatsvertraglichen Regel nach Art. 109 Abs. 1 erster Teilsatz MStG geprüft werden muss. Zur Beurteilung als Gewohnheitsrecht bleiben damit nur die seltenen Fälle, in denen die gewohnheitsrechtliche Regel nicht von einer Konvention erfasst ist, die für die Schweiz in Kraft getreten ist.

So hat das Militärappellationsgericht 1A im Mai 2000 entschieden, dass das Übereinkommen vom 9. Dezember 1948 über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes gewohnheitsrechtliche Regeln enthalte, die damit in den Anwendungsbereich des Art. 109 Abs. 1 zweiter Teilsatz MStG fallen. Das Gericht hat jedoch entschieden, dass die in Ruanda vorherrschende Situation des internen Konfliktes eine Prüfung der Verletzung des völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts verbiete (vgl. Art. 108 Abs. 2 MStG), da kein von der Schweiz ratifiziertes Übereinkommen vorliege. Es wurde jedoch anerkannt, dass die Militärjustiz im Falle eines internationalen bewaffneten Konflikts zuständig gewesen wäre (Art. 108 Abs. 1 MStG), so beispielsweise in Ex-Jugoslawien, um den Vorwurf des Völkermordes zu prüfen, der als gewohnheitsrechtlich begründeter Tatbestand von der Schweiz noch nicht in ihrer Rechtsordnung festgeschrieben sei<sup>42</sup>. Da die Schweiz heute der besagten Konvention<sup>43</sup> beigetreten ist, erübrigt sich diese Frage. Offen ist weiterhin die Frage der Kompetenzordnung zwischen der zivilen und der militärischen Gerichtsbarkeit (Völkermord wird in Art. 264 StGB sanktioniert<sup>44</sup>), wozu Art. 221 MStG beizuziehen ist<sup>45</sup>.

#### C Anwendungsbereich in der Schweiz

**32** Alleine die Tatsache, dass irgendwo auf unserem Planeten eine der oben erwähnten Taten begangen wurde, begründet noch keine Zuständigkeit der Schweizer Behörden, diese zu verfolgen. Im Gegensatz zum StGB begründet

<sup>42</sup> Militärappellationsgericht 1A, Urteil vom 26. Mai 2000 i.S. *Niyonteze*, S. 28 f.

<sup>43</sup> SR 0.311.11.

<sup>44</sup> Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0; zum Völkermord vgl. Kapitel I.

<sup>45</sup> Die eidgenössischen Räte haben am 24. März 2000 eine Änderung des Art. 221 MStG verabschiedet (AS 2000 2728), die im Zeitpunkt des Verfassens dieses Beitrages vom Bundesrat noch nicht in Kraft gesetzt worden ist. Der geänderte Art. 221 Abs. 2 MStG sieht für den Fall der Konkurrenz zwischen Völkermord (Art. 264 StGB) und einer Verletzung des HVR den Vorrang der zivilen Instanzen vor den Militärgerichten vor.

das MStG keine Zuständigkeit aufgrund des Tatortes oder der Nationalität des Täters oder des Opfers (vgl. Art. 4 bis 6 StGB). Daher müssen zunächst die allgemeinen Zuständigkeitsregeln des MStG dessen Anwendbarkeit auf internationale Sachverhalte begründen, insbesondere auf Handlungen, die im Ausland von Ausländern gegen Ausländer begangen wurden.

#### 1 MStG und internationale Sachverhalte

**33** Das Militärstrafgesetz stellt gegenüber dem StGB eine Spezialregelung dar. Das Militärstrafgesetz regelt Verstösse, die in einem besonderen Zusammenhang mit dem militärischen Leben oder den militärischen Interessen stehen. Dem Gesetz unterstehen gewisse Personenkategorien, die nach Massgabe der militärischen Lage –normale Zeit, aktiver Dienst, Kriegszeit (vgl. Art. 2 bis 4 MStG)– variieren.

**34** Was die Verletzungen des humanitären Völkerrechts im Speziellen anbelangt, hält Art. 2 Ziff. 9 MStG folgendes fest:

«Dem Militärstrafrecht unterstehen (...) Zivilpersonen, die sich schuldig machen der Verletzung des Völkerrechts im Falle bewaffneter Konflikte (Art. 108 bis 114)».

**35** Der Begriff der «Zivilpersonen» darf nicht in seinem engeren Sinn verstanden werden. Im militärischen Kontext handelt es sich dabei um alle Personen, die nicht schweizerische Militärpersonen oder diesen im Sinne des Art. 2 Ziff. 1 bis 6 MStG gleichgestellte Personen sind. Diese Kategorie umfasst damit sowohl schweizerische und ausländische Zivilpersonen<sup>46</sup>, wie auch ausländische Militärpersonen<sup>47</sup>.

**36** Das Militärkassationsgericht, die oberste militärische Gerichtsinstanz der Schweiz, hat bestätigt, dass unter «Zivilpersonen» alle Personen zu verstehen sind, die keine schweizerischen Militärpersonen sind.

Zum Begriff der «Zivilpersonen» des Art. 2 Ziff. 9 MStG hat das Gericht ausgeführt: «worunter alle Personen zu verstehen sind, die nicht zum Militärdienst in der Schweiz verpflichtet sind»<sup>48</sup>.

<sup>46</sup> Die Nationalität des Täters ist nicht massgebend: KURT HAURI (FN 16), S. 66; ROBERT ROTH/MARC HENZELIN (FN 15), S. 187 f.

<sup>47</sup> JÜRIG VAN WIJNKOOOP (FN 5), S. 203. A.M. ROBERT ROTH/MARC HENZELIN (FN 15), S. 196 ff.

<sup>48</sup> Militärkassationsgericht, Urteil vom 27. April 2001 i.S. *Niyonteze*, Erw. 3c (freie Übersetzung). Aus dem Entscheid geht auch hervor: «Es ist auch nicht bestritten, dass der ausländische Täter, der gegenüber ausländischen Personen Kriegsrecht verletzt hat (...) in Anwendung von Art. 109 MStG von der schweizerischen Gerichtsbarkeit verfolgt und verurteilt werden

**37** Zum territorialen Geltungsbereich des Militärstrafrechts hält Art. 9 Abs. 1 MStG unter der Marginalie «Räumliche Geltung» folgendes fest:

«Nach diesem Gesetz werden die in der Schweiz und die im Ausland begangenen strafbaren Handlungen beurteilt».

So bleibt das MStG auch anwendbar, wenn strafbare Handlungen ausserhalb des schweizerischen Territoriums begangen werden.

#### 2 Sachlicher Anwendungsbereich des Art. 109 MStG

**38** Die oben geprüften Verletzungen unterstehen der Militärgerichtsbarkeit nicht allein aufgrund des (möglicherweise im Ausland oder gar von einer Zivilperson) erfüllten Tatbestands. Die Anwendung des Art. 109 MStG setzt weiter voraus, dass der Zusammenhang, in dem sich die Handlungen abspielen, klar abgegrenzt ist. Der mit der Marginalie «Anwendungsbereich» versehene Art. 108 MStG, der für die Art. 109 bis 114 MStG massgebend ist, lautet wie folgt:

«1. Die Bestimmungen dieses Abschnittes finden Anwendung im Falle erklärter Kriege und anderer bewaffneter Konflikte zwischen zwei oder mehreren Staaten; ihnen gleichgestellt sind Neutralitätsverletzungen und deren Zurückweisung mit Gewalt.

2. Die Verletzung internationaler Abkommen ist überdies strafbar, wenn die Abkommen einen weiteren Anwendungsbereich vorsehen».

##### a. Internationale bewaffnete Konflikte

**39** Gemäss Art. 108 Abs. 1 MStG ist Art. 109 MStG auf alle Fälle des erklärten oder nicht erklärten Krieges und auf andere bewaffnete Konflikte anwendbar. Vorausgesetzt ist jedoch, dass sie einen internationalen Charakter aufweisen. Die Qualifikation als internationaler Krieg oder bewaffneter Konflikt ist daher für die Anwendbarkeit dieser Bestimmung entscheidend<sup>49</sup>.

**40** Dem internationalen «bewaffneten Konflikt» kommt als Begriff dieselbe Bedeutung zu, wie demjenigen im gemeinsamen Art. 2 der GK. Dieser umfasst jeden Streit zwischen zwei Staaten, in den Mitglieder der bewaffneten

kann» (freie Übersetzung). Das Urteil ist unter [www.vbs.admin.ch/internet/OA/Download/N.pdf](http://www.vbs.admin.ch/internet/OA/Download/N.pdf) verfügbar (Stand am 1. August 2003).

<sup>49</sup> ROBERT ROTH/MARC HENZELIN (FN 15), S. 189.

Streitkräfte verwickelt sind, unabhängig von der Intensität, Dauer und Opferzahl des Konflikts und davon, ob eine der Parteien den Kriegszustand bestreite<sup>50</sup>.

Militärgericht Division 1, Urteil vom 18. April 1997 i.S. G.

Der bewaffnete Konflikt in Ex-Jugoslawien ist kurz nach der Unabhängigkeitserklärung Sloweniens und Kroatiens vom 25. Juni 1991 zwischen der Armee der Föderalen Republik Jugoslawien und derjenigen Sloweniens und Kroatiens ausgebrochen. Dieser bewaffnete Konflikt muss als interner qualifiziert werden, da die Unabhängigkeitserklärungen auf Antrag der Europäischen Gemeinschaft während drei Monaten suspendiert wurden. Mit Ablauf dieser Frist, am 7. Oktober 1991, hat Slowenien mit Wirkung auf dasselbe Datum seine Unabhängigkeit erklärt, worauf Kroatien mit Wirkung ab 8. Oktober 1991 folgte. Der bewaffnete Konflikt in Ex-Jugoslawien muss daher ab dem 8. Oktober 1991 als international qualifiziert werden, da diese zwei Staaten zu diesem Zeitpunkt unabhängig waren.

**41** Die Verletzung der Neutralität betrifft Handlungen, die gegen einen neutralen Staat gerichtet sind, d.h. eine Partei, die nach Ausbruch der Kampfhandlungen zwischen den kriegsführenden Parteien ausserhalb des Konfliktes bleibt. Die Verletzung besteht in Handlungen, welche das Recht des neutralen Staates auf Respekt seiner territorialen Integrität oder sein Recht, mit allen anderen Staaten friedliche Beziehungen zu unterhalten, verletzen<sup>51</sup>. Da diese Verletzung das Bestehen eines bewaffneten Konflikts voraussetzt, muss Art. 108 Abs. 1 ab initio MStG jedenfalls zur Anwendung gelangen.

b. Nicht internationale bewaffnete Konflikte und kampflöse Besetzung von Gebieten

**42** Auf der Grundlage von Art. 108 Abs. 2 MStG können nicht nur Normverletzungen in Kriegszeiten zwischen Staaten verfolgt werden, sondern – unabhängig von Kampfhandlungen – auch diejenigen, die während der Besetzung von Gebieten, die auf keinen Widerstand stossen, begangen werden (Art. 2 Abs. 2 der GK)<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> JEAN PICTET, Les Conventions de Genève du 12 août 1949, Commentaire (I), S. 34.

<sup>51</sup> PETER POPP (FN 3), S. 543.

<sup>52</sup> KURT HAURI (FN 16), S. 365.

**43** Derselbe Art. 108 Abs. 2 MStG eröffnet auch den Weg zur Bestrafung von Verletzungen des HVR im Falle eines bewaffneten Konfliktes, der keinen internationalen Charakter aufweist<sup>53</sup>. Dies ermöglicht insbesondere die Verfolgung von Zuwiderhandlungen gegen den gemeinsamen Art. 3 der GK und das Prot. II<sup>54</sup>.

**44** Der Begriff des nicht internationalen bewaffneten Konfliktes setzt feindliche Handlungen zwischen Armeestreitkräften oder organisierten bewaffneten Gruppen in ein und demselben Staat voraus<sup>55</sup>. Nach Art. 1 Abs. 1 Prot. II, dessen sachlicher Anwendungsbereich etwas enger gefasst ist als derjenige in Art. 3 der GK<sup>56</sup>, findet das Prot. II «auf alle bewaffneten Konflikte Anwendung, (...) die im Hoheitsgebiet einer Hohen Vertragspartei zwischen deren Streitkräften und abtrünnigen Streitkräften oder anderen organisierten bewaffneten Gruppen stattfinden, die unter einer verantwortlichen Führung eine solche Kontrolle über einen Teil des Hoheitsgebiets der Hohen Vertragspartei ausüben, dass sie anhaltende, koordinierte Kampfhandlungen durchführen und dieses Protokoll anzuwenden vermögen.» Der Begriff der Streitkräfte muss im weitesten Sinne verstanden werden, um alle Formen bewaffneter Streitkräfte zu erfassen. Es müssen selbst jene Kräfte dazugezählt werden, die nach gewissen nationalen Regelungen nicht als Armee gelten (Nationalgarde, Zoll, Polizeikräfte oder jeder ähnliche Verband)<sup>57</sup>. Die «verantwortliche Führung» bedingt eine gewisse Organisation der bewaffneten aufständischen Gruppen oder der abtrünnigen Streitkräfte. Eine mit den ordentlichen Streitkräften vergleichbare hierarchische militärische Organisation ist jedoch nicht Voraussetzung. Es genügt bereits, wenn die Organisation es ermöglicht,

<sup>53</sup> MARCO SASSOLI (FN 14), S. 165, der hervorhebt, dass der Gesetzgeber sich seinerzeit dessen bewusst war: vgl. BBl 1967 I 586.

<sup>54</sup> Obwohl die Ratifikation der Protokolle I und II nach der Revision des Art. 108 MStG erfolgte, können die von ihnen verbotenen Handlungen aufgrund dieser Bestimmung bestraft werden: BBl 1999 5345. Vgl. auch Militärgericht der 2. Division, Urteil vom 30. April 1999 i.S. *Niyonteze*, S. 120.

<sup>55</sup> ICTR (1. Kammer), Urteil vom 27. Januar 2000 i.S. *Musema*, § 248: «So fallen nationale Spannungen oder nationale Unruhen, die durch vereinzelt auftretende Gewaltakte gekennzeichnet sind, nicht unter den Begriff des bewaffneten Konflikts im juristischen Sinne, selbst wenn die Regierung gezwungen ist, auf die Polizei- oder gar die Armeestreitkräfte zurückzugreifen, um die öffentliche Ordnung wiederherzustellen. Mit diesen Einschränkungen gelten als nicht internationale bewaffnete Konflikte jene Situationen, in denen feindliche Handlungen zwischen Streitkräften oder bewaffneten organisierten Gruppen in ein und demselben Staat erfolgen» (freie Übersetzung).

<sup>56</sup> Der allen GK gemeinsame Art. 3 nennt nämlich keine Voraussetzungen bezüglich der Organisation der Streitkräfte, die unter einer verantwortlichen Führung stehen und einen Teil des Gebietes tatsächlich besetzen.

<sup>57</sup> YVES SANDOZ (Hrsg.), Commentaire des protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949, CICR, Genève 1986, S. 1376.

aufgrund eines Planes dauernde und abgestimmte Militäroperationen zu entwerfen und durchzuführen, und sie das Auferlegen einer gewissen Disziplin erlaubt<sup>58</sup>.

**45** Unter diesen Voraussetzungen ist die Anwendbarkeit des HVR in internen bewaffneten Konflikten ab deren Beginn gegeben und endet über die Beendigung der Kampfhandlungen hinaus erst mit der Erzielung einer friedlichen Einigung<sup>59</sup>.

Militärgericht Division 2, Urteil vom 30. April 1999 i.S. *Niyonteze*  
Aufgrund der Erläuterungen von Zeugen und Sachverständigen, die angehört wurden, sowie der historischen Studien, die gesichtet wurden, erachtet das Gericht den Bürgerkrieg in Ruanda zum Zeitpunkt der dem Angeklagten vorgeworfenen Handlungen nicht als internationalen bewaffneten Konflikt, der sich zwischen zwei oder mehreren Staaten abspielt, sondern vielmehr als innerstaatlichen bewaffneten Konflikt, in welchem die Streitkräfte Ruandas einer dissidenten bewaffneten Gruppe, der «Front patriotique rwandais», gegenüberstanden<sup>60</sup>.

**46** Geographisch bezieht sich das Verbot gewisser Handlungen aufgrund des HVR auf das gesamte Staatsgebiet, in dem die feindlichen Handlungen stattfinden. Einzelne Bestimmungen sprechen von «jedenorts» (vgl. Art. 3 der GK), worunter nicht nur die Front oder der enge geographische Kontext des Schauplatzes der effektiven Kampfhandlungen zu verstehen sind, sondern das gesamte Staatsgebiet, in dem die feindlichen Handlungen erfolgen<sup>61</sup>.

**47** Die Art. 108 ff. MStG finden jedoch keine Anwendung «auf Fälle innerer Unruhen und Spannungen wie Tumulte, vereinzelt auftretende Gewalttaten und andere ähnliche Handlungen (...), die nicht als bewaffnete Konflikte gelten» (Art. 1 Abs. 2 Prot. II).

### 3 Persönlicher Anwendungsbereich

**48** Ist der sachliche Anwendungsbereich der massgebenden Vorschriften des

<sup>58</sup> ICTR (1. Kammer), Urteil vom 27. Januar 2000 i.S. *Musema*, § 257.

<sup>59</sup> ICTY (Berufungskammer), Urteil vom 10. August 1995 bezüglich der Berufung der Verteidigung mit der prozessualen Einwendung der Unzuständigkeit i.S. *Tadic*, § 70.

<sup>60</sup> Bestätigt vom Militärappellationsgericht 1A mit Urteil vom 26. Mai 2000 i.S. *Niyonteze*, S. 33 f.

<sup>61</sup> Militärappellationsgericht 1A, Urteil vom 26. Mai 2000 i.S. *Niyonteze*, S. 32; ICTR (1. Kammer), Urteil vom 27. Januar 2000 i.S. *Musema*, §§ 282 ff.

Kriegsrechts für einen Konflikt gegeben und besteht die Möglichkeit der Verfolgung durch die Schweiz, begründet dies noch nicht die Zuständigkeit der Schweizer Behörden zur Verfolgung sämtlicher im HVR definierten Verletzungen. Es sei daran erinnert, dass Art. 2 Ziff. 9 MStG «Zivilpersonen» nur dem MStG unterstellt, wenn sie sich gerade einer Verletzung des HVR schuldig machen. Letzteres hat jedoch nur die persönliche Verantwortlichkeit des Täters zur Folge, wenn dessen Handlung einen gewissen Zusammenhang (*nexus*) zum bewaffneten Konflikt aufweist.

**49** Im Fall *Niyonteze* hat das Militärkassationsgericht entschieden, dass zur Erfüllung der Voraussetzungen des Art. 3 der GK oder des Art. 4 des Prot. II der Tatverdächtige besondere Eigenschaften aufweisen muss: «Die Anwendung des gemeinsamen Art. 3 und Art. 4 des Prot. II –im Rahmen von Art. 109 MStG– setzt im Weiteren voraus, dass die Handlungen (und ihr Urheber) in einem gewissen Zusammenhang mit dem bewaffneten Konflikt stehen, denn das humanitäre Völkerrecht bezieht sich nicht auf jede Verletzung des Lebens im Gebiet eines Landes, das von einem solchen Konflikt gebeutelt wird»<sup>62</sup>.

**50** Dieser Zusammenhang muss allerdings nicht besonders eng sein. Gemäss Militärkassationsgericht unterstehen den genannten Bestimmungen alle Personen, insbesondere Zivilpersonen, die Kriegsbemühungen unterstützen und umsetzen und dazu aufgrund ihrer Eigenschaft als Staatsverantwortliche oder Staatsbeamte, als Inhaber einer verantwortungsvollen Stellung oder als *de facto* Repräsentant der Regierung hierzu gehörig beauftragt sind oder dies von ihnen erwartet wird. Dies war die vom ICTR gewählte Definition, bevor diese abgeschwächt wurde<sup>63</sup>.

**51** Das heisst, dass nicht nur diejenigen Personen betroffen sind, denen die effektive Kriegsführung zukommt. Die Adressaten der Norm müssen daher bestimmt werden. Mit Blick auf den Schutzzgedanken der Bestimmung könnten daher nebst den Mitgliedern der Streitkräfte auch folgende Personen erfasst sein: Beauftragte für den Transport, den Nachschub oder die Administration des besetzten Gebiets oder der Gefangenenlager, die Polizei-

<sup>62</sup> Militärkassationsgericht, Urteil vom 27. April 2001 i.S. *Niyonteze*, Erw. 9a (freie Übersetzung).

<sup>63</sup> Die Berufungskammer des ICTR (Urteil vom 1. Juni 2001 i.S. *Akayesu*, §§ 432-445) hat einen früheren Entscheid umgestossen, der einen direkten Zusammenhang zwischen der Verletzung und dem bewaffneten Konflikt forderte, und somit den Anwendungsbereich der GK auf Personen beschränkte, die Funktionen innerhalb der Streitkräfte oder der Zivilregierung innehaben.



oder Justizorgane etc.<sup>64</sup> Der Pflicht zur Pflege der Verwundeten (Art. 3 der GK, Art. 7 Prot. II) bliebe zum Beispiel keinerlei Gehalt, wenn das medizinische Personal nicht als Normadressat betrachtet würde<sup>65</sup>. Die Eigenschaft als Zivil- oder Militärperson ist folglich an sich nicht massgebend.

In einer weiten Auslegung (die schweizerischen Gerichte wenden Art. 109 MStG nämlich autonom an) erlaubte diese Definition insbesondere, Niyonteze, sog. staatlicher Bürgermeister, als persönlichen Adressaten der Vorschriften des HVR zu betrachten. Denn im institutionellen System Ruandas wird der Bürgermeister als Staatsbeamter behandelt. Selbst in Ermangelung militärischer Kompetenzen ergab sich aus den Akten, dass Niyonteze von Soldaten begleitet wurde, über die er eine gewisse Autorität ausübte. Mit seinen Handlungen als oberster Verantwortlicher der Staatsverwaltung auf Gemeindeebene beabsichtigte er die vorbehaltlose Kollaboration mit den Operationen der staatlichen oder parastaatlichen – namentlich extremistischen – Milizen, um Personen zu töten, denen die Unterstützung des Gegners vorgeworfen wurde. Der Zusammenhang zwischen den begangenen Verletzungen und dem bewaffneten Konflikt ist demnach genügend erstellt<sup>66</sup>.

52 Art. 109 StGB ist eine unabhängige Strafnorm, auf die die allgemeinen Begriffe der Mittäterschaft, Gehilfenschaft und Anstiftung Anwendung finden<sup>67</sup>. Durch den Verweis auf das HVR erweitert Art. 109 MStG in Fällen, wo der Täter wegen Handlungen, die in den Verantwortungsbereich des Vorgesetzten fallen, belangt wird, sogar den Täterkreis auf die dem Täter hierarchisch übergeordneten Personen. Art. 86 Abs. 2 Prot. I sieht vor:

«Wurde eine Verletzung der Abkommen oder dieses Protokolls von einem Untergebenen begangen, so enthebt dies seine Vorgesetzten nicht ihrer strafrechtlichen beziehungsweise disziplinarrechtlichen Verantwortlichkeit, wenn sie wussten oder unter den gegebenen Umständen auf Grund der ihnen vorliegenden Informationen darauf schliessen konnten, dass der Untergebene eine solche Verletzung beging oder begehen würde, und wenn sie nicht alle in ihrer Macht stehenden, praktisch möglichen Massnahmen getroffen haben, um die Verletzung zu verhindern oder zu ahnden».

<sup>64</sup> PETER POPP (FN 3), S. 540 f.

<sup>65</sup> MARCO SASSOLI (FN 14), S. 173.

<sup>66</sup> Militärkassationsgericht, Urteil vom 27. April 2001 i.S. *Niyonteze*, Erw. 9c.

<sup>67</sup> Militärappellationsgericht 1A, Urteil vom 26. Mai 2000 i.S. *Niyonteze*, S. 38.

53 Gemäss ICTY ist der Grundsatz, dass militärische oder andere Vorgesetzte für Handlungen ihrer Untergebenen strafrechtlich verantwortlich gemacht werden können, fest im Staatsvertrags- und Gewohnheitsrecht verankert<sup>68</sup>.

54 Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass jeder im weitesten Sinne am Konflikt Beteiligte eine Verletzung des HVR begehen kann, wenn eine Person oder ein Gut, die oder das in seinen Schutzbereich fällt, betroffen ist. Vorausgesetzt ist einerseits, dass der Täter Adressat der Verhaltensnorm ist und andererseits, dass das Opfer durch die anwendbaren Bestimmungen geschützt wird.

55 Die anwendbaren Bestimmungen legen den Kreis von Personen, denen Opfereigenschaft zukommt, fest. Am Kampf Beteiligte und Zivilpersonen sind unterschiedlich und entsprechend den Umständen des Falles geschützt. So ist ein am Kampf Beteiligter geschützt, wenn er in die Hände des Feindes gerät (Art. 4 GK III). Ist er verletzt oder krank, gilt der Schutz auch für den Soldaten zu Land und zur See<sup>69</sup>. Gleiches gilt für die Zivilpersonen (Art. 4 GK IV), entsprechend den Umständen und ihrer Nationalität<sup>70</sup>. Im Falle eines internen bewaffneten Konflikts sind alle am Konflikt nicht (mehr) beteiligten Personen gegen die in Art. 3 der GK und im Prot. II beschriebenen Handlungen geschützt.

Militärappellationsgericht 1A, Urteil vom 26. Mai 2000 i.S. *Niyonteze*  
«Der gemeinsame Art. 3 schützt Personen, die nicht direkt an den Kampfhandlungen teilnehmen, einschliesslich der Mitglieder der Streitkräfte, die ihre Waffen niedergelegt haben und Personen, die ausser Gefecht gesetzt wurden. Diese Bestimmung, die einen äusserst weiten Anwendungsbereich hat, richtet sich sowohl an die Mitglieder der Streitkräfte als auch an Personen, die an den Kampfhandlungen nicht teilnehmen, aber insbesondere an Zivilpersonen, das heisst, diejenigen, die keine Waffen tragen (...).

Art. 2 Abs. 2 des Protokolls II findet auf alle Personen Anwendung, die im Sinne von Art. 1 von einem bewaffneten Konflikt betroffen sind. Darunter sind insbesondere jene Personen zu verstehen, die nicht

<sup>68</sup> ICTY (Berufungskammer), Urteil vom 20. Februar 2001 i.S. *Delalic et al.*, § 195; vgl. Art. 28 Statut IStGH.

<sup>69</sup> Vgl. Art. 13 GK I und Art. 13 GK II.

<sup>70</sup> JEAN PICTET (FN 50), Commentaire (IV), S. 52: «*si l'on s'en tient aux grandes lignes, on retiendra qu'il y a deux catégories principales de personnes protégées: d'une part, les "ressortissants ennemis" sur le territoire national de chacune des Parties au conflit et, d'autre part, "l'ensemble de la population" (à l'exclusion toutefois des nationaux de la Puissance occupante) dans les territoires occupés*».

–oder nicht mehr– an Kampfhandlungen teilnehmen und an die sich die Schutznormen des Protokolls richten, sowie jene Personen, die im Lande des Konfliktes wohnen, unabhängig von deren Nationalität oder Status, Flüchtlinge und Staatenlose eingeschlossen» (S. 34 f.; freie Übersetzung).

## D Strafverfolgung in der Schweiz

### 1 Einleitung der Verfolgung und Strafverfolgungsbehörde

56 Art. 218 MStG hält folgendes fest:

«Untersteht eine Person dem Militärstrafrecht, so ist sie (...) der Militärgerichtsbarkeit unterworfen» (Abs. 1) und «Diese Unterstellung gilt auch, wenn die strafbare Handlung im Ausland begangen wird» (Abs. 2).

Die Militärjustiz ist folglich unter Vorbehalt von Art. 221 MStG zur Beurteilung der Verletzungen von Art. 109 MStG zuständig.

57 Verstösse gegen den Art. 109 MStG werden von Amtes wegen verfolgt. Es ist daher nicht notwendig, dass ein Opfer Klage einreicht, um die Strafverfolgung einzuleiten. Dieser Umstand hindert das Opfer von Verletzungen gegen das HVR jedoch selbstverständlich nicht daran, die zuständige Behörde vom Sachverhalt in Kenntnis zu setzen, um die Verfolgung einzuleiten. Auch jeder Dritte ist zur Anzeige solcher Tatsachen befugt<sup>71</sup>.

58 Der Oberauditor der Armee –ein hoher Beamter vom Grad eines Brigadiers an der Spitze der Militärjustiz (Art. 17 MStP<sup>72</sup>)– ist die Behörde, welche Klagen und Anzeigen entgegennimmt. Der Oberauditor ist demnach befugt, einen militärischen Untersuchungsrichter mit der Angelegenheit zu betrauen<sup>73</sup>.

59 Der Entscheid, die Eröffnung eines Verfahrens nicht durch die Betrauung eines Untersuchungsrichters anzuordnen, kann mit Beschwerde beim Chef des Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport angefochten

<sup>71</sup> BERNHARD STRÄULI (FN 10), S. 222.

<sup>72</sup> Militärstrafprozess vom 23. März 1979 (MStP), SR 322.1

<sup>73</sup> Art. 101 Abs. 3 MStP, in Verbindung mit Art. 39 Abs. 1 der Verordnung über die Militärstrafrechtspflege vom 24. Oktober 1979 (MStV), SR 322.2.

werden (Art. 39 MStV). Beschwerdelegitimiert sind der Kläger und der Anzeiger.

60 Die Frage der Zuständigkeit der militärischen Behörden könnte sich stellen, wenn die Verletzungen des HVR mit Verletzungen konkurrieren, die von der zivilen Justiz verfolgt werden. Gemäss Art. 221 MStG, in dem zur Zeit der Verfassung dieses Beitrags aktuellen Wortlaut<sup>74</sup>, entscheidet der Bundesrat, ob in einem solchen Fall die Zuweisung der Beurteilung sämtlicher Verletzungen an die Militärgerichte oder an die zivilen Gerichte erfolgt. Diese Kompetenz hat der Bundesrat an den Oberauditor delegiert. Hierzu regelt Art. 46 Abs. 2 MStV Folgendes:

«Sind an der Straftat des Beschuldigten Personen beteiligt, die der zivilen Strafgerichtsbarkeit unterstehen, oder hat der Beschuldigte auch noch strafbare Handlungen begangen, für die zivile Strafbehörden zuständig sind, so legt der Untersuchungsrichter die Akten mit seinem Antrag dem Oberauditor vor. Dieser fällt den durch die Artikel 220 und 221 des Militärstrafgesetzes dem Bundesrat zugewiesenen Entscheid. Überträgt er den Fall den militärischen Strafbehörden, so dehnt der Untersuchungsrichter die Voruntersuchung entsprechend aus».

### 2 Anwesenheit des mutmasslichen Täters in der Schweiz

61 Es ist allgemein anerkannt, dass die Einleitung der Strafverfolgung im Militärstrafrecht nicht vom Opportunitätsprinzip, sondern vom Legalitätsprinzip bestimmt wird<sup>75</sup>. «*Si une infraction parvient à la connaissance de l'auditeur en chef, et qu'il y a suffisamment d'indices objectifs, une enquête doit être ordonnée conformément au principe de la légalité des poursuites*»<sup>76</sup>.

62 Sofern das Gesetz nichts dergleichen vorsieht, sollte dem Oberauditor der Armee daher keinerlei Beurteilungsspielraum in der Frage, ob ein Verfahren eröffnet wird oder nicht, zukommen. Er soll daher nicht etwa die Eröffnung eines Verfahrens von der Anwesenheit des Tatverdächtigen in der Schweiz abhängig machen können. Dieser Frage werden sich die Eidgenössischen Räte in nächster Zukunft annehmen. Der Bundesrat hat dem Parlament kürzlich einen Entwurf einer Änderung des Militärstrafprozesses mit einem

<sup>74</sup> Vgl. FN 45.

<sup>75</sup> BERNHARD STRÄULI (FN 10), S. 223.

<sup>76</sup> JÜRIG VAN WIJNKOP (FN 5), S. 207.

neuen Artikel 9 Abs. 1<sup>bis</sup> MStG zukommen lassen (BBI 2003 767). Falls der Entwurf in dieser Form angenommen werden sollte, so wäre das Schweizer Recht nur anwendbar, falls sich der Täter in der Schweiz befindet und nicht ans Ausland ausgeliefert oder an ein internationales Strafgericht überstellt werden kann.

**63** Bis zur Klärung durch den Gesetzgeber bleibt die Frage, ob das Prinzip der universellen Zuständigkeit –das von gewissen Autoren selbst in Frage gestellt wird– auch die Verfolgung einer Person zulässt, die der Begehung internationaler Straftaten verdächtigt wird, sich jedoch ausserhalb des Territoriums des verfolgenden Staates befindet, Gegenstand heftiger Debatten.

**64** Diese Streitfrage berührt zwei Aspekte. Der erste ist völkerrechtlicher Natur: *Verpflichtet* das Völkerrecht die Staaten zur Verfolgung internationaler Delikte selbst in Abwesenheit des mutmasslichen Täters, *erlaubt* oder *verbietet* es eine solche Verfolgung? Kann letztere Alternative ausgeschlossen werden, bleibt die Prüfung der vorgesehenen Regelung im nationalen Recht, was den zweiten Aspekt betrifft.

**65** So muss in einem ersten Schritt kurz geklärt werden, ob das Völkerrecht den Staaten verbietet, nationale Verfolgungshandlungen einzuleiten, die sich gegen eine Person richten, die der Verletzung des HVR verdächtigt wird und sich nicht in dem betreffenden Staat aufhält.

**66** Was die schweren Verletzungen der GK anbelangt, weist Henzelin darauf hin, dass *«le texte même des Conventions de Genève de 1949 n'impose pas la présence sur le territoire d'un Etat pour que celui-ci puisse, voire doive, rechercher les responsables de crimes graves contre l'humanité»*<sup>77</sup>. Ein weiterer Autor führt aus, dass *«[I]e droit international met à la charge des Etats une obligation de recherche des auteurs de ces infractions. La recherche semble supposer que les Etats adoptent une attitude active, non seulement à la demande ou sur l'indication d'un Etat mais aussi d'office. Il semble en résulter que rien n'interdit à l'Etat d'entreprendre des démarches pour agir si la personne ne se trouve pas encore sur son territoire»*<sup>78</sup>.

<sup>77</sup> MARC HENZELIN, *Le principe de l'universalité en droit pénal international*, Helbing & Lichtenhahn, Genf 2000, S. 354.

<sup>78</sup> MIKAËL BENILLOUCHE, *«Droit français»*, in *Juridictions nationales et crimes internationaux* (FN 19), S. 182.

**67** In einem anderen Beitrag hält Henzelin fest: *«on ne voit également pas très bien ce qui empêcherait un Etat de procéder à certaines investigations ou recherches préliminaires pour recueillir des preuves, y compris si l'auteur présumé ne se trouve pas sur son territoire –et a fortiori si les autorités de cet Etat ne savent pas s'il est présent, ne serait-ce que pour vérifier s'il est présent. Il serait notamment aberrant que des victimes ne puissent même pas déposer plainte ou faire enregistrer leur déposition (...), ou même qu'un Procureur ou un Juge d'instruction ne puisse ouvrir un dossier pénal avant que la présence de l'auteur sur le territoire de l'Etat soit avérée»*<sup>79</sup>.

**68** Gemäss den GK besteht ausserdem keinerlei Verpflichtung, dass der Verdächtige, der in einem am Konflikt nicht beteiligten Staat verhaftet und dort nicht abgeurteilt wird, ausschliesslich dem Staat übergeben werden soll, der dazu nach den herkömmlichen Anknüpfungskriterien (Territorialitätsprinzip, aktives oder passives Personalitätsprinzip, Schutzprinzip) zuständig ist. Zu folgen ist daher Sandoz' Meinung, dass die Staaten in keiner Weise zur ausschliesslichen Auslieferung des Verdächtigen an denjenigen Staat verpflichtet sind, in dessen Territorium die Handlungen begangen wurden<sup>80</sup>. Eine solche Auslieferung mag gewiss als vorrangig betrachtet werden (Art. 88 Abs. 2 Prot. I). Beabsichtigt der Staat, in dem die Handlungen begangen wurden, jedoch keine (ernsthafte) Verfolgung des Verdächtigten, könnte dessen Auslieferung durch einen an der Verfolgung nicht interessierten Staat auch an einen Drittstaat erfolgen. Dieser Drittstaat folgt damit überdies –im Sinne des gemeinsamen Art. 1 der GK– seiner Pflicht, die «Einhaltung» der GK «durchzusetzen»<sup>81</sup>. Er wird dabei selbst zu einer «an der Verfolgung interessierte Vertragspartei», im Sinne des Abs. 2 der Art. 49 GK I, 50 GK II, 129 GK III und 146 GK IV.

**69** Befindet sich der Angeklagte demnach im Territorium eines an seiner Verfolgung nicht interessierten Staates, so kann mangels Pflicht zur ausschliesslichen Auslieferung an den gemäss traditionellen

<sup>79</sup> MARC HENZELIN, *«La compétence pénale universelle. Une question non résolue par l'arrêt Yerodia»*, in *RGDIP* 2002/4, p. 843.

<sup>80</sup> YVES SANDOZ (FN 57), S. 1052; so auch MARC HENZELIN (FN 79), S. 845: *«la plupart des conventions ne restreignent d'ailleurs pas le cercle des Etats qui peuvent demander l'extradition à ceux et seulement ceux qui entendent exercer un titre de compétence ordinaire»*, das heisst die Zuständigkeit, die auf dem Territorialitätsprinzip, auf dem aktiven oder gar passiven Personalitätsprinzip oder dem Schutzprinzip beruht.

<sup>81</sup> Vgl. LUIGI CONDORELLI/LAURENCE BOISSON DE CHAZOURNES, *«Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de "respecter et faire respecter" le droit international humanitaire "en toutes circonstances"»*, in *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Christophe Swinarski (Hrsg.), M. Nijhoff, Dordrecht 1984.

Anknüpfungspunkten zuständigen Staat ein Drittstaat –zum Beispiel die Schweiz– zur Verfolgung zuständig sein. Da sich der Angeklagte physisch jedoch nicht gleichzeitig in zwei Staatsterritorien befinden kann, muss davon ausgegangen werden, dass dieser Drittstaat auch ohne Aufenthalt des Angeklagten in seinem Territorium zuständig ist. Wenn der betreffende Staat ein Auslieferungsgesuch erhält, kommt er seiner staatsvertraglichen Pflicht nach, indem er den Verdächtigen dem Drittstaat, in unserem Fall der Schweiz, übergibt. Vorausgesetzt ist, dass « ausreichende Beschuldigungen » gegen den Verdächtigen bestehen. Das Auslieferungsgesuch des Drittstaates muss in diesem Fall als Erklärung seines Verfolgungsinteresses betrachtet werden, das von der universellen Zuständigkeit vorausgesetzt wird<sup>82</sup>.

**70** Im Ergebnis ist daher, für den Fall dass eine schwere Verletzung der GK vorliegt und noch nicht feststeht, ob sich der Angeklagte auf dem Territorium des Drittstaates befindet, folgendes festzuhalten: ein nach üblichen Anknüpfungsregeln nicht zuständiger Drittstaat wird vom Völkerrecht nicht daran gehindert –vielmehr wird das Gegenteil zutreffen– die strafrechtliche Verfolgung einzuleiten. Das nationale Recht hat diesen Fall zu regeln und zu konkretisieren. Es bleibt hier zu prüfen, ob der schweizerische Gesetzgeber eine solche Möglichkeit vorgesehen hat.

**71** Als erstes fällt auf, dass das Militärstrafrecht keine dem Art. 6<sup>bis</sup> oder 264 StGB entsprechende Regelung kennt. Der Aufenthalt in der Schweiz ist gemäss diesen Bestimmungen eigentliche Voraussetzung der Zuständigkeit von Schweizer Behörden.

**72** Die Tatsache, dass ein Prozess *in absentia* (Art. 131 Abs. 2 und 155 MStP) durchgeführt werden kann, bedeutet noch nicht, dass das Verfahren anfänglich in Abwesenheit des Betroffenen eingeleitet werden kann.

**73** Unter dem Abschnitt « Gerichtsstand » sieht Art. 29 MStP folgendes vor:

« 1. Wurde die strafbare Handlung im Ausland begangen und ist der

<sup>82</sup> Vgl. MARC HENZELIN (FN 79), S. 842: « *En émettant un mandat d'arrêt international, [un pays] a-t-[il] déjà véritablement exercé sa compétence selon le principe de l'universalité ou n'a-t-[il] pas plutôt posé les conditions qui dev[r]aient lui permettre, une fois la présence de l'auteur sur son territoire assurée, de le poursuivre et de la juger "in presentia"* ». Nach dieser Sichtweise übt der Staat, der die Auslieferung beantragt, seine universelle Zuständigkeit nur dann reell aus, wenn ihm der mutmassliche Täter übergeben wird. So wird dogmatisch gesehen die gesamte Problematik der Ausübung der universellen Zuständigkeit bei fehlendem Aufenthalt des Täters im Gebiet des an der Verfolgung interessierten Staates ausgeklammert.

Gerichtsstand der Einteilung nicht gegeben, so ist das Gericht zuständig, in dessen Kreis der Beschuldigte zur Zeit der Einleitung des Verfahrens seinen Wohnsitz hat.

2. Hatte der Beschuldigte in diesem Zeitpunkt keinen Wohnsitz in der Schweiz, so ist das Gericht seines letzten schweizerischen Wohnsitzes, und, wenn er niemals in der Schweiz gewohnt hat, das Gericht des Kreises zuständig, in dem er festgenommen wurde.

3. Lässt sich der Gerichtsstand nach diesen Regeln nicht ermitteln, so bestimmt der Obergericht das zuständige Gericht ».

**74** Für den Fall, dass der Angeschuldigte nie Wohnsitz in der Schweiz hatte, erwähnt Art. 29 Abs. 2 MStP, dass das Gericht am Ort der Verhaftung für die Beurteilung des Falles zuständig ist. In den anderen Fällen wird auf den Ort des –zumindest letzten– Wohnsitzes in der Schweiz abgestellt.

**75** Ist damit nun ein Verfahren in der Schweiz gegen eine im Ausland befindliche Person möglich? Oder muss diese vielmehr « verhaftet » werden? Unserer Meinung nach drängt sich die erste Möglichkeit auf. Denn Art. 29 MStP regelt in keiner Weise die Frage der internationalen Zuständigkeit der Schweizer Behörden, sondern die örtliche Zuständigkeit des Gerichts zur Beurteilung des Falles<sup>83</sup>. Wie auch die Praxis gezeigt hat, ist die Lösung damit klar, wenn der Fremde auf Schweizer Territorium verhaftet wird. Art. 29 Abs. 1 oder 2 MStP erlaubt die Festlegung des zur Beurteilung zuständigen Gerichts, womit auch der mit der Untersuchung betraute Untersuchungsrichter bestimmt wird (vgl. Art. 106 Abs. 1 MStP). Wie verhält es sich jedoch, wenn der Verdächtige nicht verhaftet wurde, da er sich ausserhalb der Schweiz befindet? In diesem Fall kommt Art. 29 Abs. 3 MStP zur Anwendung. Dies führt zur Zuständigkeit des Untersuchungsrichters des vom Obergericht zu bestimmenden Gerichtsstandes. Zusammengefasst kann festgehalten werden, dass Art. 29 MStP keine Regelung der Eintretensvoraussetzungen in Bezug auf eine Klage oder Anzeige –oder genauer– keine Regelung der internationalen Zuständigkeit der schweizerischen Militärbehörden enthält. Er steht daher der Anordnung und Durchführung einer gerichtlichen Untersuchung bei fehlender Anwesenheit des Verdächtigen in keiner Weise entgegen.

<sup>83</sup> Im Gegensatz zu Art. 348 StGB, der sowohl die Zuständigkeit der Verfolgungs- wie auch der Justizbehörde regelt. Im Falle von Art. 6<sup>bis</sup> oder Art. 264 StGB wird es daher, wenn der Verdächtige sich nicht auf Schweizer Gebiet befindet, wohl nicht einmal möglich sein, eine Untersuchung zu eröffnen und durchzuführen (vgl. BGE 108 IV 145). Im Militärstrafrecht hingegen ist –mangels anderslautender ausdrücklicher Bestimmung– die Zuständigkeit der Verfolgungsbehörde nicht an den Aufenthalt des Verdächtigen in der Schweiz gebunden.

**76** Überdies legen weitere Bestimmungen nahe, dass sich der Betroffene im Zeitpunkt der Eröffnung der Untersuchung auch ausserhalb des Landes befinden kann. So lautet Art. 24 Abs. 2 MStV:

«Der direkte Verkehr mit Beschuldigten oder mit schweizerischen Vertretungen im Ausland ist verboten. Soll ein im Ausland lebender Schweizer über eine Beschuldigung orientiert werden, so ist die entsprechende Mitteilung dem Oberauditor zuzustellen, der für die Weiterleitung besorgt ist.»

**77** Die Anschuldigung eines im Ausland befindlichen Schweizer Bürgers ist folglich nicht verboten und die gegen ihn gerichtete Verfolgung somit *a fortiori* rechtmässig. Es ist nicht einsehbar, wieso es sich im Falle des verdächtigten Ausländers anders verhalten sollte<sup>84</sup>. Es ist vielmehr bekannt, dass das MStG der Verletzung des HVR verdächtige Personen nicht nach deren Nationalität unterscheidet. Art. 2 Ziff. 9 MStG findet sowohl auf schweizerische wie auf ausländische Zivilpersonen Anwendung. Es liegt kein ernsthafter Grund vor, der unter Ausschluss der Ausländer ausserhalb der Schweiz alleine die Verfolgung von Schweizer Bürgern im Ausland zulassen sollte.

**78** Zudem ist die schweizerische Militärjustiz –im Gegensatz zu den zivilen Strafbehörden– bei Verletzungen des HVR, die im Ausland begangen wurden, zuständig; und dies unabhängig vom Vorliegen irgendeines weiteren Anknüpfungskriteriums. Mangels expliziter anderslautender Bestimmung, wie sie das zivile Strafgesetzbuch kennt, scheint uns die Anwesenheit auf Schweizer Territorium folglich keine Voraussetzung zur Eröffnung einer Untersuchung darzustellen<sup>85</sup>.

**79** Der Eröffnung einer Untersuchung gegen einen Verdächtigen im Ausland steht damit grundsätzlich keine Bestimmung entgegen. Gleiches gilt für die Ausstellung eines internationalen Haftbefehls oder für ein späteres Auslieferungsgesuch.

<sup>84</sup> Der Beschränkung des Verweises in Art. 24 MStV auf die schweizerische Nationalität drängt sich aus logischer Sicht auf, da die Schweizer Behörden sich nicht direkt an Ausländer, die sich ausserhalb der Schweiz aufhalten, richten können, ohne die üblichen diplomatischen Wege zu benutzen. Ausser der Tatsache, dass eine Anschuldigung durchaus gegen einen Verdächtigen, der nicht in der Schweiz anwesend ist, erfolgen kann, lässt sich nichts Weiteres daraus ableiten.

<sup>85</sup> ROBERT ROTH/YVAN JEANNERET (FN 19), S. 289, scheinen zum selben Schluss zu gelangen, indem sie festhalten, dass, entgegen der prozessualen Regelung im Militärrecht, die Anwesenheit in der Schweiz für Verfahren nach zivilem Recht vorausgesetzt wird.

**80** Im Gegenteil erlaubt das Schweizer Recht trotz Legalitätsprinzip der Strafverfolgung die umsichtige Behandlung von missbräuchlichen Klagen und Anzeigen sowie solcher, die keine vernünftige Beurteilungsgrundlage ermöglichen. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn die Beweise niemals erstellt werden können, oder wenn die Verfolgung zu praktisch nichts führen würde. So regelt Art. 102 Abs. 1 MStP: «Sind einzelne Voraussetzungen einer Voruntersuchung nicht erfüllt, so wird eine vorläufige Beweisaufnahme angeordnet. Dies gilt vor allem, wenn: a) Beweismittel beschafft oder ergänzt werden müssen, insbesondere bei unbekannter Täterschaft und ungeklärtem oder verwickeltem Sachverhalt». Dies wird im Allgemeinen auf ein Verfahren gegen eine im Ausland befindliche Person zutreffen.

**81** Im Falle einer Untersuchung zur Vervollständigung der Beweise hat der Untersuchungsrichter einen Bericht über den festgestellten Sachverhalt und dessen rechtliche Würdigung zu verfassen. Darauf basierend beantragt er bei der zuständigen Behörde insbesondere, eine Voruntersuchung durchzuführen oder dem Verfahren keine weitere Folge zu geben (Art. 104 Abs. 2 MStP).

**82** Insbesondere in den folgenden Fallkonstellationen ist gut vorstellbar, dass der Untersuchungsrichter vorschlägt, dem Verfahren keine weitere Folge zu geben: wenn die Klage oder Anzeige nicht auf ernsthaften Indizien beruht; wenn Klage oder Anzeige die Identifikation des Verdächtigten, der sich ausserhalb der Schweiz befindet, nicht erlauben; oder wenn diese mit einem hängigen, rechtmässigen und ernsthaften Verfahren im Ausland konkurrieren. Allein die Tatsache, dass die Nachforschung sich als schwierig oder gar kostspielig erweist, stellt hingegen kein Grund zur Einstellung des Falles dar. Liegen folglich ernsthafte Indizien für eine Verletzung der Art. 108 ff. MStG vor, kann der Untersuchungsrichter dem Oberauditor den Erlass eines ordentlichen Untersuchungsbefehls vorschlagen. Dieser erlaubt dem Untersuchungsrichter, die Untersuchung fortzuführen und allenfalls auf die Behelfe der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen zurückzugreifen, insbesondere um die Auslieferung des Verdächtigten zu erwirken<sup>86</sup>.

**83** Aus dem Vorgehenden ergibt sich, dass –gewiss in grösserem Masse als im Rahmen der ordentlichen Verfahren– ein besonderes Gewicht auf dem Kläger oder Verzeiger lastet. Dies betrifft die aufzuführenden Tatsachenbehauptungen und die damit zusammenhängenden Beweismittel.

<sup>86</sup> Selbst wenn die Einleitung des Verfahrens in Abwesenheit des Betroffenen erfolgen kann und ein Prozess *in absentia* theoretisch durchführbar ist, erlaubt Art. 155 Abs. 2 MStP dem Gericht, das das Erscheinen des Angeklagten für notwendig erachtet, die Verhandlungen zu vertagen. ROBERT ROTH/YVAN JEANNERET (FN 19), S. 295, können sich nur schwer vorstellen, welche Gründe die Behörden zu einem Prozess *in absentia* bewegen könnten.

## E Verjährung

84 Art. 75<sup>bis</sup> StGB nachgebildet, hält Art. 56<sup>bis</sup> Abs. 1 MStG fest:

«Keine Verjährung tritt ein für Verbrechen, die

1. auf die Ausrottung oder Unterdrückung einer Bevölkerungsgruppe aus Gründen ihrer Staatsangehörigkeit, Rasse, Religion oder ihrer ethnischen, sozialen oder politischen Zugehörigkeit gerichtet waren oder
2. in den Genfer Übereinkommen vom 12. August 1949 und den andern von der Schweiz ratifizierten internationalen Vereinbarungen über den Schutz der Kriegsoffer als schwer bezeichnet werden, sofern die Tat nach Art ihrer Begehung besonders schwer war oder
3. als Mittel zu Erpressung oder Nötigung Leib und Leben von Menschen in Gefahr brachten oder zu bringen drohten, namentlich unter Verwendung von Massenvernichtungsmitteln, Auslösen von Katastrophen oder in Verbindung mit Geiselnahmen.»

85 Was die Verletzungen des HVR anbelangt, beschränkt sich die vorgenannte Regelung auf Fälle, die, wegen der Art und Weise, wie sie begangen werden, ausserordentlich schwer wiegen, d.h. auf solche, die in ihrer Grausamkeit eindeutig das Mass von gewöhnlichen Kriegsereignissen übertreffen<sup>87</sup>. Der Erlass spricht von «schweren Verbrechen» und bedient sich damit nicht des Begriffs der «schweren Verletzungen» der GK. Daraus muss abgeleitet werden, dass –entsprechend den Umständen– nicht nur die Handlungen der Art. 50 GK I, 51 GK II, 130 GK III und 147 GK IV oder der Art. 11 und 85 Prot. I unverjährbar sind<sup>88</sup>. Unter Berücksichtigung der konkreten Umstände scheint uns auch die Qualifikation der Verstösse gegen Art. 3 der GK oder des Art. 4 Prot. II als «schwere Verbrechen» angemessen. Allgemein drängt sich mit Blick auf die internationale Tendenz in Richtung Unverjährbarkeit der Verletzungen des Kriegsrechts<sup>89</sup> zumindest eine weite Auslegung der «schweren Verbrechen» auf.

<sup>87</sup> Vgl. BBI 1977 II 1255.

<sup>88</sup> KURT HAURI (FN 16), S. 366, meint, dass insbesondere die schweren Verletzungen der GK einen schweren Fall darstellen.

<sup>89</sup> Vgl. insbesondere Art. 29 Statut IStGH oder den Entscheid des italienischen Militärgerichts von 1997, in dem der ehemalige SS-Offizier Erich Priebke verurteilt wurde, in dem festgehalten wurde, dass die Nicht-Anwendbarkeit der Verjährungsbestimmungen bei Kriegsverbrechen gar zum *jus cogens* zähle; vgl. SERGIO MARCHISIO, «*The Priebke Case before Italian Military Tribunals: A Reaffirmation of the Principle of Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity*», in *Yearbook of International Humanitarian Law* 1998, S. 344 ff.

86 Ansonsten richtet sich die Verjährung der Strafverfolgung nach Art. 51 MStG: sie beträgt 30 Jahre, wenn die Strafandrohung eine lebenslängliche Zuchthausstrafe vorsieht (die aber in Art. 109 MStG nicht vorgesehen ist); 15 Jahre, wenn dem Täter Zuchthaus oder Gefängnis über 3 Jahre drohen, was auf die «schweren Fälle» des Art. 109 Abs. 1 *in fine* MStG zutreffen wird, die nicht bereits von der Unverjährbarkeit umfasst sind; 7 Jahre, wenn andere Strafen in Frage stehen, d.h. die «ordentlichen» Fälle des Art. 109 MStG<sup>90</sup>.

## F Weitere Fragen

87 Ein letztes Problem kann die Konkurrenz der Verletzung von Art. 109 MStG mit anderen Verstössen darstellen. Dieses betrifft das Verhältnis der Spezialität, welches zwischen dieser Bestimmung und den weiteren Normen des MStG besteht. Art. 109 Abs. 1 MStG enthält den Vorbehalt, «sofern nicht schärfere Strafbestimmungen zur Anwendung gelangen». Daraus könnte geschlossen werden, wie es auch das Militärgericht der 2. Division i.S. *Niyonteze* getan hat<sup>91</sup>, dass Art. 109 MStG auch in Konkurrenz zu anderen speziellen Bestimmungen des MStG anwendbar ist.

88 Diese Vorgehensweise ist, wie das Militärappellationsgericht entschieden hat, jedoch falsch. Weder die Annahme einer Idealkonkurrenz zwischen Art. 109 MStG und den Spezialbestimmungen, noch der Vorrang der letzteren gegenüber Art. 109 MStG ist möglich. Ist der Angeklagte demnach nicht allgemein dem MStG unterstellt, sondern allein aufgrund der begangenen Verletzung (Art. 2 Ziff. 9 MStG), beschränkt sich die Anwendbarkeit des MStG auf die einzelnen in Art. 108 ff. MStG beschriebenen Widerhandlungen<sup>92</sup>. Der Vorbehalt in Art. 109 Abs. 1 MStG richtet sich damit eigentlich an Personen, die gewöhnlich dem Militärstrafrecht unterstehen. Er will deren Berufung auf die ausschliessliche Bestrafung nach Art. 109 MStG verhindern, womit eine eventuell höhere Bestrafung durch das ordentliche Strafrecht verhindert werden könnte.

<sup>90</sup> Zu bemerken ist, dass die Verjährungsfristen mit Inkrafttreten einer Revision am 1. Oktober 2002 verlängert wurden (AS 2002 2993). Diese Änderung hat zur Folge, dass die zu jenem Zeitpunkt noch nicht verjährten Straftaten den neuen Verjährungsfristen unterliegen.

<sup>91</sup> Der Angeklagte wurde der Verletzung von Art. 109 MStG, des Mordes (Art. 116 MStG), der Anstiftung zum Mord sowie des versuchten Mordes für schuldig befunden.

<sup>92</sup> Zu dieser Frage vgl. MARCO SASSOLI (FN 14), S. 167 ff.

### III Verbrechen gegen die Menschlichkeit

ALAIN WERNER

#### Ausgewählte Literatur

- M. CHERIF BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, 2. Aufl., Kluwer Law International, Den Haag/London/Boston 1999
- MARIO BETTATI, «*Crime contre l'Humanité*»; in *Droit International Pénal*, unter der Leitung von Hervé Ascensio/Emmanuel Decaux/Alain Pellet, Pedone, Paris 2000
- MARC HENZELIN, *Le principe de l'universalité en droit pénal international*, Helbing & Lichtenhahn, Genf 2000
- Botschaft des Bundesrates vom 15. November über das Römer Statut des Internationalen Strafgerichtshofs, das Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof und eine Revision des Strafrechts (BBl 2001 391)

#### A Definition und Ursprung des Straftatbestandes

1 Schon vor fünfzig Jahren hielt Professor Jean Graven fest, dass Verbrechen gegen die Menschlichkeit so alt wie die Menschheit selbst seien<sup>1</sup>. Sechzig Jahre zuvor wandte sich der Priester und US-amerikanische Schriftsteller George Washington Williams an den Staatssekretär der USA, um ihm von den Taten des belgischen Königs Leopold im Kongo zu berichten. Dabei bediente er sich des Begriffs der «Verbrechen gegen die Menschlichkeit»<sup>2</sup>.

2 Es war ein langer Weg von Art. 6 lit. c des Statuts des internationalen Militärgerichts von Nürnberg 1945 bis zu den «sieben Prinzipien von Nürnberg», die von der Völkerrechtskommission 1950 vorgelegt wurden<sup>3</sup>, vom Prozess gegen Adolf Eichmann in Israel 1961 bis zu den Prozessen von Klaus Barbie, Paul Touvier und Maurice Papon in Frankreich in den achtziger und neunziger Jahren, von den Ad-hoc-Tribunalen für Ex-Jugoslawien und Ruanda bis schliesslich zum Internationalen Strafgerichtshof.

Heute werden Verbrechen gegen die Menschlichkeit allgemein als Verstoss gegen das Völkerrecht anerkannt<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> JEAN GRAVEN, «*Les Crimes contre l'Humanité*», RdC 76 (1950-I), S. 433.

<sup>2</sup> ADAM HOCHSCHILD, *King Leopold's Ghost*, Mariner Books, Boston/New York 1999, S. 112.

<sup>3</sup> «Principes de droit international reconnus par le statut du Tribunal de Nuremberg et dans le Jugement de ce tribunal», in *Annuaire CDI* 1959, Bd. II, S. 374 ff.

<sup>4</sup> ICTY (2. Kammer), Urteil vom 7. Mai 1997 i.S. *Tadic*, § 622.

3 Zahlreiche Staaten haben diese Rechtsentwicklung in den letzten Jahren dadurch unterstützt, dass sie die Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Straftatbestände definiert und in Strafgesetzbücher oder in speziellen Erlasse aufgenommen haben. Als Beispiele solcher Staaten mögen Belgien, Kanada, Frankreich, Grossbritannien, Finnland, Polen, aber auch Estland, Slowenien, Peru, die Demokratische Republik Kongo und Ruanda erwähnt sein. Während des Ratifikationsprozesses des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs haben zahlreiche weitere Staaten das Verbrechen gegen die Menschlichkeit unter Strafe gestellt oder angekündigt, dies zu tun<sup>5</sup>.

4 Doch nicht jedes strafbare Verhalten stellt ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit und damit einen Verstoss gegen das Völkerrecht dar. Es sind besondere Merkmale, welche die Verbrechen gegen die Menschlichkeit als solche qualifizieren.

Somit gilt es zuerst, die Voraussetzungen präzise zu definieren, aufgrund welcher ein bestimmtes Verhalten als Verstoss gegen das Völkerrecht, insbesondere als Verbrechen gegen die Menschlichkeit qualifiziert werden kann.

5 In der Schweiz stellen sich ernsthafte Probleme, da der Begriff der Verbrechen gegen die Menschlichkeit dem schweizerischen Strafrecht unbekannt ist. Damit sich die strafrechtlichen Folgen dieser internationalen Straftat in der schweizerischen Rechtsordnung niederschlagen können, muss diese in die nationalen Strafrechtsnormen «übersetzt» werden. Dabei gilt es Normen zu finden, die aufgrund ihrer Tatbestandselemente den als internationale Verbrechen definierten Verhaltensweisen entsprechen. Diese «Rezeption» der Verbrechen gegen die Menschlichkeit in die schweizerische Rechtsordnung zieht Konsequenzen nach sich und wirft Fragen auf, die später in diesem Kapitel analysiert werden sollen.

6 Das Statut von London vom 8. August 1945, welches die Grundlage für das Internationale Militärtribunal von Nürnberg (IMT) legte, ist eines der ersten Instrumente des internationalen Rechts, in dem der Begriff «Verbrechen gegen die Menschlichkeit» erwähnt ist. Art. 6 lit. c des Londoner Statuts lautet wie folgt:

«Die folgenden Handlungen, oder jede einzelne von ihnen, stellen

<sup>5</sup> Vgl. BBI 2001 502.

Verbrechen dar, für deren Aburteilung der Gerichtshof zuständig ist. Der Täter solcher Verbrechen ist persönlich verantwortlich (...):

c) Verbrechen gegen die Menschlichkeit: nämlich Mord, Ausrottung, Versklavung, Deportation oder andere unmenschliche Handlungen, begangen an irgendeiner Zivilbevölkerung, vor oder während des Krieges, Verfolgung aus politischen, rassischen oder religiösen Gründen, begangen in Ausführung eines Verbrechens oder in Verbindung mit einem Verbrechen, für das der Gerichtshof zuständig ist, und zwar unabhängig davon, ob die Handlung gegen das Recht des Landes versties, in dem sie begangen wurde, oder nicht.»

7 Dieser frühen Definition entspringt ein wesentliches und unbedingtes Element, an welchem im Völkerrecht auch später immer wieder festgehalten wurde: Verbrechen gegen die Menschlichkeit und andere Verstösse gleicher Schwere sind «keine rein internen Verbrechen, sondern sie weisen einen universellen Charakter auf. Sie gelten als schwere Verletzungen des humanitären Völkerrechts und berühren deshalb die internationale Gemeinschaft als Ganzes»<sup>6</sup>.

8 Dass die Verfasser der Vereinbarung von London den Begriff der «Verbrechen gegen die Menschlichkeit» mit Hilfe eines «Beispielkatalogs» zu definieren suchten, zeigt die Schwierigkeit, die seit jeher besteht, die massgeblichen Tatbestandselemente zu definieren. Bis heute kennt das Völkerrecht keine einheitliche Definition der «Verbrechen gegen die Menschlichkeit». Der Umstand, dass teilweise in der neueren Lehre wie auch im positiven Recht einiger Staaten, so z.B. im neuen Strafgesetzbuch Frankreichs<sup>7</sup>, der Tatbestand des Völkermords als eine Kategorie von Verbrechen gegen die Menschlichkeit verstanden wird, verstärkt diese Problematik zusätzlich.

9 Vorliegend gilt es, den Umriss der «Verbrechen gegen die Menschlichkeit» anhand von «Identifikationsmerkmalen» klar abzugrenzen. Der Tatbestand ist somit wie folgt zu definieren:

- a) eine *unmenschliche Handlung*
- b) begangen im Rahmen eines *ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen eine Zivilbevölkerung*.

<sup>6</sup> ICTY (2. Kammer), Urteil vom 10. August 1995 i.S. *Tadic*, § 42 (freie Übersetzung).

<sup>7</sup> Artikel 211-1 bis 213-5.



## 1 Eine unmenschliche Handlung

**10** Eine philosophische Vertiefung, die grundsätzlich notwendig wäre, um den Begriff der Unmenschlichkeit vollständig erfassen und verstehen zu können, würde den Rahmen dieses Kapitels sprengen und zudem über die Fähigkeiten des Schreibenden hinausgehen. An dieser Stelle soll es daher genügen, in Anlehnung an Mireille Delmas-Marty<sup>8</sup> folgendes festzuhalten: Verbrechen gegen die Menschlichkeit bestehen darin, dass dem Menschen seine Einzigartigkeit, sowie seine Zugehörigkeit zur Menschheit abgesprochen und sein « Menschsein » verletzt wird.

**11** Es ist umstritten, ob ein einzige unmenschliche Handlung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit bezeichnet werden kann.

Der ICTY hat sich zu dieser Frage in überzeugender Weise geäußert, indem er festhielt: « Verbrechen gegen die Menschlichkeit sind von gegen Personen begangenen Kriegsverbrechen zu unterscheiden. Sie weisen insbesondere einen allgemeinen oder systematischen Charakter auf. Dort jedoch, wo ein Bezug zu einem ausgedehnten oder systematischen Angriff gegen eine Zivilbevölkerung besteht, kann eine einzige unmenschliche Handlung die Tatbestandsvoraussetzungen der "Verbrechen gegen die Menschlichkeit" erfüllen. Aufgrund dieser Tatsache kann ein Individuum, das ein Verbrechen gegen ein einziges Opfer begeht, (...) der Verbrechen gegen die Menschlichkeit schuldig befunden werden, sobald seine Handlung den vorweg präzisierten Bezug aufweist »<sup>9</sup>.

**12** Die Diskriminierungsabsicht ist keine Tatbestandsvoraussetzung der Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Die Berufungskammer des ICTY hielt diesbezüglich fest, dass das Kriterium der Diskriminierung ausser bei der Verfolgungshandlung im Sinne von Art. 5 lit. h ICTY nie ein Tatbestandselement der Verbrechen gegen die Menschlichkeit sei<sup>10</sup>.

## 2 Ein ausgedehnter oder systematischer Angriff gegen die Zivilbevölkerung

**13** Ursprünglich verlangte der Begriff der « Verbrechen gegen die

<sup>8</sup> Zitiert von MARIO BETTATI, « *Le Crime contre l'Humanité* », in *Droit International Pénal*, hrsg. von Hervé Ascensio/Emmanuel Decaux/Alain Pellet, Pedone, Paris 2000, S. 297.

<sup>9</sup> ICTY, Beurteilung der Anklage im Rahmen von Art. 61 der Verfahrens- und Beweisordnung im Fall « Spital von Vukovar », § 30, zitiert von MARIO BETTATI (FN 8), S. 298 ff. (freie Übersetzung).

<sup>10</sup> ICTY (Berufungskammer), Urteil vom 15. Juli 1999 i.S. *Tadic*, § 305.

Menschlichkeit » die Begehung während eines internationalen Krieges. Wie Bettati glaubt, ist dies der Grund, weshalb das Internationale Militärgericht die ab 1933 insbesondere gegen die Juden begangenen Verbrechen nicht als Verbrechen gegen die Menschlichkeit betrachtete, obwohl es grundsätzlich der Auffassung war, dass die Kriterien von Verbrechen gegen Menschlichkeit erfüllt waren. In den Augen des Internationalen Militärgerichts fehlte es aber bis zum Zeitpunkt einer Kriegserklärung am notwendigen Anknüpfungspunkt für ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Sinne des Statuts<sup>11</sup>.

**14** Der Begriff hat sich über die Jahre stetig weiterentwickelt. Art. 5 Statut ICTY spricht in diesem Zusammenhang von « während einem Konflikt von internem oder internationalem Charakter begangenen Verbrechen (...) ». Unter der beachtlichen Rechtsprechung des ICTY bildete sich schliesslich die heute allseits anerkannte Norm heran. Im Fall *Tadic* stellte der ICTY fest, dass « das internationale Gewohnheitsrecht einen Bezug zwischen Verbrechen gegen die Menschlichkeit und bewaffnetem Konflikt nicht mehr verlangt »<sup>12</sup>.

**15** Das Resultat dieser Entwicklung findet sich heute in den Statuten des ICTR und des IStGH. Eine Beziehung zwischen Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegszustand wird heute somit nicht mehr verlangt. Bestätigt wird diese Entwicklung von der « Introduction to Crimes against Humanity » (nachfolgend: « Einführung in die Verbrechen gegen die Menschlichkeit ») in den « Elements of Crimes » (nachfolgend: « Verbrechenstelemente »), die von der Versammlung der Vertragsstaaten des Römer Statuts angenommen wurden<sup>13</sup>. Dort wird bezüglich der « Handlungen » im Sinn von Art. 7 Abs. 1 Statut IStGH festgehalten, dass diese « nicht notwendigerweise einen militärischen Angriff zu beinhalten haben »<sup>14</sup>.

**16** Ein Vergleich des Statuts des ICTR mit demjenigen des IStGH lässt eine weitere Schwierigkeit an den Tag treten. Gemäss Art. 3 Statut ICTR ist das Gericht ermächtigt, « über Personen zu urteilen, die der nachfolgenden Verbrechen verdächtigt werden, falls diese als Teil eines grossangelegten und systematischen Angriffes gegen eine Zivilbevölkerung begangen wurden »

<sup>11</sup> MARIO BETTATI (FN 8), S. 308.

<sup>12</sup> ICTY (2. Kammer), Urteil vom 7. Mai 1997 i.S. *Tadic*, § 627.

<sup>13</sup> « Verbrechenstelemente », angenommen durch die Versammlung der Vertragsstaaten des Römer Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs, 3.-10. September 2002 (Offizielles Dokument: ICC-ASP/1/3), erhältlich unter [www.un.org/law/icc/asp/aspfra.htm](http://www.un.org/law/icc/asp/aspfra.htm) (Stand am 1. August 2003). Die « Verbrechenstelemente » im vorliegenden Kapitel wurden frei aus dem englischen Originaldokument « Elements of Crimes » ins Deutsche übersetzt.

<sup>14</sup> « Verbrechenstelemente » (FN 13), S. 120.

(durch den Autor hervorgehoben). Demgegenüber spricht Art. 7 Statut IStGH von «Handlungen, die als Teil eines grossangelegten oder systematischen Angriffes gegen eine Zivilbevölkerung in Kenntnis des Angriffs begangen» wurden (durch den Autor hervorgehoben).

Wie aus den Vorarbeiten zum Statut des IStGH hervorgeht, sind die beiden Merkmale des Angriffs, «grossangelegt» und «systematisch», zwei alternativ zu erfüllende Tatbestandselemente.

**17** Der Begriff der «Zivilbevölkerung» wird in der Rechtsprechung in einem weiten Sinn verstanden. Vorab spielt die Nationalität des Opfers keine Rolle: das Opfer kann entweder derselben Nationalität wie der Täter angehören, von unterschiedlicher Nationalität oder staatenlos sein<sup>15</sup>. Zudem können Verbrechen gegen die Menschlichkeit nicht nur an Zivilpersonen verübt werden, die keine Uniform tragen und in keiner Beziehung zur Staatsgewalt stehen, sondern auch an Personen, die nicht direkt an Feindseligkeiten teilnehmen. Damit sind auch Mitglieder der Streitkräfte geschützt, die ihre Waffen niedergelegt haben, sowie all diejenigen Personen, die wegen Krankheit, Verletzung, Gefangenschaft oder aus anderen Gründen nicht mehr aktiv an Kriegshandlungen teilnehmen<sup>16</sup>. Nach der Rechtsprechung sind auch Personen als zivil anzusehen, die nicht in die Kategorie der typischen «Nichtkombattanten» (z.B. Mitglieder einer Widerstandsbewegung, welche aktiv am Konflikt teilgenommen haben) fallen<sup>17</sup>.

**18** Es stellt sich zudem die Frage, ob Verbrechen gegen die Menschlichkeit, die im Rahmen eines grossangelegten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung begangen werden, zusätzlich Gegenstand einer staatlichen Politik sein müssen.

Bei näherer Betrachtung der Rechtsprechung des ICTY und ICTR muss diese Frage bejaht werden. Es ist aber hervorzuheben, wie biegsam die Rechtsprechung den Begriff «staatliche Intervention» entwickelt hat. Im Fall *Nikolic* hat der ICTY festgehalten, dass «sich die begangenen Tathandlungen nicht notwendigerweise auf eine staatliche Politik (im traditionellen Sinne) abstützen brauchen, doch auch nicht nur das "Werk" einzelner Individuen sein dürfen»<sup>18</sup>. Im Fall *Tadic* hat der Gerichtshof den Begriff dahingehend

<sup>15</sup> ICTY (2. Kammer) Urteil vom 7. Mai 1997 i.S. *Tadic*, § 635.

<sup>16</sup> ICTR (1. Kammer), Urteil vom 2. September 1998 i.S. *Akayesu*, § 582; ICTR (2. Kammer), Urteil vom 21. Mai 1999 i.S. *Kayishema und Ruzindana*, §§ 127 f.

<sup>17</sup> ICTY (2. Kammer) Urteil vom 7. Mai 1997 i.S. *Tadic*, § 639.

<sup>18</sup> ICTY (Berufungskammer), Urteil vom 20. Oktober 1995 i.S. *Nikolic*, § 26.

präzisiert, dass «Verbrechen gegen die Menschlichkeit von Gruppierungen, die ein bestimmtes, von der internationalen Gemeinschaft nicht als Staat anerkanntes Gebiet *de facto* unter Kontrolle haben oder von Terrorgruppen oder –organisationen begangen werden können»<sup>19</sup>. Diese Rechtsprechung wird in der «Einführung in die Verbrechen gegen die Menschlichkeit» in den «Verbrechenselementen» bestätigt. Es wird dort darauf hingewiesen, dass auch das Untätigsein eines Staates oder einer Organisation, welche ein bestimmtes Gebiet *de facto* beherrscht, berücksichtigt werden müsse: «Die Politik, die den Angriff auf eine Zivilbevölkerung zum Gegenstand hat, äussert sich in den Handlungen des Staates oder der betreffenden Organisation. Unter bestimmten Umständen kann eine solche Politik jedoch die Form einer bewussten Untätigkeit annehmen, wodurch der Staat oder die Organisation einen solchen Angriff bewusst zu unterstützen sucht. Auf eine solche Politik kann nicht schon aufgrund der Tatsache, dass der Staat oder die Organisation untätig bleibt, geschlossen werden»<sup>20</sup>.

**19** Ausgeschlossen wird damit eine unmenschliche Handlung, die von einem Individuum aus freiem Willen ohne jeglichen Bezug zu einer Staatsmacht, einer Gruppierung oder einer Organisation begangen wird.

### 3 Subjektive Tatbestandselemente und Grad der Verwirklichung

**20** Die Statuten sowie die Rechtsprechung der Gerichtshöfe haben die Begriffe «Vorsatz» und «Teilnahme» weitgehend präzisiert. Diese Begriffe dürften dem Schweizer Juristen zwar durchaus vertraut sein, doch lohnt es sich an dieser Stelle, diese nochmals näher zu erläutern.

#### Vorsatz

**21** Im Fall *Tadic*<sup>21</sup> nutzte der ICTY die Gelegenheit, am Beispiel der Verbrechen gegen die Menschlichkeit klarzustellen, auf welche Verbrechenselemente sich der «Vorsatz» zu beziehen habe. Das Gericht entschied, dass das geistige oder subjektive Tatbestandselement nachzuweisen sei, aufgrund dessen der Angeklagte sich der Tatsachen oder Umstände bewusst sein musste (oder sie absichtlich ignorierte), dass er durch seine Handlungen ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit beging. Somit muss nicht nachgewiesen werden, dass der Angeklagte wusste, dass seine Handlungen unmenschlich seien.

<sup>19</sup> ICTY (2. Kammer), Urteil vom 7. Mai 1997 i.S. *Tadic*, § 654.

<sup>20</sup> «Verbrechenselemente» (FN 13), S. 120, FN 6.

<sup>21</sup> ICTY (2. Kammer), Urteil vom 7. Mai 1997 i.S. *Tadic*, § 657.

22 Bezüglich des bestimmten Vorsatzes, sich an einem ausgedehnten oder systematischen Angriff gegen die Zivilbevölkerung zu beteiligen, verlangt die Rechtsprechung der Ad-hoc-Tribunale nicht, dass der Angeklagte die Einzelheiten des Angriffs kannte, sondern es genügt, dass diesem der grössere Zusammenhang, in dem er die Handlung beging, bewusst war<sup>22</sup>. Diese Rechtsprechung wird in der «Einführung in die Verbrechen gegen die Menschlichkeit», welche in den «Verbrechenselementen» aufgeführt ist, bestätigt<sup>23</sup>. Geht es um Handlungen aus anderen, rein persönlichen Beweggründen, so macht dies gemäss der Rechtsprechung keinen Unterschied, wenn dem Täter bewusst ist, dass er seine Handlung im umfassenderen Kontext eines Angriffs gegen die Zivilbevölkerung begeht<sup>24</sup>.

### Teilnahme

23 Konsequenterweise ist nicht nur die Person, die eine unmenschliche Handlung im vorstehend umschriebenen Sinn begangen hat, der Verbrechen gegen die Menschlichkeit für schuldig zu befinden, sondern *a fortiori* auch diejenige, die bei der Planung des Verbrechens mitgewirkt hat. Dies geht explizit aus Art. 7 Statut ICTY hervor, wonach «jede Person, die ein in den Artikeln 2 bis 5 dieses Statuts bezeichneten Verbrechen geplant, dazu angeregt, es befohlen oder selbst begangen hat, oder anderweitig jemanden unterstützt und ermutigt hat, ein solches Verbrechen zu planen, vorzubereiten oder auszuführen, (...) individuell für das betreffende Verbrechen verantwortlich [ist].» Der ICTR entschied seinerseits im Fall *Akayesu*, «dass der Angeklagte nicht nur für diejenigen Verbrechen, die er als Täter materiell begangen hat, verantwortlich ist, sondern, dass er auch die Verantwortung für die von Dritten begangenen Verbrechen trägt, wenn er die betreffenden strafbaren Handlungen geplant, zu deren Ausführung bewegt, sie befohlen oder gar bei deren Ausführung geholfen oder dazu ermutigt hat»<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> ICTY (2. Kammer), Urteil vom 7. Mai 1997 i.S. *Tadic*, §§ 656 ff.; ICTY (Berufungskammer), Urteil vom 15. Juli 1999 i.S. *Tadic*, § 271; ICTY (2. Kammer), Urteil vom 14. Januar 2000 i.S. *Kupreskic et al.*, §§ 556 ff.; ICTR (2. Kammer), Urteil vom 21. Mai 1999 i.S. *Kayishema und Ruzindana*, § 134.

<sup>23</sup> «Verbrechenselemente» (FN 13), S. 119: «*Toutefois, le dernier élément ne doit pas être interprété comme exigeant qu'il soit prouvé que l'auteur avait connaissance de toutes les caractéristiques de l'attaque ou des détails précis du plan ou de la politique de l'Etat ou de l'organisation*».

<sup>24</sup> ICTY (2. Kammer), Urteil vom 14. Januar 2000 i.S. *Kupreskic et al.*, § 558; ICTY (Berufungskammer), Urteil vom 15. Juli 1999 i.S. *Tadic*, § 271.

<sup>25</sup> ICTR (1. Kammer), Urteil vom 2. September 1998 i.S. *Akayesu*, § 472 (freie Übersetzung).

## B Verbrechen gegen die Menschlichkeit im schweizerischen Recht

24 Im Folgenden sollen diejenigen Straftatbestände des schweizerischen Rechts näher untersucht werden, die allenfalls als Verbrechen gegen die Menschlichkeit verstanden werden könnten. Bei diesem Vorgehen darf jedoch nicht vergessen werden, dass die betreffende Handlung ebenfalls im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung begangen werden müsste<sup>26</sup>.

25 Der Katalog der Verbrechen gegen die Menschlichkeit, der sich zu diesem Zweck aufdrängt, ist im Statut des IStGH enthalten. Dieses sieht in Art. 7 Abs. 1 vor:

«Im Sinne dieses Statuts bedeutet "Verbrechen gegen die Menschlichkeit" jede der folgenden Handlungen, die im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung und in Kenntnis des Angriffs begangen wird:

- a) vorsätzliche Tötung;
- b) Ausrottung;
- c) Versklavung;
- d) Vertreibung oder zwangsweise Überführung der Bevölkerung;
- e) Freiheitsentzug oder sonstige schwer wiegende Beraubung der körperlichen Freiheit unter Verstoss gegen die Grundregeln des Völkerrechts;
- f) Folter;
- g) Vergewaltigung, sexuelle Sklaverei, Nötigung zur Prostitution, erzwungene Schwangerschaft, Zwangssterilisation oder jede andere Form sexueller Gewalt von vergleichbarer Schwere;
- h) Verfolgung einer identifizierbaren Gruppe oder Gemeinschaft aus politischen, rassischen, nationalen, ethnischen, kulturellen oder religiösen Gründen, Gründen des Geschlechts im Sinne des Absatzes 3 oder aus anderen nach dem Völkerrecht universell als unzulässig anerkannten Gründen im Zusammenhang mit einer in diesem Absatz genannten Handlung oder einem der Gerichtsbarkeit des Gerichtshofs unterliegenden Verbrechen;
- i) zwangsweises Verschwindenlassen von Personen;
- j) das Verbrechen der Apartheid;
- k) andere unmenschliche Handlungen ähnlicher Art, mit denen vorsätzlich grosse Leiden oder eine schwere Beeinträchtigung der körperlichen

<sup>26</sup> Nach schweizerischem Verständnis wäre der Voraussetzung, dass Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung begangen werden müssen, bei der Festsetzung des Strafmasses Rechnung zu tragen.

Unversehrtheit oder der geistigen oder körperlichen Gesundheit verursacht werden.»

### 1 *Strafbare Handlungen im schweizerischen Recht*

26 Es gilt somit, die unter schweizerischem Recht strafbaren Vergehen zu bestimmen, die aufgrund ihrer Tatbestandsvoraussetzungen den im Statut des IStGH definierten Strafhandlungen am nächsten kommen. Die strafbaren Handlungen des Statuts müssen deshalb zunächst näher untersucht werden.

27 Zu diesem Zweck beziehen wir uns nachfolgend auf die Tatbestandsvoraussetzungen dieser Handlungen, wie sie in den «Verbrechenselementen» statuiert worden sind. Die Fassung der «Verbrechenselemente» wurde von der Versammlung der Vertragsstaaten des Römer Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs anlässlich deren ersten Session im September 2002 in New York verabschiedet<sup>27</sup>.

Die Verbrechenselemente sehen zwei Voraussetzungen vor, die bei jeder strafbaren Handlung erfüllt sein müssen:

- Die Handlung war Teil eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung;
- Der Täter wusste oder es war ihm bewusst, dass seine Handlungen Bestandteil eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen eine Zivilbevölkerung waren.

Der Einfachheit halber werden diese zwei Grundvoraussetzungen in den folgenden Ausführungen nicht wiederholt. Der Leser soll diese jedoch in Erinnerung behalten.

#### *Vorsätzliche Tötung (Art. 7 Abs. 1 lit. a)*

28 Nebst den zwei bereits erwähnten Voraussetzungen, wird das weitere Tatbestandselement für *Vorsätzliche Tötung* in den «Verbrechenselementen» wie folgt definiert:

1. Der Täter hat eine oder mehrere Personen getötet.

29 «Vorsätzliche Tötung» umfasst somit alle Situationen, in denen der Täter

<sup>27</sup> Vgl. FN 13.

den Tod einer Person verursacht hat, wobei sowohl die Handlung wie auch das erzielte Resultat beabsichtigt waren.

30 Diese Definition entspricht derjenigen von Art. 111 StGB. Vorsätzliche Tötung im Sinne dieser Bestimmung kann somit als Verbrechen gegen die Menschlichkeit verstanden werden, wenn zusätzlich die vorstehend unter Punkt A genannten Voraussetzungen erfüllt sind.

31 Art. 7 Abs. 1 lit. a Statut IStGH setzt keinen besonderen Beweggrund für die Tat oder ein besonders skrupelloses Verhalten voraus. Ein Verhalten, das die objektiven und subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen von Vorsätzliche Tötung im Sinne von Art. 112 StGB erfüllt, ist somit *a fortiori* als Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu qualifizieren, sofern die vorstehend unter Punkt A erwähnten Voraussetzungen erfüllt sind.

#### *Ausrottung (Art. 7 Abs. 1 lit. b)*

32 Die für *Ausrottung* massgeblichen Tatbestandselemente werden in den «Verbrechenselementen» wie folgt definiert:

1. Der Täter hat eine oder mehrere Personen getötet, insbesondere dadurch, dass er sie Lebensbedingungen aussetzte, die zur Vernichtung eines Teils der Bevölkerung bestimmt waren.
2. Die Handlungen bestanden in einer Massentötung von Mitgliedern einer Zivilbevölkerung oder waren Teil einer solchen.

33 Das von derselben Person geplante oder begangene vorsätzliche Töten und/oder Morden in grossem Ausmass (Art. 111 StGB und/oder Art. 112 StGB i.V.m. Art. 68 StGB) entspricht somit dem Begriff der Ausrottung im Sinne der Bestimmung von Art. 7 Abs. 1 lit. b IStGH-Statut, sofern diese Handlungen gegen Mitglieder der Zivilbevölkerung begangen worden sind. Nach dem Wortlaut der «Verbrechenselemente» müsste bereits eine einzige vorsätzliche Tötung oder ein einziger Mord als Ausrottung bezeichnet werden, wenn die betreffende Tat im Rahmen einer Massentötung an der Zivilbevölkerung vorgenommen wurde. Die englische Fassung der «Verbrechenselemente» enthält diesbezüglich in Ziff. 2 zu Art. 7 Abs. 1 lit. b Statut IStGH eine eindeutiger Formulierung<sup>28</sup>. Im Übrigen hat die Individualität des Opfers für den Täter jedoch kaum Bedeutung.

<sup>28</sup> «The conduct constituted, or took place as part of, a mass killing of members of a civilian population».

Kennzeichnend für dieses Verbrechen ist vielmehr die durch den Angriff verursachte grosse Anzahl getöteter Personen, die zum Täter in keiner Beziehung standen<sup>29</sup>. Die Betroffenen können als Opfer auserwählt worden sein, ohne dass sich der Täter ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe bewusst gewesen war. Die Opfer müssen –im Gegensatz zum Völkermord– nicht einer bestimmten Gruppe angehören.

*Freiheitsentzug oder sonstige schwer wiegende Beraubung der körperlichen Freiheit unter Verstoss gegen die Grundregeln des Völkerrechts (Art. 7 Abs. 1 lit. e)*

**34** Die Tatbestandselemente von *Freiheitsentzug oder sonstiger schwer wiegender Beraubung der körperlichen Freiheit unter Verstoss gegen die Grundregeln des Völkerrechts* werden in den «Verbrechenselementen» wie folgt definiert:

1. Der Täter hat eine oder mehrere Personen gefangen genommen oder ihr oder ihnen auf schwerwiegende Weise die körperliche Freiheit entzogen.
2. Die Schwere der Tat begründet einen Verstoss gegen die Grundregeln des Völkerrechts.
3. Dem Täter waren die erschwerenden Umstände seiner Tat bewusst.

**35** Art. 7 Abs. 1 lit. e Statut IStGH bestimmt, dass Freiheitsentzug immer dann gegeben ist, wenn eine Person auf beschränktem Raum festgehalten wird. Wie aus der Botschaft zum Römer Statut hervorgeht<sup>30</sup>, handelt es sich hierbei um eine Art Einkerkung oder Einsperrung. Gemäss den «Verbrechenselementen» ist der Freiheitsentzug nur dann als Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu qualifizieren, wenn er in gravierender Weise gegen die grundlegenden Regeln des Völkerrechts verstösst. Mit dieser Verdeutlichung wollte man vermeiden, dass die rechtmässige Gefangennahme von Menschen zum Verbrechen wird und der Freiheitsentzug als solcher, selbst wenn er unter dem Aspekt der Menschenrechte widerrechtlich ist (beispielsweise aufgrund der übermässigen Dauer des Freiheitsentzugs), als Verbrechen gegen die Menschlichkeit betrachtet wird. Die ins Auge gefassten Fälle von Freiheitsentzug sind solche, wo Personen willkürlich und entgegen dem grundlegendsten Gerechtigkeitsempfinden gefangen gehalten werden.

<sup>29</sup> ICTR (2. Kammer), Urteil vom 21. Mai 1999 i.S. *Kayishema und Ruzindana*, § 142.

<sup>30</sup> BBI 2001 510.

**36** Art. 183 Abs. 1 Ziff. 1 StGB stimmt diesbezüglich mit der Definition des Statuts IStGH vollständig überein. Dieser Artikel findet somit auf die beschriebene Art von Freiheitsentzug Anwendung, sofern die übrigen vorstehend unter Punkt A erwähnten Voraussetzungen erfüllt sind.

**37** Art. 7 Abs. 1 lit. e IStGH Statut enthält eine zweite Tatvariante, welche all jene Situationen erfasst, in denen eine Person ihrer physischen Bewegungsfreiheit beraubt wird, sich jedoch weiterhin in einem bestimmten Gebiet bewegen kann. Voraussetzung ist auch hier, dass die Tat in besonders schwerwiegender Weise gegen die Grundregeln des Völkerrechts verstösst. Nach Auffassung der Lehre sind unter dieser Tatvariante beispielsweise die Einweisung in Lager oder Ghettos zu verstehen. Auch diese zweite, unter lit. e vorgesehene Hypothese entspricht dem Tatbestand des Freiheitsentzugs in Art. 183 Abs. 1 StGB (Freiheitsentzug «in anderer Weise»).

*Folter (Art. 7 Abs. 1 lit. f)*

**38** Die Tatbestandselemente von *Folter* werden in den «Verbrechenselementen» wie folgt definiert:

1. Der Täter hat einer oder mehreren Personen grosse körperliche oder seelische Schmerzen oder Leiden zugefügt.
2. Die betreffende Person oder die Personen waren im Gewahrsam oder unter der Kontrolle des Täters.
3. Die Schmerzen oder Leiden ergeben sich nicht lediglich aus gesetzlich zulässigen Sanktionen, sie gehören nicht zu solchen, oder sind nicht durch solche verursacht.

**39** Diese Definition von Folter in Art. 7 Abs. 1 lit. f Statut IStGH ist von jener in der Folterkonvention verschieden. Gemäss IStGH-Statut bedeutet Folter, dass einer «im Gewahrsam oder unter der Kontrolle des Beschuldigten befindlichen Person vorsätzlich grosse körperliche oder seelische Schmerzen oder Leiden zugefügt werden». Der Begriff der Folter setzt somit weder voraus, dass diese einem bestimmten Zweck dient, noch dass der Täter in offizieller Funktion handelte. Aufgrund derselben Überlegungen und Gründe wie beim Freiheitsentzug sind daher Schmerzen oder Leiden, die sich «einzig aufgrund gesetzlich zulässiger Sanktionen ergeben, zu solchen gehören oder durch solche verursacht sind, vom Begriff der Folter ausgenommen».

**40** Obwohl die Ziffern 1, 2 und 3 von Art. 122 StGB inhaltlich grundsätzlich dem Folterbegriff des Statuts IStGH entsprechen, ist diese Bestimmung im

konkreten Fall in Verbindung mit Art. 183 StGB, der den Freiheitsentzug unter Strafe stellt, anzuwenden. Das Statut IStGH spricht nämlich von der gefolterten Person als einer, die sich «im Gewahrsam oder unter Kontrolle» einer anderen befindet.

**41** Derjenige, der dem Opfer, das er misshandelt und verletzt hat, nicht die nötige ärztliche Pflege zukommen lässt oder es hospitalisiert, macht sich, je nach Grösse des Leidens des Betroffenen, der Folter schuldig. Dieses Verhalten ist im schweizerischen Recht unter den Tatbestand der Unterlassung der Nothilfe im Sinne von Art. 128 StGB zu subsumieren.

**42** Oft besteht Folter darin, dass das Opfer einer unmittelbaren Lebensgefahr ausgesetzt wird. Die Täter handeln meistens auf eine Weise, die als «skrupellos» gilt. Ein solches Handeln wird in der Schweiz aufgrund von Art. 129 StGB geahndet. Nach dieser Bestimmung wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft, wer einen Menschen in skrupelloser Weise in unmittelbare Lebensgefahr bringt.

**43** Wie aus dem Kapitel über die Folter hervorgeht, würden theoretisch gleich mehrere Straftatbestände des schweizerischen Rechts (darunter die Vergewaltigung) dem im Statut IStGH definierten Begriff der Folter entsprechen<sup>31</sup>.

*Vergewaltigung, sexuelle Sklaverei, Zwangsprostitution, erzwungene Schwangerschaft, Zwangssterilisation oder jede andere Form sexueller Gewalt vergleichbarer Schwere (Art. 7 Abs. 1 lit. g)*

**44** Die Tatbestandselemente von *Vergewaltigung, sexueller Sklaverei, Zwangsprostitution und von jeder anderen Form sexueller Gewalt vergleichbarer Schwere* werden in den «Verbrechenselementen» wie folgt definiert:

**45** Vergewaltigung:

1. Der Täter hat den Körper eines Menschen derart in Besitz genommen, dass es zu einem Eindringen mit einem Sexualorgan,

<sup>31</sup> Wie bereits erwähnt, ist die Definition der Folter im Statut des IStGH nicht absolut identisch mit derjenigen in der Folterkonvention. Indessen wird die Definition des Statuts des IStGH von den Tatbestandselementen der Folter, wie sie die Folterkonvention definiert, abgedeckt. Für die Definition der Folter gemäss Folterkonvention wird auf das Kapitel IV dieses Handbuchs verwiesen.

wenn auch nur oberflächlich, in einen Körperteil des Opfers oder des Täters gekommen ist, oder zu einem Eindringen in die anale oder genitale Öffnung des Opfers mit einem Körperteil des Täters oder mit einem Gegenstand.

2. Beim oben erwähnten Vorgehen muss der Täter Gewalt angewendet haben oder der betroffenen Person, den betroffenen Personen oder Dritten mit Gewalt oder Zwang gedroht haben, was durch Freiheitsentzug, psychologischen Druck, Gewaltandrohungen und Machtmissbrauch hervorgerufen wird, oder indem er von Umständen profitiert hat, die auf das Opfer Zwang ausgeübt haben, oder indem er die Unfähigkeit des Opfers ausgenutzt hat, seine freie Einwilligung zu geben.

**46** Sexuelle Sklaverei:

1. Der Täter hat über eine oder mehrere Personen Verfügungsgewalt ausgeübt, wie sie regelmässig mit Eigentumsrechten in Verbindung gebracht wird, indem er sie beispielsweise gekauft, verkauft, ausgeliehen, ausgetauscht oder sie auf ähnliche Weise der Freiheit beraubt hat.

2. Der Täter hat die Person oder Personen zum Vornehmen einer oder mehreren sexuellen Handlungen genötigt.

**47** Nötigung zur Prostitution:

1. Der Täter hat eine oder mehrere Personen durch Gewalt dazu gebracht, eine oder mehrere sexuelle Handlungen vorzunehmen, oder der betroffenen Person, den betroffenen Personen oder Dritten mit Gewalt oder Zwang gedroht hat, was durch Freiheitsentzug, psychologischen Druck, Gewaltandrohungen und Machtmissbrauch hervorgerufen wird, oder indem er von Umständen profitiert hat, die auf das Opfer Zwang ausgeübt haben, oder indem er die Unfähigkeit des Opfers ausgenutzt hat, seine freie Einwilligung zu geben.

2. Der Täter oder eine andere Person hat im Austausch für die sexuellen Handlungen, oder im Zusammenhang mit diesen, Geld oder einen anderen Vermögensvorteil erhalten oder zu erhalten erhofft.

**48** Andere Formen sexueller Gewalt:

1. Der Täter hat an einer oder an mehreren Personen eine Handlung sexueller Natur vorgenommen, oder diese zur Vornahme einer solchen Handlung gezwungen, indem er Gewalt angewendet oder der betroffenen Person oder Dritten mit Gewalt und Zwang gedroht, was

durch Freiheitsentzug, psychologischen Druck, Gewaltandrohungen und Machtmissbrauch hervorgerufen wird, oder indem er von Umständen profitiert hat, die auf das Opfer Zwang ausgeübt haben oder indem die Unfähigkeit des Opfers ausgenutzt hat, seine freie Einwilligung zu geben.

2. Die Handlungen sind von vergleichbarer Schwere wie die unter Artikel 7 Abs.1 lit. g des Statuts genannten Verstösse.

3. Dem Täter waren die erschwerenden Umstände seiner Tat bewusst.

**49** Vor der Annahme des Statuts IStGH durch die Völkergemeinschaft war die Vergewaltigung das einzige Verbrechen gegen die sexuelle Integrität, das in den Instrumenten zur Bestrafung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit vorgesehen war. Eine Definition des Begriffs lag aber nicht vor.

**50** Im schweizerischen Recht ist die Definition von Vergewaltigung nach Art. 190 StGB *a priori* enger gefasst als diejenige, die aus den «Verbrechenselementen» hervorgeht. Ein Handeln, das gestützt auf diesem Artikel eine Vergewaltigung darstellt, bedeutet somit *a fortiori* ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit in Sinne der bestehenden Definition des Völkerrechts, sofern die vorstehend unter Punkt A erwähnten Voraussetzungen erfüllt sind.

**51** Aus der Rechtsprechung des ICTR und des ICTY sowie aus den «Verbrechenselementen» geht hervor, dass ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit auch dann vorliegen kann, wenn der Täter das Opfer nicht durch direkte Gewalt sexuell missbraucht hat, sondern von «Umständen profitiert hat, welche auf das Opfer Zwang ausübten»<sup>32</sup>.

**52** Die Art. 187 und 191 StGB verbieten sexuelle Handlungen mit einem Kind beziehungsweise mit einer urteilsunfähigen oder einer zu Widerstand unfähigen Person. Die Artikel 188, 192 und 193 StGB beziehen sich auf sexuelle Handlungen, die begangen wurden in Ausnützung eines Erziehungs-, Betreuungs- Arbeits- oder eines anderen Abhängigkeitsverhältnisses zu Unmündigen von mehr als 16 Jahren (Art. 188 StGB), in Ausnützung eines Abhängigkeitsverhältnisses zu Anstaltspfleglingen, Gefangenen oder Beschuldigten (Art. 192 StGB), in Ausnützung einer Notlage oder eines Abhängigkeitsverhältnisses aufgrund des Arbeitsverhältnisses oder in Ausnützung eines auf andere Weise begründeten Abhängigkeitsverhältnisses (Art. 193 StGB). Diese Handlungen entsprechen den von der Rechtsprechung

<sup>32</sup> ICTR (1. Kammer), Urteil vom 2. September 1998 i.S. *Akayesu*, §§ 596 f. (freie Übersetzung).

des ICTR und ICTY entwickelten Definitionen (Ausnützen von Umständen, welche auf das Opfer einen Zwang ausüben). Ein Handeln, welches unter die Tatbestandselemente dieser Vergehen subsumiert werden kann, ist somit als Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu qualifizieren, sofern die vorstehend unter Punkt A erwähnten Voraussetzungen erfüllt sind.

**53** Zu den übrigen im Statut des IStGH definierten Sexualdelikten gibt es bis heute keine Rechtsprechung. Der IStGH wird sich somit insbesondere an den «Verbrechenselementen» orientieren müssen. Für die Interpretation von Art. 7 Abs. 1 lit. g IStGH Statut, welcher das Verbrechen der sexuellen Sklaverei betrifft, werden in Verbindung mit Handlungen sexueller Art, zu denen das Opfer gezwungen worden ist, vor allem jene Elemente zu berücksichtigen sein, die bereits beim Delikt der Versklavung (Art. 7 Abs. 1 lit. c Statut IStGH) Anwendung finden. Die Definition des Delikts der Versklavung ist von der Konvention über die Sklaverei<sup>33</sup> beeinflusst. Darüber hinaus wird im Statut des IStGH zum Beispiel der Menschenhandel, insbesondere von Frauen und Kindern, stigmatisiert. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit vorliegt, wenn ein Handeln die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 196 StGB erfüllt. Diese Bestimmung verbietet den Menschenhandel, «um der Unzucht eines anderen Vorschub zu leisten». Zudem müssen auch hier wieder die vorstehend unter Punkt A erwähnten Voraussetzungen erfüllt sein.

**54** Auf den ersten Blick weniger eindeutig scheinen uns die Verhältnisse beim Tatbestand der erzwungenen Schwangerschaft (Art. 7 Abs. 1 lit. g IStGH Statut). Art. 195 StGB bezieht sich auf die Ausnützung sexueller Handlungen und die Förderung der Prostitution. In keinem der aufgezählten Fallbeispiele, auch nicht bei den unter Abs. 2 erwähnten, wo das Bindewort «oder» verwendet wird, werden Zwang und das Verfolgen eines Vorteils, als das vom Zwang beabsichtigte Ziel, miteinander in Verbindung gebracht. Auch die übrigen Tatbestandselemente von Art. 195 StGB scheinen nicht auf die nach Art. 7 Abs. 1 lit. g Statut IStGH verbotenen sowie auf die nachstehend zu erwähnenden Verstösse zuzutreffen. Es bleibt daher kaum etwas anderes übrig, als die Rechtsprechung des IStGH abzuwarten, um Genaueres darüber sagen zu können, ob die Verfolgung dieses Verbrechens gegen die Menschlichkeit gestützt auf Art. 195 StGB möglich sein wird.

**55** Art. 7 Abs. 1 lit. g Statut IStGH verbietet jede andere Form vergleichbarer

<sup>33</sup> Vom 25. September 1926, SR 0.311.37.

sexueller Gewalt. Gemäss diesem allgemeinen Tatbestand begeht derjenige ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit, der mit Gewalt, unter Androhung von Gewalt oder Umstände nutzend, welche das Opfer nötigen, andere als die ebenfalls in lit. g erwähnten sexuellen Handlungen begeht. Darunter ist auch der Fall, in dem das Opfer zu sexuellen Handlungen gezwungen wird, zu subsumieren. Die Handlung muss jedoch von vergleichbarer Schwere sein. Nach der Rechtsprechung der internationalen Strafgerichte sind darunter auch Angriffe gegen die sexuelle Integrität einer Person zu verstehen, welche nicht notwendigerweise die Penetration oder körperliche Kontaktnahme mit dem Opfer voraussetzen. Die Tatbestandselemente von Art. 189 StGB, welche die sexuelle Nötigung erfassen, treffen genau auf diese Definition von Art. 7 lit. g Statut IStGH zu.

**56** Ein Handeln, das den Tatbestandselementen der sexuellen Nötigung in Art. 189 StGB entspricht, ist somit als Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu bezeichnen, wenn die vorstehend unter Punkt A erwähnten Voraussetzungen erfüllt sind.

**57** Schliesslich enthält das Schweizer Strafrecht keine spezifische Bestimmung, deren Tatbestandselemente die Verbrechen von erzwungener Schwangerschaft und Zwangssterilisation erfassen (Art. 7 lit. g Statut IStGH).

*Verfolgung einer identifizierbaren Gruppe oder Gemeinschaft (Art. 7 Abs. 1 lit. h)*

**58** Die Tatbestandselemente der *Verfolgung* sind in den «Verbrechenselementen» wie folgt definiert:

1. Der Täter hat eine oder mehrere Personen in schwerwiegender und völkerrechtswidriger Weise ihrer Grundrechte beraubt.
2. Der Täter hat die Person oder Personen aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer Gruppe oder Gemeinschaft angegriffen oder er hat auf die Gruppe oder Gemeinschaft als solche abgezielt.
3. Es lagen dafür politische, rassische, nationalistische, ethnische, kulturelle, religiöse Gründe oder geschlechtsspezifische Gründe im Sinne von Art. 7 Abs. 3 des Statuts oder andere nach dem Völkerrecht universell als unzulässig anerkannte Gründe vor.
4. Die Handlung wurde im Zusammenhang mit einer in Art. 7 Abs. 1 des Statuts genannten Handlung oder einem anderen der Gerichtsbarkeit

des Gerichtshofs unterliegenden Verbrechen begangen.

**59** Die Verfolgung von Mitgliedern einer bestimmten Personengruppe aus diskriminierenden Gründen stellt so etwas wie den Grundtypus der Verbrechen gegen die Menschlichkeit dar. Letztere sind in erster Linie wegen der Verletzung von Menschenrechten durch systematische Angriffe eines Regimes gegen die Zivilbevölkerung unter Strafe gestellt worden. Die Verfolgung ist sowohl in der Satzung des IMT von Nürnberg, wie auch in allen späteren Instrumenten zur Bekämpfung der Verbrechen gegen die Menschlichkeit enthalten, jedoch ohne je spezifisch definiert worden zu sein.

**60** Das Statut des IStGH bezieht sich auf alle Handlungen, durch welche eine Person in schwerwiegender und völkerrechtswidriger Weise aufgrund der Identität der Gruppe oder Gemeinschaft, der sie angehört, ihrer Grundrechte beraubt wird. Die Verfolgung setzt kein physisches Element voraus. In Frage kommen u.a. auch die Verletzung von politischen Rechten (z.B. Entzug des Wahlrechts), von ökonomischen Rechten (entschädigungslose Enteignung) oder von rechtsstaatlichen Ansprüchen (z.B. die systematische Verweigerung fairer Gerichtsverfahren)<sup>34</sup>. Im Unterschied zum Völkermord und zum Art. 261<sup>bis</sup> StGB werden im Statut IStGH sämtliche diskriminierende Gründe als Tatbestandselemente erfasst, vorausgesetzt, sie sind nach dem Völkerrecht universell als unzulässig anerkannt. Das Statut listet exemplarisch folgende diskriminierende Gründe auf: politische, rassische, ethnische, kulturelle, religiöse und geschlechtsspezifische. Bei den hier massgeblichen Situationen geht es nicht um einfache Ungleichbehandlungen, sondern um schwerwiegendste und eklatante Grundrechtsverletzungen, welche im Rahmen eines ausgedehnten und systematischen Angriffs gegen einzelne Gruppen der Zivilbevölkerung begangen werden.

**61** Art. 261<sup>bis</sup> StGB beinhaltet die erforderlichen Tatbestandselemente der Verfolgung einer identifizierbaren Gruppe oder Gemeinschaft aus diskriminierenden Gründen, auch wenn sich die Bestimmung nur auf die Diskriminierung einer Gruppe von Personen aufgrund der Rasse, Ethnie oder Religion bezieht<sup>35</sup>. Dies alleine zeigt jedoch, wie wichtig die Aufnahme von materiellen Strafrechtsbestimmungen des Statuts ins schweizerische Recht ist.

**62** Im Unterschied zu den Statuten anderer internationaler Gerichte stellt

<sup>34</sup> ICTY (2. Kammer), Urteil vom 7. Mai 1997 i.S. *Tadic*, § 710; ICTY (2. Kammer), Urteil vom 14. Januar 2000 i.S. *Kupreskic et al.*, §§ 596 ff.

<sup>35</sup> Von Artikel 261<sup>bis</sup> Abs. 4 StGB wird nicht nur erfasst, wer durch Wort, Schrift, Bild, Gebärden oder Tätlichkeiten diskriminiert, sondern auch, wer dies «in anderer Weise» tut.



gemäss dem Statut des IStGH der oben beschriebene massive Entzug von Grundrechten allein noch kein Verbrechen gegen die Menschlichkeit dar. Es wird im Weiteren verlangt, dass der Grundrechtsentzug mit einem anderen, unter die Zuständigkeit des Gerichtshofs fallenden Verbrechen in Verbindung steht. Dabei muss dieses zusätzliche Delikt nicht vom gleichen Täter wie jenes der Verfolgung begangen werden. Der Anwendungsbereich des Verbrechens der Verfolgung wird dadurch im Vergleich zum bisherigen Völkergewohnheitsrecht eingeschränkt, worauf auch der ICTY hinwies<sup>36</sup>. Diese Entwicklung ist äusserst bedauerlich.

**63** Um in die Kategorie der Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu fallen, muss der Tatbestand der Rassendiskriminierung von Art. 261<sup>bis</sup> StGB somit zusammen mit einem anderen Tatbestand des schweizerischen Rechts angewendet werden können, der potentiell als Verbrechen gegen die Menschlichkeit qualifiziert werden kann.

*Zwangswaises Verschwindenlassen von Personen (Art. 7 Abs. 1 lit. i)*

**64** Die Tatbestandselemente des *zwangsweisen Verschwindenlassens von Personen* sind in den «Verbrechenselementen» wie folgt definiert:

1. Der Täter:

a) hat eine oder mehrere Personen festgenommen, gefangen gehalten oder entführt; oder

b) hat sich geweigert, die Festnahme, den Freiheitsentzug oder die Entführung dieser Person oder Personen anzuerkennen oder Auskunft über deren Schicksal oder Verbleib zu erteilen.

2. a) Die Festnahme, der Freiheitsentzug oder die Entführung waren begleitet von der Weigerung, die Freiheitsberaubung anzuerkennen oder Auskunft über das Schicksal oder den Verbleib dieser Personen zu erteilen; oder

b) diese Weigerung ging der Freiheitsberaubung voraus oder begleitete diese.

3. Der Täter wusste, dass:

a) die Festnahme, der Freiheitsentzug oder die Entführung beim normalen Lauf der Dinge von der Weigerung gefolgt oder begleitet würde, diese Freiheitsberaubung anzuerkennen oder Auskunft über das Schicksal oder den Verbleib dieser Personen zu erteilen; oder dass

<sup>36</sup> ICTY (2. Kammer), Urteil vom 14. Januar 2000 i.S. *Kupreskic et al.*, §§ 578 ff.

b) dieser Weigerung eine Freiheitsberaubung vorausging oder sie von einer solchen begleitet wurde.

4. Die Festnahme, der Freiheitsentzug oder die Entführung wurde mit der Unterstützung oder Duldung des Staates oder einer politischen Organisation durchgeführt.

5. Die Weigerung, diese Freiheitsberaubung anzuerkennen oder Auskunft über das Schicksal oder den Verbleib dieser Personen zu erteilen, bzw. die Ermächtigung oder Unterstützung dieser Weigerung wurde vom Staat oder der politischen Organisation veranlasst.

6. Der Täter hatte die Absicht, die Person oder Personen über längere Zeit dem Schutz des Gesetzes zu entziehen.

**65** Der Begriff der Entführung in Art. 183 Abs. 1 Ziff. 2 StGB entspricht der Definition von Art. 7 lit. i Statut IStGH, obwohl dieser in der Schweiz bisher offensichtlich nie im Zusammenhang mit massenhaftem zwangsweisen Verschwindenlassen von Personen gesehen wurde. Das nötige zentrale Element, nämlich die Entführung einer Person durch Gewalt in der Absicht, sie dem Schutz des Gesetzes zu entziehen, ist implizit in der Bestimmung von Art. 183 StGB enthalten. Diese Bestimmung kann somit zur Verfolgung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit herangezogen werden<sup>37</sup>.

*Andere unmenschliche Handlungen (Art. 7 Abs. 1 lit. k)*

**66** Die Tatbestandselemente der «anderen unmenschlichen» Handlungen sind in den «Verbrechenselementen» wie folgt definiert:

1. Der Täter hat durch eine unmenschliche Handlung seinem Opfer grosse Leiden oder eine schwere Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der geistigen oder körperlichen Gesundheit verursacht.

2. Die Handlung ist von ähnlicher Art wie die unter Artikel 7, Absatz 1 fallenden Handlungen.

3. Der Täter hatte von den Tatumständen, welche für die Handlung

<sup>37</sup> Die Qualifikation nach schweizerischem Strafrecht einer im Völkerrecht als «zwangsweises Verschwindenlassen» definierten Handlung drängt sich mit Blick auf die Resolution 47/133 der Versammlung der Vereinten Nationen vom 18. Dezember 1992 um so mehr auf. Die Resolution bestimmt in Art. 3, dass «jeder Staat auf dem Gebiet seiner Gerichtsbarkeit gerichtliche (...) Massnahmen (...) zu ergreifen hat, um Handlungen vorzubeugen oder zu beseitigen, welche zum gewaltsamen Verschwindenlassen von Personen führen». Art. 4 führt weiter aus, dass «jede zu einem Verschwindenlassen von Personen führende Handlung ein strafbares Verbrechen darstellt, wobei dessen Schwere bei der Bestrafung im Hinblick auf das Strafrecht Rechnung zu tragen ist» (freie Übersetzung).

bezeichnend sind, Kenntnis.

**67** Nach Beurteilung der internationalen Ad-hoc-Tribunale erfüllen auch schwere Schläge und Verletzungen sowie Verstümmelungen die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 7 Abs. 1 lit. k Statut IStGH<sup>38</sup>. Somit können schwere Körperverletzungen, wie sie Art. 122 StGB vorsieht, als «andere unmenschliche Handlungen» im Sinne von Art. 7 Abs. lit. k Statut IStGH bezeichnet werden.

**68** Die Strafbarkeit des Folterers wurde bereits im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 1 lit. f Statut IStGH behandelt. Der Fall, in dem eine Person eine andere foltert, ist auch im Zusammenhang mit den in Art. 7 Abs. 1 lit. k Statut IStGH beschriebenen «anderen unmenschlichen Handlungen» von Bedeutung: denn der Folterer, der seinem Opfer, das er misshandelt und verletzt hat, nicht die nötige ärztliche Pflege zukommen lässt oder es nicht hospitalisiert, begeht damit gleichzeitig auch eine unmenschliche Handlung. Ebenso macht sich der Folterer zumindest einer unmenschlichen Handlung schuldig, wenn er den Gefolterten nicht vom Arzt besuchen lässt bzw. die Strafbehörden daran hindert, den Arzt kommen zu lassen. Dieses Verhalten wird in der Schweiz gestützt auf Art. 128 Ziff. 1 und 2 StGB unter Strafe gestellt.

**69** Schliesslich ist alles unter Art. 7 Abs. 1 lit. f Statut IStGH zur «Gefährdung des Lebens» Gesagte (Art. 129 StGB) *mutatis mutandis* auch auf die «anderen unmenschlichen Handlungen» in Art. 7 Abs. 1 lit. k Statut IStGH anwendbar.

## 2 Vom Schweizer Strafrecht nicht erfasste Verbrechen

**70** In der Botschaft über das Römer Statut des Internationalen Strafgerichtshofs wurde u.a. festgehalten, dass «das schweizerische Strafrecht den Anforderungen des Statuts bezüglich der Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu weiten Teilen entspricht. Es sind tatsächlich keine eigentlichen Strafbarkeitslücken vorhanden, die zu einer Übernahme des Verfahrens durch den Gerichtshof führen würden. So sind die meisten der in Art. 7 des Statuts aufgezählten Verhaltensweisen auch im schweizerischen Recht unter dem einen oder andern Titel strafbar»<sup>39</sup>. Uns scheint diese Ansicht jedoch zu optimistisch. Im Folgenden soll kurz und ohne nähere

<sup>38</sup> ICTR (2. Kammer), Urteil vom 21. Mai 1999 i.S. *Kayishema und Ruzindana*, §§ 149 ff.; ICTR (2. Kammer), Urteil vom 7. Mai 1997 i.S. *Tadic*, § 728.

<sup>39</sup> BBl 2001 516.

Betrachtung der einzelnen Tatbestandselemente auf drei unter dem Statut strafbare Handlungen hingewiesen werden, die, wie es uns scheint, nicht auf befriedigende Weise dem schweizerischen Recht unterstellt werden können.

### *Versklavung (Art. 7 Abs. 1 lit. c)*

**71** Im Statut IStGH wird das Verbrechen definiert als «die Ausübung aller oder einzelner mit dem Eigentumsrecht an einer Person verbundenen Befugnisse und umfasst die Ausübung dieser Befugnisse im Rahmen des Handels mit Menschen, insbesondere mit Frauen und Kindern». Die Schweiz hat zwar mehrere Konventionen zu diesem Problem ratifiziert<sup>40</sup>, doch findet sich im schweizerischen Recht zu diesem Verbrechen kein Straftatbestand. Art. 196 StGB bestraft Menschenhandel mit mindestens 6 Monaten Zuchthaus oder Gefängnis, doch diese Bestimmung ist unter dem 5. Titel des StGB aufgeführt, welcher sich mit den strafbaren Handlungen gegen die sexuelle Integrität befasst. Der Straftatbestand der Nötigung unter Art. 181 StGB befasst sich im Übrigen nicht mit den im internationalen Recht für das Delikt der Versklavung charakteristischen Merkmalen, deren wichtigstes die Ausübung eines Eigentumsrechts über eine oder mehrere Personen ist.

### *Vertreibung oder zwangsweise Überführung der Bevölkerung (Art. 7 Abs. 1 lit. d)*

**72** Das Verbrechen der *Vertreibung* war eines der Kernverbrechen, über die das IMT zu befinden hatte. Es erscheint seither in allen wesentlichen Katalogen zur Ächtung der Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Es handelt sich nach der Definition des Statuts um die «zwangsweise Verbringung der betroffenen Personen durch Ausweisung oder andere Zwangsmassnahmen ohne völkerrechtlich zulässige Gründe aus dem Gebiet, in dem sie sich rechtmässig aufhalten».

**73** Nach verbreiteter Auffassung<sup>41</sup> verübt das Verbrechen der Vertreibung,

<sup>40</sup> Internationales Übereinkommen zur Unterdrückung des Frauen- und Kinderhandels vom 30. September 1921, SR 0.311.33; Sklavereiabkommen vom 25. September 1926, SR 0.311.37; Übereinkommen Nr. 29 vom 28. Juni 1930 über Zwangs- und Pflichtarbeit, SR 0.822.713.9; Zusatzübereinkommen vom 7. September 1956 zur Abschaffung der Sklaverei, des Sklavenhandels und der sklavereiähnlichen Einrichtungen und Praktiken, SR 0.311.371; Konvention Nr. 105 über die Abschaffung der Zwangsarbeit, SR 0.822.720.5; Übereinkommen Nr. 182 über das Verbot und unverzügliche Massnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit (BBl 2000 415).

wer die ganze oder einen Teil der Zivilbevölkerung eines Staates oder eines besetzten Gebiets in einen anderen Staat vertreibt. Dabei umfasst die Vertreibung sowohl die reine Ausweisung wie auch die Verbringung an einen bestimmten Ort im Ausland (z.B. in ein Konzentrationslager). Des Verbrechens der *zwangsweisen Überführung* macht sich strafbar, wer die ganze oder einen Teil der Zivilbevölkerung eines Staates innerhalb desselben Staates vertreibt oder zwangsweise an einen anderen Ort ebenfalls innerhalb desselben Staates umsiedelt oder verbringt. Dabei spielt es für den Anwendungsbereich dieses Verbrechens keine Rolle, ob die Opfer von derselben Nationalität wie der Täter sind. Gerade die internen Konflikte der letzten Jahre haben gezeigt, dass «ethnische Säuberungen» unter Angehörigen der gleichen Nationalität stattgefunden haben.

**74** Das Statut beschränkt den Anwendungsbereich dieses Verbrechens auf Personen, die sich rechtmässig in einem Gebiet aufhalten. Ein Staat kann seine eigenen Angehörigen nicht des Landes verweisen. Dagegen kann er in gewissen Fällen des Völkerrechts (Schutz der nationalen Sicherheit, *ordre public*, Volksgesundheit, öffentliche Sittlichkeit sowie Rechte und Freiheiten anderer) ausländische Staatsangehörige ausweisen oder sie innerhalb des Landes einem bestimmten Aufenthaltsort zuweisen.

**75** Aufgrund dieser Definitionen wird deutlich, dass zwar für das Verbrechen des zwangsweisen Verschwindenlassens von Personen (Art. 7 Abs. 1 lit. i Statut IStGH) im schweizerischen Recht ein Anknüpfungspunkt gefunden werden kann (gestützt auf den Tatbestand der Entführung in Art. 183 Abs. 1 Ziff. 2 StGB), doch dass dies für das Verbrechen der Vertreibung und Zwangsumsiedlung weit schwieriger ist. Dies liegt daran, dass die Tatbestände der Nötigung (Art. 181 StGB), der Geiselnahme (Art. 185 StGB) und des Hausfriedensbruchs (Art. 186 StGB) den charakteristischen Merkmalen dieses international anerkannten Verbrechens nicht Rechnung tragen.

*Apartheid (Art. 7 Abs. 1 lit. j)*

**76** Nachdem das Verbrechen der *Apartheid* während langer Zeit von den Kolonialstaaten gegenüber Ureinwohnern oder allgemein gegenüber

---

<sup>41</sup> Kommentar der Völkerrechtskommission zu Art. 18 Abs. 13 des Entwurfes für einen Kodex der Verbrechen gegen den Frieden und die Sicherheit der Menschheit («*Projet de codes des crimes contre la paix et la sécurité de l'Humanité*», 1996); CHRISTOPHER K. HALL, «*Crimes Against Humanity*», in *Commentary on the Rome Statute of the international Criminal Code*, hrsg. von Otto Triffterer, Nomos, Baden-Baden 1999, S. 136.

rassischen Minderheiten praktiziert worden war, wurde es erst sehr spät durch das Völkerrecht verboten. Auf internationaler Ebene wurde die Apartheid erstmals in der Konvention zur Unterdrückung des Verbrechens der Apartheid<sup>42</sup> stigmatisiert, welche vor dem Hintergrund der Situation in Südafrika zu verstehen war.

**77** Gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. h Statut IStGH bedeutet Apartheid « unmenschliche Handlungen ähnlicher Art wie die in Absatz 1 [Statut] genannten, die von einer rassistischen Gruppe im Zusammenhang mit einem institutionalisierten Regime der systematischen Unterdrückung und Beherrschung einer oder mehrerer anderer rassistischer Gruppen in der Absicht begangen werden, dieses Regime aufrechtzuerhalten ». Da der Anwendungsbereich des Statuts auf die unter Art. 7 Abs. 1 verbotenen bzw. ähnlichen Handlungen beschränkt ist, werden letztlich unter dem Titel der Apartheid diejenigen Handlungen bestraft, die im Zusammenhang mit einem institutionalisierten Regime der systematischen Unterdrückung und der Beherrschung einer oder mehrerer rassistischer Gruppen durch eine andere rassistische Gruppe begangen wurden, wobei der Täter die Absicht haben musste, dieses Regime aufrechtzuerhalten.

**78** Das schweizerische Strafrecht enthält keine Bestimmung, die sämtliche vorstehend erwähnten Merkmale des Verbrechens der Apartheid umfasst. Artikel 261<sup>bis</sup> StGB (Rassendiskriminierung), der die Tatbestandselemente der Apartheid am besten wiedergeben würde, setzt für seine Anwendung das Vorhandensein eines « institutionalisierten Regimes der systematischen Unterdrückung und der Beherrschung » nicht voraus.

### 3 Zusammenfassung

**79** Nicht alle der in Art. 7 IStGH Statut missbilligten Handlungen sind heute in das nationale Recht « übersetzbar ». Einige der Verbrechen, wie die Vertreibung oder Zwangsumsiedlung, die von der Strafrechtsordnung nicht erfasst werden, sind jedoch im heutigen Kontext der Konflikte von grundlegender Bedeutung. Es ist deshalb unerlässlich und dringend, dass die materiellen Bestimmungen des Statuts durch das schweizerische Recht schnellstmöglich erfasst werden.

## C Anwendungsbereich in der Schweiz

---

<sup>42</sup> Internationale Konvention zur Unterdrückung und Bestrafung des Verbrechens der Apartheid vom 30. November 1973 (von der Schweiz nicht ratifiziert).

**80** Ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit kann in der Schweiz verfolgt werden, wenn es in der Schweiz verübt (Art. 3 und 7 StGB), wenn es im Ausland durch einen Schweizer verübt (Art. 6 StGB) oder gegen einen Schweizer im Ausland verübt worden ist (Art. 5 StGB).

Es stellt sich sodann die Frage, ob ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit auch dann in der Schweiz verfolgt werden kann, wenn es im Ausland von einem Ausländer und an Ausländern verübt wurde.

**81** Die herkömmlichen Anknüpfungskriterien –das Territorialitätsprinzip, das aktive und passive Personalitätsprinzip oder das Schutzprinzip– lassen die Verfolgung eines Ausländers in der Schweiz wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit, die im Ausland an Ausländern begangen wurden, nicht zu. Damit die strafrechtliche Verfolgung möglich ist, bedarf es somit eines anderen Anknüpfungspunkts.

**82** Art. 6<sup>bis</sup> StGB bestimmt:

«Wer im Ausland ein Verbrechen oder Vergehen verübt, zu dessen Verfolgung sich die Schweiz *durch ein internationales Übereinkommen* verpflichtet hat, ist diesem Gesetz unterworfen, sofern die Tat auch am Begehungsort strafbar ist, der Täter sich in der Schweiz befindet und nicht an das Ausland ausgeliefert wird. Ist das Gesetz des Begehungsortes für den Täter das mildere, so ist dieses anzuwenden» (durch den Autor hervorgehoben).

**83** Allgemein gilt, dass sich der Täter zum Zeitpunkt der Verfolgung in der Schweiz befinden muss, damit eine solche überhaupt stattfinden kann (Art. 6<sup>bis</sup> Ziff. 1 StGB).

Selbst wenn ein Ausländer, der sich auf schweizerischem Gebiet aufhält, verdächtigt wird, im Ausland gegen Ausländer ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit begangen zu haben, so ist es gestützt auf eine enge grammatikalische Auslegung des heutigen Wortlauts von Art. 6<sup>bis</sup> StGB nicht möglich, ihn hier zu verfolgen. In der Tat hat die Schweiz keinen Staatsvertrag ratifiziert, welcher sie zur Verfolgung von Urhebern von Verbrechen gegen die Menschlichkeit auf ihrem Gebiet verpflichten würde.

**84** Nach Art. 5 Abs. 4 BV ist das Landesrecht in Übereinstimmung mit dem

Völkerrecht auszulegen, welches gegebenenfalls dem Landesrecht vorgeht.

**85** Aufgrund des Völkerrechts besteht heute *eine Pflicht der Staaten, die Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach nationalem Recht zu verfolgen*. Das Verbot, Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu begehen, wird allgemein als Völkergewohnheitsrecht anerkannt<sup>43</sup>. Wer ein solches Verbrechen verübt, verstösst gleichzeitig auch gegen zwingendes Völkerrecht (*ius cogens*)<sup>44</sup>. Das Verbot der Verbrechen gegen die Menschlichkeit begründet zudem erga omnes Verpflichtungen. Das heisst, es werden den Staaten Verpflichtungen auferlegt, die nicht (synallagmatisch) von anderen Verpflichtungen abhängen, sondern die Aufgabe beinhalten, die grundlegenden Werte der Menschheit zu schützen und deshalb unabhängig vom Verhalten anderer Staaten erfüllt werden müssen.<sup>45</sup>

**86** Amnesty International äusserte sich in Bezug auf die Bedeutung dieser *erga omnes* Verpflichtung für die Staaten wie folgt: «*sheltering them from justice by failing to initiate criminal investigations or failing to extradite them to a state able and willing to exercise jurisdiction would be inconsistent with the erga omnes obligation*»<sup>46</sup>. Diese Feststellung wurde durch die Rechtsprechung der internationalen Ad-hoc-Tribunale bestätigt<sup>47</sup>.

**87** In der Lehre wird angesichts der besonderen Merkmale der Verbrechen gegen die Menschlichkeit oft die Meinung vertreten, es bestehe eine staatliche Pflicht, die Täter solcher Verbrechen strafrechtlich zu verfolgen. Wie Brownlie, Sharp und Wise<sup>48</sup> ist beispielsweise auch Bassiouni der Auffassung, dass «*crimes against humanity is a category of international*

<sup>43</sup> ICTY (2. Kammer), Urteil vom 7. Mai 1997 i.S. *Tadic*, § 622; ICTY (2. Kammer), Urteil vom 14. Januar 2000 i. S. *Kupreskic et al.*, §§ 545 ff.; ICTY (1. Kammer), Urteil vom 14. Dezember 1999 i.S. *Jelusic*, § 53.

<sup>44</sup> ICTY (2. Kammer), Urteil vom 14. Januar 2000 i.S. *Kupreskic et al.*, § 520.

<sup>45</sup> Vgl. ICTY (2. Kammer), «*Decision On Defence Motion to Summon Witness*» vom 3. Februar 1999 i.S. *Kupreskic et al.*, bestätigt durch ICTY (2. Kammer), Urteil vom 14. Januar 2000 i.S. *Kupreskic et al.*, § 23, vom Bundesrat zitiert in der Botschaft über das Römer Statut des Internationalen Strafgerichtshofs, BBl 2001 503.

<sup>46</sup> Amnesty International, «*The duty of states to enact and implement legislation*», *chapter five: «Crimes against humanity: the legal basis for universal jurisdiction*», International Secretariat, London 2001, S. 9.

<sup>47</sup> Vgl. FN 45.

<sup>48</sup> IAN BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 5. Aufl., Oxford University Press, Oxford 1998, S. 315; WALTER GARY SHARP JR., «*International Obligations to Search for and Arrest War Criminals: Government Failure in the Former Yugoslavia?*», 7 Duke J. Comp. & Int'l L. 1997, S. 411, 432 (mit Zitaten von Quellen, die ihre Meinung geändert haben und heute den Schluss ziehen, dass eine staatliche Pflicht zur Verfolgung von Kriegsverbrechern besteht); CHERIF BASSIOUNI/EDWARD M. WISE, *Aut dedere aut iudicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, M. Nijhoff, Dordrecht 1995.

*crimes and, as such, a general duty exists to prosecute or extradite*»<sup>49</sup>.

**88** Die seit Ende des Zweiten Weltkriegs fortlaufende Entwicklung des Völkerrechts hat diese Sichtweise bisher bestätigt.

Die frühen internationalen Texte pochten allesamt auf der Verpflichtung der Staaten, die eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit verdächtigen Personen an deren Heimatstaat auszuliefern, um der Straflosigkeit ein Ende zu setzen<sup>50</sup>.

**89** Infolge der Fortentwicklung des Rechts wurde im Jahre 1973 nicht länger verlangt, dass eine Person, die der Verbrechen gegen die Menschlichkeit verdächtigt wurde, am Ort des Begehens verurteilt wurde, obwohl dies weiterhin die Regel blieb<sup>51</sup>. Entsprechend bestimmt Ziff. 5 der «Prinzipien der internationalen Zusammenarbeit zur Verfolgung, Verhaftung und Bestrafung von Personen, die der Kriegsverbrechen und der Verbrechen gegen die Menschlichkeit verdächtigt werden», dass «Personen, gegen die Beweise für das Begehen von Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit vorliegen, vor Gericht gestellt werden [müssen], und, falls als schuldig befunden, in der Regel in den Ländern zu bestrafen sind, in denen sie die Verbrechen begangen haben. Zu diesem Zweck arbeiten die Staaten in allem, was die Auslieferung dieser Personen anbelangt, zusammen».

**90** 1996 wurde der Generalversammlung der Vereinten Nationen ein neuer Entwurf zum «Strafgesetzbuch der Verbrechen gegen den Frieden und die Sicherheit der Menschen» vorgestellt<sup>52</sup>. Art. 8 des Entwurfes bestimmt: «Ungeachtet der Zuständigkeit eines internationalen Strafgerichtshofes trifft jeder Staat die nötigen Massnahmen, um sich für die Verbrechen nach den Art. 17, 18, 19 und 20 strafbaren Verbrechen zuständig zu erklären, ungeachtet davon, von wem oder wo diese Verbrechen begangen wurden. Ein Verbrechen nach Art. 16 fällt in die Zuständigkeit eines internationalen Strafgerichtshofes». Weiter sieht Art. 9 des Entwurfes vor: «Ungeachtet der Zuständigkeit eines internationalen Strafgerichtshofes, übernimmt der Staat die Verfolgung oder Auslieferung eines mutmasslichen Verbrechens, der auf

<sup>49</sup> CHERIF BASSIOUNI, *Crimes against Humanity in International Law*, 2. Aufl., Kluwer Law International, Den Haag 1999, S. 500 (durch den Autor hervorgehoben).

<sup>50</sup> Resolution 3 (I) der Generalversammlung der Vereinten Nationen vom 13. Februar 1946, Resolution 170 (II) der Generalversammlung der Vereinten Nationen vom 31. Oktober 1947.

<sup>51</sup> Durch die Generalversammlung der Vereinten Nationen in der Resolution 3074 (XXVIII) vom 3. Dezember 1973, Abs. 1, verabschiedet.

<sup>52</sup> Bericht der Völkerrechtskommission über die Arbeiten in der 43. Session, 6. Mai–26. Juli 1996 (A/51/10, Supp. Nr. 10, S. 25-174).

seinem Gebiet entdeckt und des Begehens eines in den Art. 17, 18, 19 oder 20 vorgesehen Verbrechens verdächtigt wird».

**91** Am 17. Juli 1998 bekräftigte die internationale Gemeinschaft die grundlegenden Pflichten jedes Staates, insbesondere diejenige, Verantwortliche von Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Völkermord und Kriegsverbrechen vor Gericht zu stellen. Die Präambel des Römer Statuts hält fest, «dass die schwersten Verbrechen, welche die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren, nicht unbestraft bleiben dürfen», weshalb die Staaten den festen Willen haben, «zu diesem Zweck und um der heutigen und der künftigen Generationen willen einen mit dem System der Vereinten Nationen in Beziehung stehenden unabhängigen ständigen Internationalen Strafgerichtshof zu errichten, der Gerichtsbarkeit über die schwersten Verbrechen hat, welche die Gemeinschaft als Ganzes berühren» und weist nachdrücklich darauf hin, dass der neu «errichtete Internationale Strafgerichtshof die innerstaatliche Strafgerichtsbarkeit ergänzt» (Abs. 4 bis 6).

**92** Art. 17 des Statuts IStGH, der den Grundsatz der Komplementarität des IStGH konkretisiert, ist einer der fundamentalsten Bestimmungen im System des Römer Statuts<sup>53</sup>. Das gesamte System fusst darauf, dass die Verfolgung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit in erster Linie den Mitgliedstaaten und nur subsidiär dem Strafgerichtshof obliegt. Durch die Unterzeichnung und die anschliessende Ratifizierung hat die Schweiz dieses System und dessen Grundprinzipien anerkannt.

**93** Angesichts dieser konvergierenden Elemente ist zu betonen, dass das Völkerrecht eine Pflicht und nicht bloss eine Möglichkeit begründet, auf dem eigenen Staatsgebiet Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu verfolgen, unabhängig davon, wo, wer oder an wem diese begangen wurden.

**94** Eine strenge Auslegung von Art. 6<sup>bis</sup> StGB, welche die Verfolgung eines auf schweizerischem Gebiet gefassten mutmasslichen Täters verunmöglichen würde, wäre daher mit dem Völkerrecht nicht zu vereinbaren und deshalb aufgrund von Art. 5 Abs. 4 BV nicht zulässig. Hinzuzufügen ist, dass es im Lichte dieser Bestimmung keine Rolle spielt, ob das in Frage stehende Völkerrecht Gewohnheits- oder geschriebenes Recht ist. Seine Bedeutung ist in beiden Fällen dieselbe. Entgegenstehendes schweizerisches Recht muss ihm weichen.

Art. 6<sup>bis</sup> StGB ist daher völkerrechtskonform auszulegen. Ohne gegen

<sup>53</sup> Siehe Kapitel VI.

das Legalitätsprinzip zu verstossen<sup>54</sup>, ist es möglich, die Formulierung «Verbrechen oder Vergehen, zu dessen Verfolgung sich die Schweiz durch ein internationales Übereinkommen verpflichtet hat» zu verstehen als «zu dessen Verfolgung die Schweiz durch Völkerrecht verpflichtet wird».

**95** Art. 6<sup>bis</sup> StGB ist somit eine geeignete Grundlage im nationalen Recht, gestützt auf die ein Schweizer Richter in der Schweiz Verbrechen gegen die Menschlichkeit, die von einer ausländischen Person gegen eine ausländische Person im Ausland begangenen wurden, verfolgen *muss*, vorausgesetzt, der mutmassliche Täter ist auf schweizerischem Gebiet gefasst worden.

**96** Was die übrigen in Art. 6<sup>bis</sup> StGB genannten Voraussetzungen anbelangt, kann auf die Ausführungen zu Art. 6<sup>bis</sup> StGB im Kapitel über den Völkermord sowie auf die betreffenden Anmerkungen zur Auslieferung<sup>55</sup> verwiesen werden. Das dort Gesagte ist auf die Verbrechen gegen die Menschlichkeit uneingeschränkt anwendbar: in den Fällen, wo das Universalitätsprinzip eine wirksame Strafverfolgung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit verlangt, hat die Schweiz eine solche an die Hand zu nehmen. Dies bedeutet, dass eine Strafverfolgung nicht nur in den Fällen stattzufinden hat, in denen sich eine Auslieferung des Täters als unmöglich erweist, sondern auch dann, wenn eine solche *de facto* zur Straflosigkeit des Täters führt. Dieselbe Argumentation drängt sich mit Bezug auf das Prinzip der *lex mitior* auf, das in Art. 6<sup>bis</sup> Ziff. 1 *in fine* StGB statuiert ist. Zu Art. 6<sup>bis</sup> Ziff. 2 StGB ist schliesslich zu sagen, dass dieser Artikel, entgegen seinem Wortlaut, Verantwortliche von Verbrechen gegen die Menschlichkeit einer gegen sie beantragten Strafverfolgung in der Schweiz dann nicht zu entziehen vermag, wenn das am Begehungsort gefällte Urteil den Zweck verfolgt, die Straflosigkeit des Täters zu schützen. Davon ist auszugehen, wenn das Urteil einen Freispruch oder Straferlass darstellt bzw. in einem völligen Missverhältnis zur begangenen Tat steht.

#### D Befugnis zur Strafverfolgung

**97** Im Gegensatz zum Völkermord entziehen sich die Verbrechen gegen die Menschlichkeit, die im StGB rechtlich nicht konkret eingeordnet werden können, nicht der Verfolgung durch die kantonalen Behörden. Diese werden in Erwartung der angekündigten einheitlichen Strafprozessordnung die Strafverfolgung und Verurteilung vorläufig noch gestützt auf die kantonalen

<sup>54</sup> Art. 7 EMRK, Art. 15 Menschenrechtspakt II.

<sup>55</sup> Vgl. Kapitel I.

Strafprozessordnungen vorzunehmen haben (Art. 343 StGB).

**98** Wie bereits im Zusammenhang mit dem Völkermord erwähnt, besteht für die Verbrechen gegen die Menschlichkeit auch eine übertragene Zuständigkeit des IStGH, dem die Schweiz beigetreten ist. Ein Konflikt zwischen dieser internationalen Instanz und den schweizerischen Gerichten dürfte jedoch auszuschliessen sein, da die Kompetenz des IStGH subsidiär ist.

#### E Verjährung

**99** Massgebend für die Bestimmung der Verjährungsfrist ist die gesetzlich angedrohte Höchststrafe für eine dem StGB unterstellte Tat. Nach Art. 70 StGB verjährt die Strafverfolgung nach 30 Jahren, wenn die strafbare Tat mit lebenslanglichem Zuchthaus bedroht ist, bzw. nach 15 Jahren, wenn Zuchthaus oder Gefängnis bis zu drei Jahren angedroht sind. Nach 7 Jahren verjährt die Strafverfolgung, wenn die strafbare Tat mit einer anderen Strafe bedroht ist.

**100** Die obgenannten Fristen sind auf jene Handlungen anwendbar, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Revision nach altem Recht noch nicht verjährt waren. Die neuen Bestimmungen können, wenigstens in ihrer Gesamtheit, nicht als weniger mild im Sinne von Art. 337 StGB bezeichnet werden.

**101** Bei strafbaren Handlungen, die zu verschiedenen Zeiten ausgeführt wurden, beginnt die Verjährung erst mit dem Tag zu laufen, an dem die letzte Handlung ausgeführt wurde. Wenn das strafbare Verhalten dauert, beginnt die Verjährungsfrist erst mit dem Tag, an dem dieses aufhört (Art. 71 StGB).

**102** Schliesslich statuiert Art. 75<sup>bis</sup> Abs. 1 Ziff. 2 StGB die Unverjährbarkeit für Verbrechen, «die auf die Ausrottung oder Unterdrückung einer Bevölkerungsgruppe aus Gründen ihrer Staatsangehörigkeit, Rasse, Religion oder ihrer ethnischen, sozialen oder politischen Zugehörigkeit gerichtet waren». Daraus folgt, dass Verbrechen gegen die Menschlichkeit, die ein diskriminierendes Element<sup>56</sup> beinhalten und die im Zeitpunkt des Inkrafttretens von Art. 75<sup>bis</sup> StGB<sup>57</sup> noch nicht verjährt waren, unverjährbar sind.

<sup>56</sup> Siehe Art. 7 Abs. 1 lit. h Statut IStGH.

<sup>57</sup> Am 1. Januar 1983.

## IV Folter

FRANCOIS MEMBREZ

### Ausgewählte Literatur

- PETER BURNS/SEAN MC BURNEY, «*Impunity and the United Nations Convention against Torture: A shadow Play without an Ending*», in *Torture as Tort*, Craig Scott (Hrsg.), Oxford/Oregon 2001, S. 275 ff.
- NIGEL RODLEY, *The Treatment of Prisoners under International Law*, 2. Aufl., Oxford 1999
- J. HERMAN BURGERS/HANS DANELIUS, *The United Nations Convention against Torture, A Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Dordrecht 1988

### A Definition und Quelle des Straftatbestandes

1 Das Folterverbot ergibt sich aus der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948 (Art. 5), der Konvention des Europarates zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten von 1950 (Art. 3), dem internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (Art. 7) und aus zahlreichen weiteren Texten, welche von internationaler, kontinentaler, nationaler oder sogar regionaler Tragweite sind. In der Schweiz ist das Folterverbot an prominenter Stelle in der Bundesverfassung verankert (Art. 10 und 25).

2 Die Schweiz hat zwei internationale Übereinkommen ratifiziert, welche sich insbesondere mit der Folter befassen: das Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe<sup>1</sup> und das Europäische Übereinkommen zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe<sup>2</sup>. Die Tragweite des letztgenannten Übereinkommens unterscheidet sich vom erstgenannten insoweit, als es sich, mit dem Zweck der Foltervorbeugung, auf die Einführung eines Mechanismus zum Besuch der Haftorte beschränkt.

3 Es ist beizufügen, dass Folter eine schwere Verletzung der Genfer Konventionen von 1949 darstellt (vgl. Art. 49 und 50 der ersten Konvention<sup>3</sup>,

---

<sup>1</sup> Vom 10. Dezember 1984, SR 0.105.

<sup>2</sup> Vom 26. November 1987, SR 0.106.

<sup>3</sup> Vom 12. August 1949, SR 0.518.12.

Art. 50 und 51 der zweiten Konvention<sup>4</sup>, Art. 129 und 130 der dritten Konvention<sup>5</sup> sowie Art. 146 und 147 der vierten Konvention<sup>6</sup>).

Im Falle eines bewaffneten Konfliktes ist der gemeinsame Art. 3 der vier Konventionen und in gewissen Fällen Art. 2 Abs. 2 lit. a des Zusatzprotokolls II zu den Genfer Konventionen<sup>7</sup> anwendbar. Sie untersagen die Folter während eines nicht internationalen bewaffneten Konflikts.

**4** Die Folter wird gemäss Art. 1 der Konvention vom 10. Dezember 1984 (nachfolgend FK) folgendermassen definiert:

«Im Sinne dieses Übereinkommens bezeichnet der Ausdruck "Folter" jede Handlung, durch die einer Person vorsätzlich grosse körperliche oder seelische Schmerzen oder Leiden zugefügt werden, zum Beispiel um von ihr oder einem Dritten eine Aussage oder ein Geständnis zu erlangen, um sie für eine tatsächlich oder mutmasslich von ihr oder einem Dritten begangene Tat zu bestrafen, um sie oder einen Dritten einzuschüchtern oder zu nötigen oder aus einem anderen, auf irgendeiner Art von Diskriminierung beruhenden Grund, wenn diese Schmerzen oder Leiden von einem Angehörigen des öffentlichen Dienstes oder einer anderen in amtlicher Eigenschaft handelnden Person, auf deren Veranlassung oder mit deren ausdrücklichem oder stillschweigendem Einverständnis verursacht werden. Der Ausdruck umfasst nicht Schmerzen oder Leiden, die sich lediglich aus gesetzlich zulässigen Sanktionen ergeben, dazu gehören oder damit verbunden sind.»

**5** Der Begriff des Angehörigen des öffentlichen Dienstes umfasst alle Personen, welche unter der Staatsgewalt handeln, das heisst alle Personen, welche eine amtliche Funktion –auch durch Delegation– wahrnehmen, unabhängig davon, wie das Arbeitsverhältnis ausgestaltet ist (beispielsweise Staatschefs, Minister, Beamte, Militärangehörige jeden Grades, Polizisten, Angestellte der Geheimdienste, Gefängniswärter, privates, durch den Staat zugelassenes Sicherheitspersonal, sogar Ärzte eines öffentlichen Spitals, usw.).

<sup>4</sup> Vom 12. August 1949, SR 0.518.23.

<sup>5</sup> Vom 12. August 1949, SR 0.518.42.

<sup>6</sup> Vom 12. August 1949, SR 0.518.51.

<sup>7</sup> Vom 8. Juni 1977, SR 0.518.522.

Der Begriff des Angehörigen des öffentlichen Dienstes kann im Weiteren Handlungen betreffen, welche durch paramilitärische Gruppierungen begangen werden. Dies ist der Fall, wenn paramilitärische Gruppierungen Handlungen im Auftrag eines Angehörigen des öffentlichen Dienstes oder mit dessen expliziten oder stillschweigenden Zustimmung ausführen.

**6** Art. 4 FK verpflichtet die Mitgliedstaaten, dafür zu sorgen, dass alle Folterhandlungen gemäss ihrem jeweiligen Strafrecht als Straftatbestand erfasst werden.

Dasselbe gilt für den Versuch der Folter sowie die Mittäterschaft oder andere Teilnahme an Folter, die durch jedmögliche Person begangen wird.

**7** Das Schweizerische Strafgesetzbuch<sup>8</sup> enthält keine Bestimmung, welche die Folter explizit unter Strafe stellt. Die Folter wird jedoch im schweizerischen Recht von verschiedenen Straftatbeständen erfasst:

- schwere Körperverletzung (Art. 122 StGB),
- einfache Körperverletzung (Art. 123 StGB),
- Tätlichkeit (Art. 126 StGB),
- Gefährdung der Gesundheit (Art. 127 StGB),
- Beschimpfung (Art. 177 StGB),
- Drohung (Art. 180 StGB),
- Nötigung (Art. 181 StGB),
- Freiheitsberaubung und Entführung (Art. 183 StGB),
- Vergewaltigung (Art. 190 StGB),
- Amtsmissbrauch (Art. 312 StGB),

oder weitere Straftatbestände, welche durch das Verhalten des Folterers zur Erreichung seines angestrebten Ziels erfüllt werden (das heisst zum Erhalt von Auskünften oder Geständnissen, zur Bestrafung, zur Einschüchterung oder um aus einem anderen auf Diskriminierung beruhendem Grund Druck auszuüben).

**8** Im Falle des Todes des Folteropfers (vgl. insbesondere Art. 14 FK) ist zudem der Straftatbestand der Tötung (Art. 111 StGB) sowie des Mordes (Art. 112 StGB) relevant.

<sup>8</sup> Vom 21. Dezember 1937, SR 311.0 (nachfolgend: StGB).



**9** Der Versuch, eine Folterhandlung zu begehen, ist gemäss Art. 21 StGB, die Anstiftung gemäss Art. 24 StGB und die Gehilfenschaft gemäss Art. 25 StGB strafbar.

**10** Beispiele «moderner» Folter, welche keine «Spuren» hinterlassen, sind zahlreich: gewaltsames Schütteln; Anbinden während längerer Zeit in extrem schmerzhafter Position; die Inhaftierten zwingen, sich während längerer Zeit niederzukauern, so dass Schmerzen entstehen; Entzug des Schlafes; Überziehen einer Kapuze; während längerer Zeit übermässig laute Musik hören lassen; Drohungen, inklusive Todesdrohungen gegenüber Familienangehörigen; Anwendung einer Kombination von kalter Luft und eisigem Wasser; usw.

Diese Beispiele zeigen die Grenzen des aktuellen schweizerischen Strafgesetzbuchs auf, welches die Folter nicht explizit unter Strafe stellt. Die Strafverfolgungsbehörden sind daher aufgerufen, innert den Grenzen des Legalitätsprinzips (Art. 1 StGB) Kreativität zu zeigen. So könnte Art. 122 StGB beispielsweise zur Bestrafung von Beeinträchtigungen der geistigen Gesundheit beigezogen werden, welche auf obgenannte Handlungen zurückzuführen sein können.

**11** Folterhandlungen gemäss obgenannter Ziff. 7 sind vorsätzliche Verletzungen des schweizerischen Strafgesetzbuches. Sie können individuell oder bei Zusammentreffen von mehreren strafbaren Handlungen in Konkurrenz gemäss Art. 68 StGB verfolgt werden. Wenn eine Folterhandlung gleichzeitig mehrere der genannten Strafbestimmungen verletzt, liegt Idealkonkurrenz<sup>9</sup> vor; Realkonkurrenz wird angenommen, wenn der Täter mehrere verschiedene Handlungen begeht, welche jede für sich betrachtet eine Verletzung darstellt.

**12** Das Strafmass reicht von Busse in leichten Fällen, über Gefängnis bis zu lebenslanger Zuchthausstrafe in schweren Fällen.

## **B Anwendungsbereich in der Schweiz**

**13** Die Folter, in welcher Form auch immer sie auftritt, ist in der Schweiz nicht nur im Falle der Begehung in der Schweiz (Art. 3 und 7 StGB), im Ausland durch einen Schweizer (Art. 6 StGB) oder an einem Schweizer (Art. 5

<sup>9</sup> Beispielsweise besteht Idealkonkurrenz zwischen einfachen Körperverletzungen und Amtsmissbrauch; vgl. BGE 99 IV 13.

StGB), verfolgbar, sondern auch, wenn sie im Ausland durch einen Ausländer an ausländischen Opfern begangen wird (Art. 6<sup>bis</sup> StGB).

**14** Tatsächlich begründet die FK die Zuständigkeit der schweizerischen Behörden zur Verfolgung von Folterhandlungen aufgrund des Art. 6<sup>bis</sup> Ziff. 1 StGB. Diese Bestimmung sieht die Anwendbarkeit des Schweizerischen Strafgesetzbuches auf jede Person vor, welche im Ausland ein Verbrechen oder ein Vergehen begeht, wenn die folgenden Voraussetzungen gegeben sind: die Schweiz hat sich kraft internationaler Abkommen zur Verfolgung dieser Straftaten verpflichtet; die betreffende Handlung ist im Begehungsstaat ebenfalls unter Strafe gestellt und der Täter befindet sich in der Schweiz und wird nicht an das Ausland ausgeliefert.

**15** Die Kombination von Art. 5 Abs. 2 und Art. 7 der FK und von Art. 6<sup>bis</sup> StGB bedeutet, dass die universelle Gerichtsbarkeit vorliegend insoweit begrenzt ist, als dass der ausländische Folterer, der die Tat nicht in der Schweiz beging und dessen Opfer keine Schweizer sind, sich in der Schweiz befinden muss, damit er zum Zweck der Auslieferung oder der Aburteilung in Untersuchungshaft genommen werden kann. Eine einfache Durchreise durch die Schweiz, sogar ein Aufenthalt von einigen Stunden, würde ausreichen, um den vermuteten Folterer zu verhaften und in Untersuchungshaft zu nehmen. Die Eröffnung eines Informationsaustausches ist nur unter der Voraussetzung der Anwesenheit des Verdächtigten in der Schweiz und seiner Inhaftierung zwecks Untersuchungs- und Strafverfahren möglich<sup>10</sup>.

Ist demgegenüber der Begehungsort, der Täter oder das Opfer schweizerisch (Art. 3, 5, 6 und 7 StGB), so ist die Anwesenheit des Beschuldigten in der Schweiz nicht erforderlich und die schweizerischen Strafverfolgungsbehörden können einen internationalen Strafbefehl ausstellen und die Auslieferung des der Folter Beschuldigten verlangen.

**16** Nach Festnahme des Beschuldigten müssen die Schweizer Behörden die Behörden des Staates, in welchem die Folter begangen wurde, die Behörden des Staates, aus welchem der Beschuldigte stammt, sowie schliesslich den Heimatstaat des Opfers informieren (Art. 6 Abs. 4 der FK).

**17** Die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte ist gegeben, wenn keiner der genannten Staaten die Auslieferung des Angeschuldigten fordert, oder

<sup>10</sup> BGE 108 IV 145.

wenn die Schweizer Behörden entscheiden, einem Auslieferungsgesuch nicht stattzugeben.

**18** Gemäss Art. 6 Abs. 4 der FK ist der Staat, in welchem sich der der Folter Beschuldigte befindet, nicht verpflichtet, letzteren auszuliefern, sondern kann im Gegenteil seine eigene Zuständigkeit ausüben. Diese Bestimmung stimmt mit Art. 6<sup>bis</sup> Ziff. 1 StGB überein, welcher der Auslieferung keinen Vorrang einräumt. Es kann sogar davon ausgegangen werden, dass eine Verpflichtung zur Ausübung der eigenen Zuständigkeit vorliegt, wenn die Auslieferung des Urhebers *de facto* zu seiner Straflosigkeit führen würde, weil die Behörden des Staates, in welchem das Verbrechen begangen wurde oder aus welchem der Beschuldigte stammt, nicht in der Lage sind oder nicht ernsthaft beabsichtigen, die Strafverfolgung aufzunehmen. Eine Auslieferung in diesem Fall würde seitens des ausliefernden Staates eine Verletzung wesentlicher Bestimmungen der FK darstellen, so von Art. 4, 5, 6 und 7 FK.

**19** Art. 6<sup>bis</sup> Ziff. 2 StGB sieht vor, dass der Urheber in der Schweiz nicht bestraft werden kann, wenn er im Staat, in welchem die Tat begangen wurde, für das gleiche Verhalten durch ein rechtskräftiges Urteil bereits freigesprochen wurde. Ebenso kann er in der Schweiz nicht mehr verfolgt werden, wenn er sich einer im Ausland gegen ihn ausgesprochenen Strafe bereits unterzogen hat, ihm diese Strafe erlassen wurde oder wenn sie verjährt ist. Diese Bestimmung könnte mit Art. 5 Abs. 2 und Art. 7 FK in Konflikt geraten, welche die Staaten zur Strafverfolgung der sich auf ihrem Staatsgebiet befindenden Urheber von Folter verpflichten. Es wäre beispielsweise vorstellbar, dass gegen den Folterer ein Gefälligkeitsurteil ergangen ist und ihm eine lächerliche Strafe auferlegt oder er sogar freigesprochen wurde, während dieses Urteil offenkundig willkürlich ist und den Glauben an Recht und Gerechtigkeit aufgrund der Schwere der begangenen Handlungen erschüttert. In einem solchen Fall darf die Schweiz –ebenso wie alle anderen Staaten– nicht auf die Strafverfolgung des Täters verzichten. Die internationale Verpflichtung aus der FK geht in diesem Fall dem Art. 6<sup>bis</sup> Ziff. 2 StGB vor.

### C Zuständigkeit zur Strafverfolgung

**20** Art. 13 FK schützt das Recht der Opfer, Strafanzeige bei den zuständigen Behörden desjenigen Staates zu erheben, welcher die Hoheitsgewalt über jenes Gebiet ausübt, in welchem sie der Folter unterworfen waren. Im Weiteren hat jeder Mitgliedstaat gemäss Art. 5 Abs. 2 und Art. 7 FK die

notwendigen Massnahmen zu treffen, um seine Gerichtsbarkeit über diese Straftaten für den Fall zu begründen, dass der Verdächtige sich in einem der Hoheitsgewalt des betreffenden Staates unterstehenden Gebiet befindet.

**21** Wenn die Folteropfer selbst nicht in der Lage sind, Anzeige zu erstatten, kann jeder die Urheber von Folterhandlungen bei den Strafverfolgungsbehörden mittels Tatsachenangaben anzeigen. Diesfalls sind die schweizerischen Strafverfolgungsbehörden verpflichtet, bei allen Straftaten, welche von Amtes wegen verfolgt werden müssen, dieselben Vorkehrungen zu treffen, wie wenn sie durch ein Opfer angerufen worden wäre.

**22** Sind die Voraussetzungen zur Eröffnung einer Strafverfolgung gegeben, so muss die Klage oder die Strafanzeige bei der kantonalen Staatsanwaltschaft des Begehungsortes eingereicht werden, falls sich dieser in der Schweiz befindet (Art. 346 Abs. 1 StGB).

**23** Ist die strafbare Handlung im Ausland verübt worden, so muss die Klage bei der Staatsanwaltschaft am Ort, wo der Urheber wohnt, eingereicht werden oder im Falle, dass der Urheber in der Schweiz keinen Wohnort hat, bei der Staatsanwaltschaft seines Heimatorts (Art. 348 Abs. 1 StGB).

**24** Ist das Opfer Schweizer und wurden die Handlungen durch einen Ausländer im Ausland begangen, welcher sich nicht auf der Durchreise in der Schweiz befindet, so hat sich das Opfer oder sein rechtlicher Vertreter an die Staatsanwaltschaft seines Wohnorts oder seines Heimatorts zu wenden, welche die Auslieferung des Täters fordert und so für die Fortsetzung des Verfahrens zuständig sein wird (Art. 348 Abs. 2 StGB).

**25** Hat sich der Sachverhalt nicht in der Schweiz zugetragen und sind weder der Täter noch das Opfer Schweizer, so muss die Klage bei der Staatsanwaltschaft am Ort der Durchreise des Täters eingereicht werden (Art. 348 Abs. 1 letzter Satz StGB).

**26** Erfolgt die Folterhandlungen im Rahmen eines internen oder internationalen bewaffneten Konflikts, so handelt es sich um eine Verletzung des humanitären Völkerrechts<sup>11</sup>; folglich ist die Militärjustiz zuständig. Die Klage muss beim zur Strafverfolgung zuständigen Oberauditor der Armee eingereicht werden<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Vgl. oben RN 3.

<sup>12</sup> Vgl. Kapitel II.

**27** Wurden die Folterhandlungen systematisch vorgenommen oder erfolgten sie in grossem Ausmass und durch Anstiftung einer Regierung, einer Organisation oder einer Gruppe, so handelt es sich um ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit<sup>13</sup> und die Zuständigkeit zur Strafverfolgung obliegt ebenfalls den Kantonen. Die Klage muss gemäss den genannten Kriterien<sup>14</sup> bei der zuständigen kantonalen Staatsanwaltschaft eingereicht werden.

**28** Prinzipiell kann zwischen Folterhandlungen und Völkermord keine Konkurrenz vorliegen. Angesichts der Schwere des letztgenannten Verbrechens absorbiert es die Folterhandlungen. Im Falle eines Völkermordes kann bei der Schweizerischen Bundesanwaltschaft Anzeige erhoben werden<sup>15</sup>.

## D Verjährung

**29** Das Übereinkommen vom 10. Dezember 1984 regelt die Frage der Verjährung von Folterhandlungen nicht.

**30** Die Verjährung richtet sich demnach nach der jeweiligen Strafe für den einzelnen Straftatbestand nach Schweizerischem Strafgesetzbuch. Gemäss Art. 70 StGB verjährt die Strafverfolgung nach dreissig Jahren, wenn die Tat mit lebenslänglichem Zuchthaus bedroht ist (beispielsweise Mord), nach fünfzehn Jahren, wenn die Tat mit Gefängnis von mehr als drei Jahren oder mit Zuchthaus bedroht ist und nach sieben Jahren, wenn die Tat mit einer anderen Strafe bedroht ist.

**31** Die neue Verjährungsregelung ist nur auf Straftaten, welche im Zeitpunkt des Inkrafttretens des revidierten StGB am 1. Oktober 2002<sup>16</sup> noch nicht verjährt waren, anwendbar. Die neuen Bestimmungen können, wenigstens in ihrer Gesamtheit, nicht als weniger mild im Sinne von Art. 337 StGB bezeichnet werden. Die Anwendung einer längeren Verjährungsdauer auf Taten, die unter einer günstigeren Regelung begangen wurden, verletzt das im Strafrecht geltende Prinzip der Nichtrückwirkung in keiner Weise<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> Vgl. Art. 5 Statut ICTY, Art. 3 Statut ICTR und Art. 7 Statut IStGH.

<sup>14</sup> Vgl. Kapitel III.

<sup>15</sup> Vgl. Kapitel I.

<sup>16</sup> AS 2002 2993, 2996.

<sup>17</sup> EGMR, Urteil vom 22. Juni 2000 i.S. *Coëme et autres c. Belgique*, § 149: «Die Verlängerung der Verjährungsfrist, welche durch das Gesetz eingeführt wurde (...), hat sicherlich die Hinausschiebung der Frist, während welcher die Taten verfolgt werden können, zur Folge und ist, indem das Abwarten der Kläger vereitelt wurde, für sie ungünstig. Solche Sachlagen stellen jedoch keine Verletzung der durch Art. 7 [EMRK] garantierten Rechte dar, da diese

**32** Die Verjährungsfrist beginnt, wenn der Täter die strafbare Tätigkeit zu verschiedenen Zeiten ausführte, erst mit dem Tag der letztmaligen Begehung. Dauert die strafbare Tat an, so beginnt die Verjährungsfrist erst mit dem Tag, an dem dieses Verhalten aufhört (Art. 71 StGB).

**33** Unseres Erachtens nach sollten Folterhandlungen gemäss Art. 75<sup>bis</sup> Ziff. 3 StGB in den Genuss der Unverjährbarkeit kommen. Beim Inkrafttreten dieser Bestimmung –die in erster Linie für Terrorakte konzipiert wurde– war das Übereinkommen vom 10. Dezember noch nicht verfasst. Im Übrigen stimmt der Text von Art. 75<sup>bis</sup> Ziff. 3 StGB in allen Punkten mit den Merkmalen der Folter überein: das Leben und die körperliche Integrität werden beeinträchtigt oder bedroht, um Zwang oder Erpressung auszuüben. Überdies deutet der Gebrauch des Adverbs «namentlich» darauf hin, dass auch andere als die aufgeführten Handlungen erfasst sein können. Schliesslich lässt sich durch eine dem Völkerrecht entsprechende Auslegung auf die Unverjährbarkeit der Folter schliessen.

**34** Diesbezüglich ist anzumerken, dass die Menschenrechtskommission der UNO daran ist, Grundsätze und Leitlinien zum Klage- und Entschädigungsrecht für Opfer von Menschenrechtsverletzungen sowie von Verstössen gegen das humanitäre Völkerrecht zu formulieren<sup>18</sup>. Diese Prinzipien müssen noch von der Menschenrechtskommission, vom Wirtschafts- und Sozialrat sowie schliesslich von der Generalversammlung der UNO verabschiedet werden. Art. 6 und 7 dieser Prinzipien sehen vor, dass für Verletzungen von Menschenrechten sowie des humanitären Völkerrechts, welche völkerrechtliche Verbrechen darstellen, keine Verfolgungsverjährung gilt. Da diese Grundsätze nicht in internationalen Übereinkommen, insbesondere nicht im Übereinkommen vom 10. Dezember 1984, verankert sind, handelt es sich lediglich um *soft law*, da UNO-Resolutionen nicht Vertragsrecht darstellen und nur selten Völkergewohnheitsrecht wiedergeben.

**35** Dennoch sollten die Schweizer Richter aufgrund dieser Prinzipien die Verjährungsbestimmungen auf dem Gebiet der Folter umsichtig anwenden und alle ihnen zur Verfügung stehenden Möglichkeiten nutzen, um zu vermeiden, dass eine Folterhandlung als verjährt qualifiziert wird.

Bestimmung nicht dahingehend ausgelegt werden kann, als dass sie eine Verlängerung der Verjährungsfristen durch die unmittelbare Anwendung einer Verfahrensordnung verhindert, sofern die vorgeworfenen Taten noch nicht verjährt waren» (freie Übersetzung).

<sup>18</sup> «*Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire*», Anhang zum Dokument E/CN.4/2000/62.

Insbesondere Art. 71 StGB sollte bezüglich des Beginns der Verjährungsfrist flexibel angewendet werden.

**36** Das gilt umso mehr, als dass Folter als ein internationales Verbrechen angesehen wird. Der Internationale Strafgerichtshof für Ex-Jugoslawien urteilte, dass die Folter jederzeit verfolgt werden kann, da die Verjährungsvorschriften des nationalen Rechts in diesem Fall nicht anwendbar seien: « Es scheint, dass – unter anderen Konsequenzen – die Folter zweifellos unverjährbar ist und dass sie nicht vom Anwendungsbereich der Auslieferung ausgeschlossen werden darf unter dem Vorwand, es handle sich um ein politisches Verbrechen »<sup>19</sup>.

**37** Wenn Folterhandlungen in systematischer Weise oder in grossem Ausmass vorgenommen werden und auf Anstiftung oder unter der Leitung einer Regierung, einer Organisation oder einer Gruppe erfolgen, so handelt es sich, wie erwähnt, um Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Gemäss den Voraussetzungen von Art. 75<sup>bis</sup> Abs. 1 Ziff. 1 StGB kann Folter ein unverjährbares Verbrechen darstellen<sup>20</sup>. Das gleiche gilt, wenn die Taten im Rahmen eines internen oder internationalen bewaffneten Konflikts erfolgen. Es handelt sich dabei um Kriegsverbrechen, welche – vorausgesetzt Art. 75<sup>bis</sup> Abs. 1 Ziff. 2 StGB sei erfüllt – ebenfalls unverjährbar sind.

#### **E Einhaltung der durch die Schweiz eingegangenen Verpflichtungen des Übereinkommens vom 10. Dezember 1984**

**38** Wie oben dargelegt, ist die Verfolgung aller Folterhandlungen in der Schweiz nicht möglich, da spezielle, die Folter unter Strafe stellende Normen in der Schweiz fehlen. So ist beispielsweise an den Entzug von Schlaf zur Erlangung von Auskünften oder Geständnissen, zur Bestrafung, zur Einschüchterung oder um Druck auszuüben, zu denken. Im Weiteren sind die durch das Strafgesetzbuch vorgesehenen Strafen für die in Frage kommenden Tatbestände im Zusammenhang mit Folter zu mild. Unserer Ansicht nach sollte die Schweiz spezifische Strafrechtsnormen aufstellen, welche u.a. die Unverjährbarkeit der Strafverfolgung der Folter vorsehen.

**39** Andererseits ist festzustellen, dass die aktuelle Praxis des Bundesgerichts es dem Folteropfer nicht ermöglicht, im Rahmen eines Strafverfahrens gegen

<sup>19</sup> ICTY (2. Kammer), Urteil vom 10. Dezember 1998 i.S. *Furundzija*, § 157 (freie Übersetzung).

<sup>20</sup> Art. 75bis StGB trat am 1. Januar 1983 in Kraft und ist anwendbar, wenn die Strafverfolgung oder die auf gewöhnliche Weise berechnete Strafe im Zeitpunkt seines Inkrafttretens noch nicht verjährt waren.

einen der Folter verdächtigten Beamten Nichtigkeitsbeschwerde gegen eine Abweisung oder einen Nichteintretensentscheid zu erheben<sup>21</sup>.

**40** Zur Behebung dieser mit Art. 14 FK nicht kompatibel erscheinenden Situation drängt sich eine Gesetzesrevision auf. Art. 14 FK verpflichtet jeden Mitgliedstaat, in seinem Rechtssystem die Möglichkeit für Folteropfer vorzusehen, Schadenersatz zu verlangen und gerechte und angemessene Genugtuung zu erhalten. Für ein Folteropfer ist es tatsächlich sehr wichtig, dass es seine zivilrechtlichen Ansprüche im Rahmen des Strafverfahrens geltend machen kann, und sei dies nur wegen den anfallenden Kosten, der Verjährung und der Beweiserbringung. Es ist somit wesentlich, dass das Opfer seine Zivilforderungen im Rahmen des Strafverfahrens geltend machen kann und dass ihm, wenn ein Strafverfahren nicht eröffnet wird, die Möglichkeit zur Anfechtung dieser Abweisung bis ans Bundesgericht zugestanden wird.

**41** Verfügt ein Folterer über Vermögen in der Schweiz, zum Beispiel auf einem Bankkonto, so kann das Opfer – sollte es versuchen, sein Recht zur Erlangung von Schadenersatz für das erlittene Unrecht geltend zu machen – die Vermögensteile des Folterers gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG<sup>22</sup> nicht mit Arrest belegen lassen, falls die Taten nicht in der Schweiz verübt wurden und weder Täter noch Opfer Schweizer sind, da damit zur Schweiz kein Bezug besteht. Es ist jedoch wichtig, dass die Opfer um Verarrestierung ersuchen können, um die Sicherheit zu haben, nach der Geltendmachung ihrer Zivilforderungen eine Entschädigung zu erhalten. Auch auf diesem Gebiet drängt sich zur Respektierung des Art. 14 des Übereinkommens vom 10. Dezember 1984 eine Gesetzesrevision auf. Diese hat die Geltendmachung der Schadenersatzansprüche eines Opfers aufgrund der erlittenen Folterhandlungen gegen den Folterer, unabhängig von einer ausreichenden Verbindung zur Schweiz vorzusehen.

**42** Es muss jedoch hinzugefügt werden, dass gemäss dem heute geltenden Recht die strafrechtliche Einziehung von Vermögenswerten veranlasst werden kann, wenn die Vermögenswerte durch eine strafbare Handlung erlangt und in der Schweiz gewaschen wurden, so dass eine Bindung zur Schweiz besteht (Art. 59 StGB). Die Vermögenswerte könnten unter dem Titel der Geldwäscherei eingezogen werden und das Opfer des Hauptverbrechens könnte so seine Ansprüche geltend machen.

<sup>21</sup> BGE 127 IV 189, Erw. 2.b; BGE 125 IV 161, Erw. 2.b und 3; SJ 2001 I 177.

<sup>22</sup> Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, SR 281.1.

## V Immunitäten und Amnestie

BERNARD BERTOSSA und PHILIP GRANT

### Ausgewählte Literatur

- ANTONIO CASSESE, «*When May Senior State Officials be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case*», EJIL 2002, S. 853 ff.
- MARCO SASSOLI, «*L'arrêt Yerodia: Quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international*», RGDIP 2002/4, S. 789 ff.
- EDA, «*Immunité de juridiction et d'exécution des Etats, des premiers ministres, des ministres des affaires étrangères et d'autres agents d'Etats étrangers. Courtoisie internationale*», Rechtsgutachten zuhanden der SBA, in SZIER 1999, S. 696 ff.

### A Immunitäten

1 Die Bundesgesetzgebung kennt keine besondere Regelung der Immunität ausländischer Machthaber. Im konkreten Fall greifen die schweizerischen Behörden deshalb auf die Regeln des Völkerrechts zurück, ohne auf die Regeln desjenigen Staates Rücksicht nehmen zu müssen, dem die angeklagte Person angehört. Auf vertragsrechtlicher Ebene sind das Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen<sup>1</sup>, das Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen<sup>2</sup>, das Übereinkommen von New York über Sondermissionen<sup>3</sup> oder das Abkommen über die Vorrechte und Immunitäten der Organisation der Vereinten Nationen zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und dem Generalsekretär der Vereinten Nationen<sup>4</sup> anwendbar. Zudem beruhen gewisse Immunitätsrechte, namentlich zugunsten von Staatsechefs, auf Völkergewohnheitsrecht.

2 Im Fall *Marcos* hatte das Bundesgericht Ende der achtziger Jahre beispielsweise erklärt, dass «die Staatsechefs betreffend Handlungen, welche sie in Ausübung ihrer amtlichen Funktion vornehmen, unabhängig davon,

---

<sup>1</sup> Vom 18. April 1961, SR 0.191.01.

<sup>2</sup> Vom 24. April 1963, SR 0.191.02.

<sup>3</sup> Vom 8. Dezember 1969, SR 0.191.2.

<sup>4</sup> Vom 11. Juni/1. Juli 1946, SR 0.192.120.1. Siehe auch andere Verträge zwischen der Schweiz und verschiedenen internationalen Organisationen unter SR 0.192.120 ff.

wo diese ausgeübt werden, *rationae personae* absolut frei von jeglichem staatlichen Zwang sowie jeglicher Gerichtsbarkeit eines anderen Staates sind. (...) Die Immunität des Staatsoberhauptes vor strafrechtlicher Gerichtsbarkeit ist absolut. (...) Die Beschwerdeführer kamen demnach solange, als sie auf den Philippinen die Macht ausübten, in den Genuss strafrechtlicher Immunität betreffend begangener Straftaten»<sup>5</sup>. Dieser Fall betraf jedoch keine internationalen Verbrechen. Seit dem Fall *Pinochet* sowie im Lichte der aktuellen und wichtigen Entwicklungen des internationalen Rechts<sup>6</sup>, ist es kaum denkbar, dass das Bundesgericht heute noch denselben engen Ansatz formulieren würde; sei dies nun betreffend eines Staatsoberhauptes oder eines anderen ausländischen Führungsmitgliedes. In der Tat wird mehr und mehr davon ausgegangen, dass die völkerrechtlichen Immunitätsrechte nicht dazu dienen können, Straflosigkeit für die Verantwortlichen schwerwiegender internationaler Verbrechen zu garantieren. Sogar der Bundesrat anerkennt, dass sich dieses Rechtsgebiet in voller Entwicklung befindet<sup>7</sup>.

3 Der Internationale Gerichtshof trug kürzlich mit dem Urteil im Kongo v. Belgien-Fall zur Präzisierung der Reichweite des Völkerrechts bei, wobei

<sup>5</sup> BGE 115 Ib 496, 500 (freie Übersetzung). Diesem Urteil im Grundsatz zustimmend, schreibt Professor CHRISTIAN DOMINICE: «*Tout au plus peut-on se demander si tous les actes accomplis à l'occasion de fonctions officielles sont des actes de fonction. Pour parler clair, puiser dans la caisse pourrait être considéré comme un acte privé*»: SJ 1990, S. 522.

<sup>6</sup> Man erhält eine Vorstellung davon im Bericht der Direktion für Völkerrecht des EDA vom 2. April 1998 zuhanden des Bundesamtes für Justiz, in: SZIER 1998, S. 689 f.: «Das mit dem Fall befasste Gericht hätte so leichter zur Überzeugung gelangen können, dass die Ahndung schwerer Verbrechen derart zwingender Natur ist, dass keine Ausnahme auf Grund der amtlichen Funktion des Angeschuldigten gerechtfertigt ist; der Strafverfolgung mithin Vorrang gegenüber der Immunität gemäss Art. 31 des Wiener Übereinkommens über diplomatische Beziehungen bzw. der entsprechenden vorbestehenden Regel des Völkergewohnheitsrechts zukommt (...). Ebenso könnte man annehmen, dass ein ausländischer Diplomat trotz seiner Immunität vor strafrechtlicher Gerichtsbarkeit vor ein schweizerisches Gericht gestellt würde, vorausgesetzt, dass das Opfer die Aufhebung der Immunität des betreffenden Diplomaten nicht erreicht und es sich um eine schwere Verletzung der Menschenrechte handelt» (freie Übersetzung).

Ebenso lauten die Schlussfolgerungen der abweichenden Minderheit des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Urteil vom 21. November 2001 i.S. *Al-Adsani c. Vereinigtes Königreich*, welche die Mehrheitsmeinung des Gerichtshofs in dieser Sache betreffend den Zugang zu einem Gericht in zivilrechtlicher Angelegenheit zusammenfasst und Folgendes unterstreicht: «[Die Mehrheit] glaubt, zwischen Strafverfahren, in denen sie zuzugestehen scheint, dass eine *ius cogens*-Vorschrift [Verbot der Folter] den Regeln über die Immunität ausländischer Staaten vorgeht und ihnen ihre rechtliche Wirkung nimmt, einerseits und zivilrechtlichen Verfahren, in denen sie mangels gerichtlicher Präzedenzentscheidungen glaubt, nicht die gleiche Schlussfolgerung ziehen zu können, andererseits unterscheiden zu müssen (...)» (Übersetzung der EuGRZ 2002, 410). Daraus lässt sich ableiten, dass im Strafrecht, im Hinblick auf so fundamentale Regeln wie das Verbot der Folter, die strafrechtliche Immunität vor der Verpflichtung zur Strafverfolgung zurücktreten muss.

<sup>7</sup> BBl 2001 434.

er jedoch einen vorsichtigen Ansatz verfolgte. Dieser Fall betreffend einen Aussenminister hat den IGH zur folgenden Erwägung veranlasst:

«Um einem Aussenminister die Erfüllung seiner Funktionen zu erlauben, genießt er während seiner ganzen Amtszeit volle Immunität vor strafrechtlicher Verfolgung und absolute Unverletzlichkeit bei Auslandsaufenthalten. Diese Immunität und diese Unverletzlichkeit schützen den Betroffenen vor jeglichem staatlichen Akt eines anderen Staates, welcher die Ausübung seiner Funktionen behindern könnte»<sup>8</sup>.

Dieses Urteil löste beträchtliche Kritik aus. Ohne an dieser Stelle die gesamte Problematik aufgreifen zu können, sollen doch gewisse Elemente präzisiert werden.

4 Beim Begriff der Immunität gilt es zwischen der funktionalen und der persönlichen Immunität zu unterscheiden<sup>9</sup>. Die *funktionale Immunität* bezieht sich auf das materielle Recht und besagt, dass Handlungen, die aufgrund einer amtlichen Funktion ausgeübt werden –und die somit als zulässig betrachtet werden– nie die individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit ihres Autors, sondern höchstens eine allfällige Verantwortlichkeit des Staates, den dieser vertritt, auslösen können. Die *persönliche Immunität*, die rein prozessualer Natur ist, garantiert die Unverletzbarkeit des Trägers dieser Funktion während der Ausübung derselben.

5 Aus dem Vorangehenden lässt sich betreffend das Strafrecht ableiten, dass Träger von amtlichen Funktionen, sobald sie ihren Posten nicht mehr innehaben, grundsätzlich strafrechtlich verfolgt werden können (da somit ihre persönliche Immunität endet), ausgenommen für diejenigen Handlungen, welche durch die funktionale Immunität gedeckt sind.

6 Für die folgenden Ausführungen ist es wichtig, die Frage der Immunität vor internationalen Gerichten, wie dem ICTY, dem ICTR und dem IStGH, klar von der Immunität vor nationalen Gerichten zu unterscheiden<sup>10</sup>. Im Folgenden interessiert uns nur die Immunität vor den nationalen Gerichten.

<sup>8</sup> Internationaler Gerichtshof, Urteil vom 14. Februar 2002, Kongo v. Belgien, § 54 (freie Übersetzung).

<sup>9</sup> ANTONIO CASSESE, «*When May Senior State Officials be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case*», EJIL 2002, S. 862.

<sup>10</sup> Internationaler Gerichtshof (FN 8), § 61.

7 In einer höchst fragwürdigen und stark kritisierten Erwägung<sup>11</sup> hat der IGH festgehalten, dass das nationale Gericht, vorausgesetzt, es sei völkerrechtlich zuständig, den ehemaligen Aussenminister eines anderen Staates für solche Handlungen strafrechtlich verurteilen könne, die dieser vor oder nach seiner Amtszeit, beziehungsweise während dieser in privater Eigenschaft ausgeführt habe<sup>12</sup>. Dagegen würden gemäss IGH die in «amtlicher» Funktion begangenen Taten keinerlei strafrechtliche Verantwortung auslösen.

8 Es ist schwer vorstellbar, dass internationale Verbrechen durch eine Person, die eine amtliche Funktion innehat, «in rein privater Eigenschaft» begangen werden können. Betreffend *Völkermord* bestimmt Art. IV des Völkermordübereinkommens von 1948 ausdrücklich, dass Personen, die sich des Völkermordes und anderer Handlungen gemäss Art. III des Übereinkommens schuldig gemacht haben, zu bestrafen seien, ob sie nun regierende Personen, Beamte oder private Einzelpersonen seien. Art. IV des Übereinkommens beinhaltet somit das Prinzip, dass die gewissen amtlichen Funktionen zukommende Immunität kein Hindernis für die strafrechtliche Verfolgung eines des Völkermordes Schuldigen darstelle. Aus diesem Prinzip folgt, dass sich der Betreffende nicht darauf berufen kann, in Ausübung seiner amtlichen Funktion gehandelt zu haben, um Taten zu «rechtfertigen», welche unter die Definition von Völkermord fallen; selbst wenn er «auf Befehl» gehandelt hat<sup>13</sup>.

9 Die Definition von *Folter* in Art. 1 des Übereinkommens impliziert, dass Folter nur in Ausübung einer amtlichen Funktion begangen werden kann. Es ist somit kaum denkbar, dass die Autoren der Konvention, in Voraussicht der Verpflichtung aller Staaten, das Verbrechen der Folter strafrechtlich zu verfolgen, zugestanden hätten, dass dieselbe Verpflichtung vor den Immunitäten zurücktreten müsste.

10 Betreffend *Kriegsverbrechen* oder *Verbrechen gegen die Menschlichkeit* setzen die Regierenden, die sich solcher Verbrechen schuldig machen, im Allgemeinen den militärischen oder repressiven Staatsapparat in Bewegung,

<sup>11</sup> ANTONIO CASSESE (FN 9), S. 853 ff.; MARCO SASSOLI, «*L'arrêt Yerodia: Quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international*», RGDIP 2002/4, S. 789 ff.; MARINA SPINEDI, «*State Responsibility v. Individual Responsibility for International Crimes: Tertium Non Datur?*», EJIL 2002, S. 895 ff.; STEFFAN WIRTH, «*Immunity for Core Crimes? The ICJ's Judgment in the Congo v. Belgium Case*», EJIL 2002, S. 877 ff.; vgl. JEAN-PIERRE COT, «*Observations sur "L'affaire du mandat d'arrêt belge du 11 avril 2000"*», in RTDH 2002, S. 925 ff.

<sup>12</sup> Internationaler Gerichtshof (FN 8), § 61.

<sup>13</sup> Botschaft, BBl 1999 5340, 5351.

um Entscheidungen durchzuführen, die durchaus in amtlicher Funktion getroffen wurden<sup>14</sup>. Sassöli bringt dies folgendermassen auf den Punkt: «*Beaucoup de crimes internationaux ne peuvent être commis que par des gouvernants, sous leurs ordres ou avec leur connivence*»<sup>15</sup>. In Anbetracht des Gesagten scheint es, als ob der IGH das Schema verwendet hat, das für die staatlichen Immunitäten im Bereich des Zivil- und Handelsrechts geeignet ist (Handlungen *iure imperii* oder *iure gestionis*), welches jedoch im Bereich der individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit absolut inadäquat ist.

11 Man könnte zwar eine interessante intellektuelle Übung anstreben und argumentieren, dass jede Verletzung des Völkerrechts nur in privater Eigenschaft begangen werden kann. Diese Sichtweise bringt aber im Bereich der Staatenverantwortlichkeit die Folge mit sich, dass internationale Verbrechen der Staatsorgane nicht mehr als staatliche Akte betrachtet werden könnten - was aus unserer Sicht nicht begrüsst werden kann. Es gilt aber vielmehr anzuerkennen, dass diese Verbrechen notwendigerweise im Rahmen der amtlichen Funktion des betreffenden Machthabers begangen werden, dass das Völkerrecht jedoch eine klare Ausnahme von der funktionalen Immunität vorsieht und die Verfolgung von internationalen Verbrechen erlaubt, wenn der ausländische Machthaber seine Funktion nicht mehr innehat. Dies ist auch die klare Schlussfolgerung des Ausschusses der Vereinten Nationen gegen die Folter i.S. *Augusto Pinochet*, in der es empfohlen hat, im Fall der Nichtauslieferung das strafrechtliche Verfahren gegen ihn in England weiterzuführen<sup>19</sup>. Daraus folgt, dass ehemalige Staatsoberhäupter für Folterhandlungen, welche sie während ihrer Amtszeit

<sup>14</sup> Um noch einmal das Beispiel von ANTONIO CASSESE (FN 9), S. 870, aufzunehmen: man kann sich tatsächlich nur schlecht vorstellen, dass der deutsche und der japanische Aussenminister Ribbentrop und Shigemitsu, die im Zusammenhang mit dem Zweiten Weltkrieg verurteilt wurden, die ihnen zur Last gelegten Straftaten in «privater Eigenschaft» begangen hätten.

<sup>15</sup> MARCO SASSÖLI (FN 11), S. 802.

<sup>16</sup> Übereinstimmende Meinung der Richter HIGGINS, KOOIJMANS und BUERGENTHAL im Kongo v. Belgien-Fall (FN 8), § 85.

<sup>17</sup> Vgl. den Entwurf der UNO-Völkerrechtskommission zur Staatenverantwortlichkeit für international rechtswidriges Verhalten: «Die hoheitlichen Handlungen jedes Staatsorgans werden gemäss Völkerrecht dem Staat zugerechnet, unabhängig davon, ob das Staatsorgan gesetzgebende, ausführende, richterliche oder andere Funktionen ausübt, unabhängig von seiner Position innerhalb der Staatsorganisation sowie unabhängig davon, ob es als Organ der Zentralregierung oder einer territorialen Einheit innerhalb des Staates handelt» (freie Übersetzung) (Art. 4), abrufbar unter [www.un.org/law/ilc/reports/2001/2001report.htm](http://www.un.org/law/ilc/reports/2001/2001report.htm); vgl. den Kommentar der ILC auf S. 83 ff. im französischen Dokument (Stand am 1. August 2003).

<sup>18</sup> Abweichende Meinung von Richter AL-KASAWNEH im Kongo v. Belgien-Fall (FN 8), § 6; ANTONIO CASSESE (FN 9), S. 870 ff.; EMMANUEL DECAUX, «*Les Gouvernants*», in *Droit international pénal*, unter der Leitung von Hervé Ascensio/Emmanuel Decaux/Alain Pellet, Pedone, Paris 2000, S. 183 ff.; MARCO SASSOLI (FN 11), S. 801; JEAN-PIERRE COT (FN 11), S. 956.

<sup>19</sup> «*Concluding Observations of the Committee Against Torture: United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*», 17. November 1998, UN Dok. A/54/44, §§ 72-77, Ziff. 5 (f).

angeordnet oder genehmigt haben, nicht in den Genuss der Immunität kommen.

**12** Die Rechtsprechung des IGH beschränkt sich auf den spezifischen Fall der Immunitäten, die einem Aussenminister zukommen, die «er nicht zu seinem persönlichen Vorteil geniesst, sondern die es ihm erlauben sollen, seine Funktion für den Staat, den er vertritt, frei auszuüben» (*freie Übersetzung*). Der Gerichtshof bestätigt, dass es ein allgemein anerkannter Grundsatz des Völkerrechts sei, wonach gewisse hochrangige Amtsträger eines Staates, wie z.B. Staatsoberhäupter, Regierungschefs oder Aussenminister, völkerrechtliche Immunität vor strafrechtlicher und zivilrechtlicher Gerichtsbarkeit in anderen Staaten geniessen, so wie dies auch für diplomatische und konsularische Vertreter gelte. Er fügt jedoch gleich hinzu, «dass er lediglich die strafrechtliche Immunität und die Unantastbarkeit eines amtierenden Aussenministers zu überprüfen habe» (*freie Übersetzung*). Gleichwohl kann aus seiner Argumentation abgeleitet werden, dass die Staats- und Regierungschefs, die ihr Amt für den Staat, den sie vertreten, ebenfalls frei ausüben können sollen, eine Immunität gleicher Reichweite wie ein Aussenminister geniessen.

**13** Dagegen scheint einem Verteidigungs-, Gesundheits- oder Erziehungsminister gemäss Völkerrecht keine spezielle Immunität vor, der Gerichtsbarkeit eines ausländischen Staates zu geniessen, es sei denn, spezielle Bestimmungen des Übereinkommens von New York über Sondermissionen wären anwendbar<sup>20</sup>.

**14** In Bezug auf Diplomaten wird die Frage der persönlichen Immunität durch das Völkervertragsrecht gelöst. Die persönliche Immunität schützt den

---

<sup>20</sup> Siehe Rechtsgutachten des EDA zuhanden der SBA «*Immunité de juridiction et d'exécution des Etats, des premiers ministres, des ministres des affaires étrangères et d'autres agents d'Etats étrangers. Courtoisie internationale*», in SZIER 1999, S. 697: «Die Premierminister und anderen Regierungsmitglieder, die an einer offiziellen *Mission* ins Ausland teilnehmen, geniessen persönliche Unverletzbarkeit und vollständige strafrechtliche Immunität sowohl im Zielstaat der Mission als auch in Durchreisestaaten» (*freie Übersetzung*).

Dagegen stellt sich die Situation ausserhalb von Sondermissionen ganz anders dar: «Es ist schliesslich klar, dass sich die Situation von Premierministern und anderen ranghohen Personen, dies sich zu *privatem Zweck* im Ausland aufhalten, klar von derjenigen eines Staatschefs unterscheidet, dem unter dem Völkerrecht umfassende Immunität zukommt. Als allgemeine Regel gilt, dass die Immunität bei Reisen privater Natur nicht spielt. Unter gewissen Umständen kann sich die aus der Erfüllung amtlicher Funktionen, z.B. die Teilnahme an einer Sondermission, resultierende Immunität jedoch verlängern. Bei einem an eine Sondermission anschliessenden privaten Aufenthalt wird die Immunität dem nach zuerkannt, obwohl der Betreffende nicht mehr eine amtliche Funktion innehat. Die Übereinkommen über diplomatische Beziehungen und Sondermissionen sehen eine solche Ausdehnung ausdrücklich vor» (S. 698; *freie Übersetzung*).

Betreffenden häufig nur, wenn die Tat im Rahmen der amtlichen Funktion des Diplomaten begangen wurde<sup>21</sup>. Die Begehung eines internationalen Verbrechens, insbesondere die Verletzung des humanitären Völkerrechts, wird wohl unter keinen Umständen in die Funktion eines Diplomaten fallen. Hingegen wurde die Frage, ob die persönliche Immunität des Diplomaten absolut ist, noch nie entschieden. In Bezug auf das Folter-Übereinkommen vom 10. Dezember 1984 wird heute beispielsweise Kritik geübt und gesagt, dass das Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen von 1961 kein Hindernis zur strafrechtlichen Verfolgung von Diplomaten darstellen solle, die sich der Folter schuldig gemacht haben<sup>22</sup>.

**15** Wenn der ausländische Machthaber gemäss Völkerrecht demnach –zumindest während seiner Amtszeit– persönliche Immunität geniesst, so müssen deren genaue Auswirkungen bestimmt werden. Auch wenn eine direkte Zwangsmassnahme offenbar nicht zulässig ist, so ist damit nicht gesagt, dass auch jegliche Ermittlungsmassnahmen der Behörden eines Drittstaates schlicht und einfach verboten sind.

**16** Aus diesem Grund verhindert die Immunität, die ein ausländischer Regierungschef unter Umständen geniesst, in keiner Weise Ermittlungshandlungen, solange keine Vollzugsmassnahmen gegen die betroffene Person ergriffen werden<sup>23</sup>. Wie die Richter Higgins, Kooijmans und Buergenthal im *Kongo v. Belgien-Fall* betonen, verletzt «die Einleitung einer Untersuchung, aufgrund derer später ein Haftbefehl ausgestellt werden könnte, (...) als solche nicht diese Regeln [d.h. die Regeln zur Immunität]. Der Zweck des internationalen Rechts der Immunitäten verlangt nicht, dass die Staaten es unterlassen müssen, sich zu informieren»<sup>24</sup>.

**17** Genauer gesagt, wenn die persönliche Immunität zeitlich beschränkt gilt und eines Tages endet, ist nicht einzusehen, weshalb nicht Beweise gesichert werden können (z.B. Zeugenbefragungen), die später verschwinden würden. Dem ist beizufügen, dass das Verbot jeglicher Untersuchungshandlung oder Informationssammlung in einer Angelegenheit, die potenziell eine

---

<sup>21</sup> Vgl. Art. 37 Abs. 3 des Übereinkommens von 1961; Art. 43 des Übereinkommens von 1963.

<sup>22</sup> Organisation mondiale contre la torture, «*Diplomatic Immunity and the Obligation to Punish Torture*», Forschungsarbeit von Isabel Ricupero, Genf 2002, nicht publiziert (13 Seiten).

<sup>23</sup> Siehe zum Beispiel JEAN SALMON, *Manuel de droit diplomatique*, Bruylant, Brüssel 1994, S. 303: die Straftat, derer ein Diplomat verdächtigt wird, kann in jedem Fall Gegenstand einer Strafuntersuchung sein, solange der Diplomat nicht befragt oder vor die Justiz zitiert wird.

<sup>24</sup> Übereinstimmende Meinung der Richter HIGGINS, KOOJMANNS UND BUERGENTHAL im *Kongo v. Belgien-Fall* (FN 8), § 59 (*freie Übersetzung*).



durch persönliche Immunität geschützte Person betreffen könnte, sogar damit verknüpfte Verfahren gegen Personen, die keinerlei Immunität geniessen, blockieren würde. Schlimmer noch: die Unmöglichkeit, in einer Angelegenheit zu ermitteln oder Beweise über die Aktivitäten des Trägers der Immunität zu sammeln, könnte dazu führen, dass das Recht auf Verteidigung verletzt wird. Dies wäre insbesondere der Fall, wenn sich ein Angeklagter im betreffenden Staat darauf berufen würde, dass er die Befehle direkt vom aktuellen Träger der Immunität erhalten habe, welcher beispielsweise Druck oder Drohungen gegen ihn eingesetzt habe. Tatsächlich würde dies eine beachtliche Rolle bei der Bestimmung des Strafmasses spielen.

**18** Wir beenden diesen Teil kurz mit den Immunitäten, die das Bundesrecht<sup>25</sup> oder das kantonale Recht<sup>26</sup> zugunsten von bestimmten Beamten und Amtsträgern vorsieht. Die relativen Immunitäten, die aufgehoben werden können, sollten gegebenenfalls prinzipiell aufgehoben werden, da die völkerrechtliche Verpflichtung, ein internationales Verbrechen zu verfolgen, dies verlangt.

**19** Die absolute Immunität von Mitgliedern des Ständerats, des Nationalrats oder des Bundesrats sowie des Bundeskanzlers gemäss Art. 162 BV und Art. 2 Abs. 2 VG stellt dagegen ein Problem dar, wenn ein internationales Verbrechen im Rahmen einer offiziellen Debatte der Räte oder ihrer Organe begangen wird.

---

<sup>25</sup> Das Bundesgesetz vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten, SR 170.32 (nachfolgend: VG), sieht vor, dass es zur Eröffnung einer Strafverfolgung von Beamten wegen strafbarer Handlungen, die sich auf ihre amtliche Tätigkeit oder Stellung beziehen, einer Ermächtigung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements bedarf (Art. 15 Abs. 1 VG). Ebenso bedarf es für die Eröffnung einer Strafverfolgung von Mitgliedern des National- oder Ständerates und von durch die Bundesversammlung gewählten Behördemitgliedern und Magistratspersonen wegen strafbarer Handlungen, die sich auf ihre amtliche Tätigkeit oder Stellung beziehen, einer Ermächtigung der eidgenössischen Räte (Art. 14 Abs. 1 VG).

Die Mitglieder der eidgenössischen Räte können während den Sessionen ohne ihre Zustimmung oder derjenigen ihres Rates nicht strafrechtlich verfolgt werden: Art. 1 des Bundesgesetzes vom 26. März 1934 über die politischen und polizeilichen Garantien zugunsten der Eidgenossenschaft, SR 170.21 (nachfolgend: GarG). Gegen die Mitglieder des Bundesrates, den Bundeskanzler und eidgenössische Repräsentanten oder Kommissäre ist gemäss Art. 4 Abs. 1 GarG eine strafrechtliche Verfolgung nur mit ihrer schriftlichen Zustimmung oder derjenigen des Bundesrates zulässig.

<sup>26</sup> Art. 366 Abs. 2 StGB berechtigt die Kantone, Bestimmungen zu erlassen, wonach die Strafverfolgung der Mitglieder ihrer obersten Vollziehungs- und Gerichtsbehörden wegen Verbrechen oder Vergehen im Amte vom Vorentscheid einer nicht richterlichen Behörde abhängig gemacht und die Beurteilung in solchen Fällen einer besonderen Behörde übertragen wird. Gemäss GERARD PIQUEREZ, *Procédure pénale suisse*, Schulthess, Zürich 2000, S. 255: «*certains cantons ont subordonné la poursuite des magistrats des autorités cantonales supérieures à une autorisation préalable du pouvoir législatif (Berne, Saint-Gall, Zurich)*».

**20** Betreffend Völkermord kann man insbesondere feststellen, dass Art. IV des Völkermordübereinkommens von 1948 ausschliesst, dass die Staaten interne Regeln aufstellen, welche ihren Amtsträgern erlauben, einer Strafverfolgung aufgrund einer beliebigen Immunität zu entgehen. Aus kaum überzeugenden Gründen setzte der nationale Gesetzgeber dieses Prinzip jedoch nicht konsequent um. Zwar wurde bei der Redaktion von Art. 264 Abs. 3 StGB die Anwendung von bundesrechtlichen relativen Immunitäten ausgeschlossen. Der Botschaft des Bundesrates<sup>27</sup> lässt sich jedoch entnehmen, dass die absolute Immunität gemäss Art. 162 BV aufrechterhalten bleiben soll, was den vorgenannten Personen erlaubt, sich jeglicher Strafverfolgung wegen gehaltenen Reden oder geäusserten Meinungen während der Debatten zu entziehen. Wäre dies der Fall, so könnten die Gewählten während öffentlichen Debatten der Räte ungestraft zur Begehung eines Völkermordes aufrufen. Dies wäre unter keinen Umständen tolerierbar und –was auch immer der Bundesrat darüber denkt<sup>28</sup>– eine solche Ausuferung ist gewiss keine staatspolitische Voraussetzung für die Ausübung der Demokratie. Daraus lässt sich ableiten, dass die durch Art. 2 Abs. 2 VG und Art. 162 BV verliehenen Immunitäten –obwohl kein ausdrücklicher Vorbehalt zugunsten des Völkerrechts gemacht wird– in Widerspruch zu Art. IV des Völkermordübereinkommens stehen und demzufolge nicht anwendbar sind, wenn es um das Verbrechen des Völkermordes geht. Dieselbe Argumentationsweise muss auch bei den anderen internationalen Verbrechen greifen, welche die vertrags- oder gewohnheitsrechtliche Verpflichtung des Staates auslösen, diese Verbrechen strafrechtlich zu ahnden.

## B Amnestie

**21** Der Begriff der Amnestie existiert im Schweizerischen Strafgesetzbuch nicht. Die Frage nach der Anerkennung einer im Ausland gewährten Amnestie kann sich jedoch auch einem schweizerischen Richter stellen; handle es sich um eine individuelle oder kollektive Amnestie, welche durch gewisse Staaten auf verschiedene Arten gewährt wurde: durch das repressive Regime selbst, nach einer politischen Übergangsphase, im Rahmen eines Abkommens nach Ende eines bewaffneten Konflikts oder durch eine Ad-hoc-Kommission.

**22** Die Vereinbarkeit mit dem Völkerrecht ist unabdingbare Voraussetzung

---

<sup>27</sup> Botschaft, BBl 1999 5350 betreffend das Verbrechen des Völkermordes.

<sup>28</sup> *Ibid.*

für die Anerkennung einer Massnahme, welche im Ausland ein internationales Verbrechen amnestiert. Der zwingende Charakter von zahlreichen vertragsrechtlichen oder gewohnheitsrechtlichen Bestimmungen (siehe Art. IV, V und VI des Völkermordübereinkommens von 1948; Art. 49, 50, 129 und 146 der vier Genfer Konventionen von 1949; Art. 5 bis 7 des Folter-Übereinkommens vom 10. Dezember 1984; Völkergewohnheitsrecht betreffend die Verbrechen gegen die Menschlichkeit<sup>29</sup>), welche die Staaten verpflichten, internationale Verbrechen strafrechtlich zu verfolgen, verlangt jedoch, dass diese Pflicht nicht durch eine beliebige Massnahme umgangen wird, welche den Täter im Nachhinein von jeglicher Strafverfolgung befreit<sup>30</sup>.

**23** Zahlreiche internationale Gremien haben sich gegen die Zulässigkeit von Amnestien ausgesprochen. Der UNO-Menschenrechtsausschuss<sup>31</sup>,

<sup>29</sup> Siehe insbesondere Art. 18 Ziff. 1 der Erklärung zum Schutz aller Personen gegen das Verschwindenlassen, angenommen von der Generalversammlung der Vereinten Nationen in der Resolution 47/133 vom 18. Dezember 1992: «Die Urheber oder mutmasslichen Urheber von Straftaten gemäss Art. 4 Ziff. 1 werden von jeglicher Amnestie oder sonstigen Massnahmen ausgenommen, die bezwecken, sie von Strafverfolgung oder Strafe zu befreien» (freie Übersetzung). Das Verschwindenlassen von Personen kann unter gewissen Umständen als Verbrechen gegen die Menschlichkeit betrachtet werden: siehe vorne Kapitel III., RN 64.

<sup>30</sup> MICHAEL P. SCHARF, «*The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Court*», in Cornell International Law Journal 1999, S. 515. Siehe auch STEVEN R. RATNER, «*New Democracies, Old Atrocities: An Inquiry in International Law*», in Georgetown Law Journal 1999, S. 720 f.: «Thus, the UN Human Rights Committee established under the ICCPR has repeatedly found that states have a duty to investigate and prosecute those committing disappearances, summary executions, ill-treatment, and arbitrary arrest and detention. It has also, in particular, condemned amnesties (nonprosecution of a class of offenders), originally confining its concern to their effect on the right against torture and more recently extending its concern to blanket amnesties generally. In condemning amnesties for the crimes of the prior regime, the Committee implicitly holds, as international law requires, that a state's duties under international law do not disappear by virtue of a change in government. Nevertheless, the Committee has not recommended that states with amnesty laws replace them with prosecutions (perhaps due to concerns about retroactive application of the law), but has, instead, requested investigations, compensation for victims, and removal of offenders from office».

<sup>31</sup> UNO-Menschenrechtsausschuss, Auffassungen vom 9. August 1994 i.S. *Hugo Rodríguez c. Uruguay* (CCPR/C/51/D/322/1988), § 12.2: «Quant au recours utile dont l'auteur doit pouvoir se prévaloir conformément au paragraphe 3 de l'article 2 du Pacte, le Comité estime que l'adoption de la loi [d'amnistie] n° 15848 et la façon dont celle-ci a été appliquée ont rendu la réalisation du droit de l'auteur de disposer d'un recours utile extrêmement difficile».

Siehe auch die Schlussbemerkungen des UNO-Menschenrechtsausschusses betreffend Chile (CCPR/C/79/Add.104) vom 30. März 1999, § 7, wo er folgendes festhält: «Le décret-loi d'amnistie, en vertu duquel les personnes qui ont commis des infractions entre le 11 septembre 1973 et le 10 mars 1978 sont amnistiées, empêche l'Etat partie de respecter son obligation au titre du paragraphe 3 de l'article 2 en vue de garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le Pacte ont été violés dispose d'un recours utile. Le Comité réitère l'opinion exprimée dans son Observation générale n° 20, selon laquelle

die Interamerikanische Kommission für Menschenrechte<sup>32</sup> und das Internationale Strafgericht für Ex-Jugoslawien<sup>33</sup> haben die Legalität solcher Massnahmen ausdrücklich verneint.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat seinerseits im Zusammenhang mit Art. 12 FK anerkannt, dass der Mangel einer effektiven Untersuchung behaupteter Folter durch Staatsbeamte eine Verletzung von Art. 6 EMRK darstellen könne<sup>34</sup>. Das heisst, dass die Anerkennung einer ausländischen Amnestie, insbesondere betreffend Folter, ebenso ein Hindernis zur effektiven Untersuchung darstellen würde.

**24** Die Schweiz kann sich somit ihrer Verpflichtung zur Strafverfolgung nicht entziehen, indem sie eine ausländische Amnestie anerkennt, die mit dem Völkerrecht unvereinbar ist.

*les lois d'amnistie qui s'étendent aux violations des droits de l'homme sont généralement incompatibles avec le devoir de l'Etat partie d'enquêter sur les violations des droits de l'homme, de garantir le droit d'être à l'abri de telles violations dans les limites de sa juridiction et d'assurer que des violations similaires ne se produiront pas à l'avenir».*

In seiner allgemeinen Bemerkung Nr. 20 betreffend Art. 7 Pakt II und den Kampf gegen die Folter, erklärt der UNO-Menschenrechtsausschuss: «L'amnistie est généralement incompatible avec le devoir qu'ont les Etats d'enquêter sur de tels actes; de garantir la protection contre de tels actes dans leur juridiction; et de veiller à ce qu'ils ne se reproduisent pas à l'avenir» (§ 15).

<sup>32</sup> Interamerikanische Kommission für Menschenrechte, Bericht vom 19. November 1999 i.S. *Carmelo Soria Espinoza c. Chili*, § 155: «The Commission also confirms that the Chilean State has violated its international obligations under Articles 1(1) and 2 of the American Convention by way of the judgment of the Supreme Court of Chile of August 23, 1996, confirmed on September 28 that same year, declaring the Amnesty Law constitutional and its application by the Judicial Branch mandatory, at a time when the aforementioned American Convention had already entered into force in Chile» (der Bericht kann abgerufen werden unter: [www.cidh.oas.org/annualrep/99eng/Merits/Chile11.725.htm](http://www.cidh.oas.org/annualrep/99eng/Merits/Chile11.725.htm); Stand am 1. August 2003). Dieser Fall betraf eine aussergerichtliche Hinrichtung.

Die Kommission kam in anderen Fällen betreffend Chile, die vor allem das Verschwindenlassen von Personen betrafen, zur gleichen Schlussfolgerung: Siehe beispielsweise Interamerikanische Kommission für Menschenrechte, Bericht vom 15. Oktober 1996 i.S. *Garay Hermosilla et al. c. Chile*, oder den Bericht vom 7. April 1998 i.S. *Chanfeau Orayce c. Chile*. Dieselbe Kommission hatte schon 1992 erklärt, dass die Amnestiegesetze von Argentinien und Uruguay nicht mit der Interamerikanischen Konvention vereinbar seien. Siehe auch GWEN K. YOUNG, «*Amnesty and Accountability*», U.C. Davis Law Review 2002, S. 453 f.

<sup>33</sup> ICTY (2. Kammer), Urteil vom 10. Dezember 1998 i.S. *Furundzija*, § 155: «Le fait que la torture est prohibée par une norme impérative du droit international a d'autres effets aux échelons interétatique et individuel. A l'échelon interétatique, elle sert à priver internationalement de légitimité tout acte législatif, administratif ou judiciaire autorisant la torture. Il serait absurde d'affirmer d'une part que, vu la valeur de jus cogens de l'interdiction de la torture, les traités ou règles coutumières prévoyant la torture sont nuls et non avenues ab initio et de laisser faire, d'autre part, les Etats qui, par exemple, prennent des mesures nationales autorisant ou tolérant la pratique de la torture ou amnistiant les tortionnaires» (durch die Autoren hervorgehoben).

<sup>34</sup> Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Urteil vom 28. Juli 1999 i.S. *Selmouni c. France*, §§ 107 ff.

Betreffend Völkermord, Folter und die schweren Verletzungen der Genfer Konventionen scheint die Situation klar: Amnestien sind mit den Forderungen der Übereinkommen nicht vereinbar<sup>35</sup>. Sie ist dagegen weniger klar betreffend Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Anders als beim Völkermord, ist bei Verbrechen gegen die Menschlichkeit Art. 6<sup>bis</sup> Ziff. 1 *in fine* StGB voll anwendbar und bestimmt Folgendes: «Ist das Gesetz des Begehungsortes für den Täter das mildere, so ist dieses anzuwenden.» Fallen unter «Gesetz des Begehungsortes» auch diejenigen internen Normen, welche die Strafe –inklusive eine extrem milde Strafe– festlegen, so scheint auch ein Gesetz, das von jeglicher Strafe befreit, unter Art. 6<sup>bis</sup> Ziff. 1 *in fine* StGB zu fallen. Diesfalls ist zu prüfen, ob diese Bestimmung mit dem Völkerrecht und der darin enthaltenen Verpflichtung zur Strafverfolgung vereinbar ist. Die oben dargelegte Praxis der Interamerikanischen Kommission für Menschenrechte oder des UNO-Menschenrechtsausschusses scheint uns die Richtung anzuzeigen, in die sich das Völkerrecht entwickelt. Dieser Richtung sollte unseres Erachtens gefolgt werden.

25 Stellt sich zuletzt die Frage nach der Amnestie für Verletzungen des humanitären Völkerrechts in nicht internationalen bewaffneten Konflikten. Art. 6 Ziff. 5 des Protokolls II<sup>36</sup> lautet folgendermassen:

«Bei Beendigung der Feindseligkeiten bemühen sich die an der Macht befindlichen Stellen, denjenigen Personen eine möglichst weitgehende Amnestie zu gewähren, die am bewaffneten Konflikt teilgenommen haben oder denen aus Gründen im Zusammenhang mit dem Konflikt die Freiheit entzogen wurde, gleichviel ob sie interniert oder in Haft gehalten sind».

Der genaue Zweck dieser Bestimmung soll an dieser Stelle nicht untersucht werden. Es genügt festzustellen, dass, auch unter der Annahme, eine im

<sup>35</sup> Es besteht dagegen das Risiko, dass zwar nicht eine Amnestie, dafür andere Massnahmen mit den gleichen Wirkungen wie eine Amnestie angewendet werden, um den Tätern dieser Verbrechen Straflosigkeit zu garantieren. Indem man Art. 6<sup>bis</sup> Ziff. 2 StGB auf den Völkermord für anwendbar erklärt, eröffnet Art. 264 Abs. 2 StGB unvorsichtigerweise die Möglichkeit eines im Ausland ausgesprochenen «Strafnachlasses» oder sogar einer Begnadigung, welche jede Strafverfolgung in der Schweiz verhindern würde. Scheinen solche Massnahmen oder Urteile einzig den Zweck zu verfolgen, den betroffenen Tätern Straflosigkeit zu garantieren, so dürften sie in der Schweiz nicht anerkannt werden. Nur so können Missbräuche verhindert werden, welche die Folgen einer korrekten Anwendung der Konventionen zu umgehen suchen. Vgl. Kapitel I., RN 13.

<sup>36</sup> Zusatzprotokoll zu den Genfer Konventionen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer nicht internationaler bewaffneter Konflikte vom 8. Juni 1977, SR 0.518.522.

Anschluss an einen nicht internationalen bewaffneten Konflikt erlassene Amnestie verstösse nicht gegen das Völkerrecht, die schweizerischen Behörden eine solche dennoch nicht berücksichtigen müssten.

26 Im Gegensatz zum zivilen Strafgesetzbuch kennt das Militärstrafgesetzbuch keine analoge Bestimmung zu Art. 6<sup>bis</sup> StGB. Es wurde insbesondere gezeigt, dass das Prinzip der doppelten Strafbarkeit nicht anwendbar ist, und die Strafverfolgung von Verletzungen des humanitären Völkerrechts –unabhängig von der Existenz einer entsprechenden Strafbarkeit im betreffenden Staat– somit möglich ist<sup>37</sup>. Im Rahmen einer Strafverfolgung wegen Verletzung des Protokolls II muss zudem ein ausländisches Amnestiegesetz mangels eines Übernahmemechanismus im schweizerischen Recht<sup>38</sup> nicht berücksichtigt werden.

<sup>37</sup> Vgl. Kapitel II., RN 12.

<sup>38</sup> Es wird ebenfalls betont, dass keine andere nationale oder internationale Regel –wie zum Beispiel das Prinzip *ne bis in idem*– verletzt wird.

## VI Die Schweiz und die internationale Strafgerichtsbarkeit

ANNE-LAURE HUBER

### Ausgewählte Literatur

- MARC HENZELIN, «*La Cour pénale internationale: organe supranational ou otage des Etats?*», ZStrR 2001, S. 221 ff.
- JURISTES SANS FRONTIÈRES, *Le Tribunal pénal international de la Haye: le droit à l'épreuve de la purification ethnique*, Paris 2000
- RUDOLF WYSS, «Die Zusammenarbeit der Schweiz mit dem Internationalen Strafgerichtshof», ZStrR 2002, S. 134 ff.
- ANTONIO CASSESE/MIREILLE DELMAS-MARTY, *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Paris 2002

### A Die Internationalen Strafgerichte für Ex-Jugoslawien und Ruanda

1 Am 22. Februar 1993 verabschiedete der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen einstimmig die Resolution 808 zur Gründung «eines Internationalen Gerichtshofes zur Verfolgung von Personen, welche mutmasslich verantwortlich sind für schwerwiegende Verletzungen des internationalen Rechtes, begangen auf dem Territorium von Ex-Jugoslawien seit 1991» (freie Übersetzung)<sup>1</sup>. Im Jahre 1994 wurde gleichermassen mittels Resolution des Sicherheitsrates der Internationale Strafgerichtshof für Ruanda geschaffen<sup>2</sup>. 45 Jahre nach Nürnberg und Tokio werden somit ein weiteres Mal Ad-hoc-Tribunale mit der Aufgabe betraut, die für die schwerwiegenden Verletzungen des internationalen humanitären Rechts Verantwortlichen zur Rechenschaft zu ziehen.

2 Die Resolutionen, mit welchen diese Gerichtshöfe geschaffen wurden, finden ihre Rechtsgrundlage –was zu vielen Kontroversen Anlass gegeben hat– in Kapitel VII der Charta der Vereinten Nationen, welche dem Sicherheitsrat «bei Bedrohung oder Bruch des Friedens und bei Angriffshandlungen» bestimmte Kompetenzen verleiht. In diesen Fällen erlaubt es ihm Art. 39 der Charta zu beschliessen, «welche Massnahmen (...)

---

<sup>1</sup> Die Kompetenzen des ICTY und dessen Funktionsweise sind in seinem Statut, welches am 25. Mai 1993 verabschiedet und 1998 geändert wurde, dargelegt. Das Statut des ICTY ist verfügbar unter [www.un.org/icty/](http://www.un.org/icty/) (Stand am 1. August 2003).

<sup>2</sup> Resolution 955 vom 8. November 1994. Das Statut des ICTR ist verfügbar unter [www.ictor.org](http://www.ictor.org) (Stand am 1. August 2003).

zu treffen sind, um den Weltfrieden und die internationale Sicherheit zu wahren oder wiederherzustellen»<sup>3</sup>.

3 Die Statuten der beiden ICT sind im Wesentlichen identisch. Dasjenige des ICTR übernimmt zahlreiche Bestimmungen des Statuts des ICTY und verweist zudem auf Letzteres. Man kann jedoch feststellen, dass die Definitionen der schweren Verletzungen des humanitären Völkerrechts voneinander abweichen. Der ruandische Konflikt war im Wesentlichen ein interner und benötigte infolgedessen eine besondere Regelung.

#### 1 *Zuständigkeit der Internationalen Strafgerichte*

##### a. Sachliche, örtliche und zeitliche Zuständigkeit

4 Die Gerichtshöfe sind für die gerichtliche Beurteilung der schweren Verletzungen des humanitären Völkerrechts zuständig, welche seit dem 1. Januar 1991 auf dem Staatsgebiet von Ex-Jugoslawien und seit dem 31. Dezember 1994 auf dem Staatsgebiet von Ruanda begangen wurden. Art. 2 bis 5 Statut ICTY zählen die diesbezüglich wesentlichen Verbrechen auf<sup>4</sup>. Es sind dies:

- a) Schwere Verletzungen der Genfer Konventionen von 1949 (Art. 2)
- b) Verstösse gegen die Gesetze oder Gebräuche des Krieges (Art. 3)
- c) Völkermord (Art. 4)
- d) Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Art. 5)

Gemäss der Natur des internen Konflikts in Ruanda stellt das Statut ICTR ausser Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Art. 2 und 3 Statut ICTR) einzig die Verstösse gegen den gemeinsamen Art. 3 der Genfer Konvention und gegen deren Zusatzprotokoll II von 1977 (Art. 4 Statut ICTR) unter Strafe.

##### b. Persönliche Zuständigkeit

5 Die Zuständigkeit der ICT erstreckt sich nur auf natürliche Personen (Art. 6

<sup>3</sup> Über das Verfahren der Errichtung des ICTY, die Vorbehalte der Regierungen und die Kritiken an der zweideutigen Rolle, welche die UNO dabei spielte, siehe PIERRE HAZAN, *La justice face à la guerre: de Nuremberg à la Haye*, Paris 2000.

<sup>4</sup> Für weitere Einzelheiten über die Qualifikation der Verbrechen durch den ICTY vgl. *Juristes sans frontières, Le Tribunal pénal international de la Haye: le droit à l'épreuve de la purification ethnique*, Paris 2000, S. 52 ff.

Statut ICTY; Art. 5 Statut ICTR). Gestützt auf das Statut können alle Personen verfolgt werden, die verdächtigt werden, Täter, Mittäter, Anstifter oder Gehilfe eines im Statut genannten Verbrechens zu sein. Wie bei Nürnberg gilt auch für die ICT das Prinzip der individuellen Verantwortlichkeit: die amtliche Eigenschaft eines Angeklagten, ob als Staats- oder Regierungschef oder als verantwortlicher Amtsträger, befreit nicht von seiner strafrechtlichen Verantwortlichkeit und stellt keinen Strafmilderungsgrund dar<sup>5</sup>.

##### c. Vorrang der Internationalen Strafgerichte vor der nationalen Gerichtsbarkeit

6 Nach dem Wortlaut von Art. 9 Abs. 2 Statut ICTY und Art. 8 Abs. 2 Statut ICTR haben die ICT im Falle von konkurrierenden Zuständigkeiten Vorrang vor der nationalen Gerichtsbarkeit und können jederzeit die Abtretung der Zuständigkeit in einer Angelegenheit an sie verlangen. Die Resolutionen 827 und 955 verpflichten die Staaten denn auch zur Zusammenarbeit und lassen, sobald die ICT selbst eine Voruntersuchung in einer Angelegenheit verlangt haben, keinen Raum für die nationale Zuständigkeiten.

#### 2 *Anrufung der Internationalen Strafgerichte*

7 Der Ankläger spielt eine wesentliche Rolle. Dieser entscheidet denn auch unabhängig über die Eröffnung einer Untersuchung und übernimmt die Verantwortung über die Erstellung der Anklageschriften. Er entscheidet von Amtes wegen oder auf Grund von Informationen aus glaubwürdigen Quellen (Regierungen, internationale Organisationen oder Nichtregierungsorganisationen) über die Aufnahme von Ermittlungen.

8 Entgegen der Rolle des Anklägers, welche im Statut klar definiert wird, ist diejenige des Sicherheitsrates einiges doppeldeutiger. Nach dem Wortlaut hat dieser im Instanzenweg der Gerichtshöfe keinerlei Kompetenzen, übt aber in Wirklichkeit einen grossen Einfluss aus: durch den Druck, den der Sicherheitsrat in den Anfängen der Errichtung der ICT auf deren Budget und die Wahl der Mitglieder ausüben konnte, hat dieser, je nach Autor mehr oder weniger kritisiert, einen beträchtlichen Einfluss auf das Funktionieren der Gerichte in Den Haag und Arusha.

<sup>5</sup> Es vergingen dennoch einige Jahre, bis der ICTY sich dazu entschloss, die in der politischen und militärischen Hierarchie von Ex-Jugoslawien weit oben stehenden Verantwortlichen anzuklagen. Die Anklage von Slobodan Milosevic bildet den Höhepunkt dieser Entwicklung.

### 3 Von den Internationalen Strafgerichten ausgesprochene Strafen

9 Keine Strafe scheint der Schwere der Verbrechen, von denen in Den Haag und Arusha die Rede ist, gerecht zu werden. Dennoch ist es auf Grund des Prinzips *nulla poena sine lege* notwendig, dass die Statuten diese ausdrücklich normieren. Die beiden ICT sprechen nur Haftstrafen aus. Sie berücksichtigen dabei die Schwere der Tat und die persönlichen Verhältnisse des Verurteilten (Art. 24 Statut ICTY; Art. 23 Statut ICTR). Sie berufen sich auf die auf dem Staatsgebiet von Ex-Jugoslawien und Ruanda angewandte Strafgerichtspraxis<sup>6</sup>. Die erstinstanzliche Kammer kann die Rückgabe aller durch strafbares Verhalten (z.B. Nötigung) erworbenen Vermögenswerte und Erträge an den rechtmässigen Eigentümer anordnen (Art. 24 Abs. 3 Statut ICTY; Art. 23 Abs. 3 Statut ICTR).

### 4 Stellung der Opfer

10 Das Statut der beiden ICT sieht keine Möglichkeit vor, als Zivilpartei aufzutreten. Einzig Art. 22 ICTY bzw. 21 ICTR weisen auf die Opfer hin, erwähnen indessen nur «den Schutz der Opfer und Zeugen» und bringen zum Ausdruck, dass die Verfahrensverordnung entsprechende Bestimmungen enthalten müsse. Die Verfahrens- und Beweisverordnung verleiht dem Opfer nur eine passive Rolle. Es geniesst das Recht auf Schutz seitens des Gerichtshofes (Verhandlungen unter Ausschluss der Öffentlichkeit oder Schutz seiner Identität), kann aber weder Klage erheben, um eine Strafverfolgung anzuheben, noch am Prozess selbst teilnehmen. Es kann als Zeuge auftreten, nicht jedoch die juristische Qualifikation der Handlungen, welche es vorbringt, beeinflussen. Es kann vor den ICT auch keine Ansprüche auf Wiedergutmachung geltend machen<sup>7</sup>. Die Verfahrens- und Beweisverordnung sieht dennoch die Möglichkeit vor, dass die erstinstanzliche Kammer mit der Aussprechung einer Strafe die Rückgabe eines aus der Tat unrechtmässig erworbenen Vermögenswertes anordnet<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Zu bemerken ist, dass die Todesstrafe im ruandischen Recht existiert. Sie kann jedoch vom ICTR nicht angewandt werden, da das Statut diese nicht vorsieht.

<sup>7</sup> Es kann dagegen vor den Gerichten eines Staates auf eine Entschädigung klagen. Die Verfahrens- und Beweisverordnung verweist denn auch diesbezüglich auf die innerstaatliche Gerichtsbarkeit, für die das Strafurteil verbindlich ist (Art. 106 Verfahrens- und Beweisverordnung).

<sup>8</sup> Art. 105 Verfahrens- und Beweisverordnung. Für weitere Einzelheiten zu dieser Frage vgl. PHILIPPE EXPERT, «*La voix des victimes*», in *Juristes sans frontières* (FN 4), S. 179 ff.

### 5 Zusammenarbeit mit den Internationalen Strafgerichten

11 In seinen Anfängen hat der ICTY öffentlich bedauert, dass er mangels genügender Zusammenarbeit der Staaten seinen Auftrag nur mit Mühe ordentlich erfüllen könne. Die Festnahme gesuchter flüchtiger Personen im Ausland erwies sich als besonders problematisch. Da die beiden Internationalen Gerichtshöfe weder über militärische, noch polizeiliche Mittel, welche es ihnen erlauben würden, nach den mutmasslich Kriminellen zu fahnden und diese zu verhaften, noch über die technischen Mittel zur Durchführung der notwendigen Fahndungen verfügen, sind sie in der Tat stark von der Zusammenarbeit der Staaten abhängig.

12 Was die eigentliche Zusammenarbeit betrifft, hat die Schweiz den Weg über den Erlass eines relativ knappen Bundesbeschlusses<sup>9</sup> und eines allgemeinen Verweises auf die analog anwendbaren Anordnungen des IRSG<sup>10</sup> gewählt. Einzig diejenigen Punkte, welche einer besonderen Beachtung bedürfen, werden speziell im Bundesbeschluss angesprochen. Um Zweideutigkeiten zu vermeiden, werden die in diesem Bereich nicht anwendbaren Artikel des IRSG ausdrücklich erwähnt. Das Prinzip der nahezu ausschliesslichen Zuständigkeit der ICT erlaubt es, sich hauptsächlich auf die Frage der Voraussetzungen, unter welchen die Schweiz einen Angeklagten an die ICT überstellen muss, zu beschränken. Dieses Prinzip gründet auf dem Vertrauen gegenüber den Gerichten in Den Haag und Arusha. Folglich sind die Gründe eines sich in der Schweiz befindlichen Angeklagten, welche er zur Verhinderung der Überstellung vorbringen kann, auf ein Minimum reduziert worden.

13 Der Bundesbeschluss regelt zunächst die Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen den Bundes- und Kantonsbehörden und beschreibt in kurzer Form deren Aufgaben. Anschliessend behandelt er die neuen, speziellen Verfahren.

#### a. Allgemeines Verfahren

14 Das Bundesamt für Justiz (nachfolgend: das Bundesamt) nimmt die Ersuchen der Internationalen Gerichte entgegen (Art. 4 Bundesbeschluss). Es behandelt die Überstellungsersuchen und übermittelt die Ersuchen

<sup>9</sup> Bundesbeschluss über die Zusammenarbeit mit den Internationalen Gerichten zur Verfolgung von schwerwiegenden Verletzungen des humanitären Völkerrechts vom 21. Dezember 1995, SR 351.20, nachfolgend: Bundesbeschluss.

<sup>10</sup> Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. März 1981, SR 351.1.

um andere Rechtshilfe und die Vollstreckung der Freiheitsstrafen an die zuständigen Behörden. Es kann die vollständige oder teilweise Durchführung eines Verfahrens derjenigen Behörde übertragen, welche bei der Begehung der Tat in der Schweiz für die Ahndung zuständig wäre. Die Kantone erfüllen die ihnen anvertrauten Aufgaben unter Aufsicht des Bundes<sup>11</sup>. Sie regeln die Zuständigkeit, die Organisation und Amtsführung der ausführenden Behörden (Art. 5 Bundesbeschluss).

#### b. Verfahrensabtretung

**15** Art. 9 Bundesbeschluss führt das grundlegende Prinzip des Vorranges der ICT im Falle konkurrierender Zuständigkeit ein. Die zuständige schweizerische Behörde (je nach Verbrechen die militärische oder zivile), an welche das Bundesamt die Ersuchen übermittelt, fällt nach kurzer Prüfung einen Abtretungsentscheid zu Gunsten des ersuchenden Internationalen Gerichtes<sup>12</sup>, falls:

- a) das Ersuchen die gleichen Taten betrifft, die Gegenstand des in der Schweiz eröffneten Strafverfahrens sind, und
- b) die Tat in die Zuständigkeit des Internationalen Gerichts fällt.

Der Abtretungsentscheid kann mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 6 Abs. 1 Bundesbeschluss).

#### c. Überstellung

**16** Wie die Statuten der ICT, verwendet der Bundesbeschluss den Ausdruck «Überstellung», denn der Transfer verfolgter Personen an die ICT stellt keine klassische Auslieferung im Sinne von Art. 7 IRSG dar. Das anwendbare Überstellungsverfahren deckt sich mit demjenigen der Auslieferung, jedoch unterscheiden sie sich deutlich bei den Grundbedingungen. Um mit den ICT besser zusammenarbeiten zu können, muss die Schweiz die Gründe, welche der Überstellung entgegenstehen könnten, auf ein Minimum begrenzen<sup>13</sup>. Das Kapitel II des Bundesbeschlusses normiert die Voraussetzungen zur Durchführung der Überstellungersuchen.

<sup>11</sup> Das heisst vom Bundesamt für Justiz, welches insbesondere die kantonalen Entscheidungen anfechten kann (Art. 25 Abs. 1 lit. a Bundesbeschluss).

<sup>12</sup> Auch ohne Vorhandensein eines offiziellen Antrages des Internationalen Gerichtes kann die zuständige Behörde in Anwendung von Art. 8 Bundesbeschluss diesem vorschlagen, die Angelegenheit an ihn abzutreten.

<sup>13</sup> Botschaft, BBl 1995 IV 1114.

**17** Art. 10 Bundesbeschluss präzisiert, dass

« [e]ine Person (...) dem betroffenen Internationalen Gericht zum Zwecke der Strafverfolgung überstellt werden [kann], wenn aus dem Ersuchen und den beigelegten Unterlagen hervorgeht, dass die Tat:

- a. in die Zuständigkeit des Internationalen Gerichts fällt; und
- b. nach schweizerischem Recht strafbar ist. »

**18** Das Bundesamt entscheidet nach Erhalt des Ersuchens über die Überstellung. Es kann sich dem Ersuchen des Gerichtes weder mit dem Spezialitätsprinzip noch mit dem Prinzip der Nichtauslieferung von Staatsangehörigen widersetzen. Es liegt in der Tat nicht in seiner Zuständigkeit, die Rechtmässigkeit der Anklage nachzuprüfen, welche gegen den Betroffenen erhoben wird: die ersuchende Behörde hat weder die von ihr behaupteten Tatsachen zu beweisen, noch diese glaubhaft zu machen. Einzig offenkundig unrichtige oder lückenhafte Ersuchen, welche das Vorgehen der ersuchenden Behörde als klar missbräuchlich erscheinen lassen, werden demzufolge zurückgewiesen<sup>14</sup>.

**19** Betrifft das Ersuchen einen Schweizer Bürger, kann das Bundesamt höchstens verlangen, dass dieser nach Abschluss des Verfahrens wieder an die Schweiz überstellt wird (Art. 10 Abs. 2 Bundesbeschluss). Das Bundesamt behält indessen ein Minimum an Beurteilungsbefugnis, insbesondere im Falle eines offenkundigen Fehlers betreffend der Identität der Person oder der Unzuständigkeit des Gerichts, sowie bei der Prüfung der Erfordernisse der doppelten Strafbarkeit (Art. 10 Abs. 1 lit. b Bundesbeschluss).

**20** Zum Zwecke der Überstellung können die schweizerischen Behörden verpflichtet werden, auf Ersuchen des Anklägers der ICT oder auf Grund einer internationalen Personenausschreibung eine Festnahme vorzunehmen (Art. 11 Bundesbeschluss; Art. 40 Verordnung ICT). Das Bundesamt muss somit selbst einen Haftbefehl erlassen, auch wenn der ICT einen solchen bereits erlassen hat.

**21** Die Natur und die Schwere der betroffenen Taten schränken unvermeidlich das Ermessen des Bundesamtes ein, vor welchem man sich insbesondere weder auf den politischen Charakter der Tat noch auf ein Alibi berufen kann<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> BGE 123 II 175 und in Sachen Auslieferung BGE 122 II 373, analog anwendbar.

<sup>15</sup> Dies im Gegensatz zum Vorgehen im Anwendungsbereich des IRSG. Bei der Überstellung an ein ICT muss die Frage des Alibis vor dem Letzteren aufgeworfen werden (Art. 67A Verfahrens- und Beweisverordnung).

Das Bundesamt kann sich ebenso, und das ist eine weitere Abweichung zum IRSG, in einem einzigen Entscheid über die Festnahme und die Überstellung äussern, sobald das ICT ihm ein entsprechendes Ersuchen übermittelt hat (Art. 14 Bundesbeschluss). Die inhaftierte Person kann jedoch jederzeit ihre Entlassung verlangen (analog Art. 50 Abs. 3 IRSG).

#### d. Rechtshilfehandlungen

**22** Art. 17 Bundesbeschluss präzisiert, dass unter Ausschluss jeder anderen Bedingung die Rechtshilfe bewilligt wird,

«wenn aus dem Ersuchen und den beigelegten Unterlagen hervorgeht, dass die Tat:

- a. in die Zuständigkeit eines Internationalen Gerichts fällt; und
- b. nach schweizerischem Recht strafbar ist, wenn die vom Internationalen Gericht verlangten Massnahmen die Anwendung prozessualen Zwangs erfordern.»

Aus dieser Bestimmung ergibt sich, dass die doppelte Strafbarkeit, wie sie für die eigentliche Überstellung gefordert wird, nicht notwendig ist, falls die verlangte Zusammenarbeit keinen Zwang erfordert (Durchsuchung, Beschlagnahme von Beweismitteln, Anhörung von Zeugen, usw.).

**23** Das Bundesamt kann ebenso selber über die Zulässigkeit der Rechtshilfe beschliessen (Art. 18 Bundesbeschluss):

- a) in komplexen und besonders wichtigen Fällen, oder
- b) wenn das Ersuchen Erhebungen in mehreren Kantonen erfordert.

**24** Die ausführende Behörde darf diesbezüglich somit keine eigenen Verfahrensschritte durchführen (Art. 19 Abs. 2 Bundesbeschluss). Dieses Verbot bezieht sich indessen nicht auf die Zwangsmassnahmen, welche die Behörde im Rahmen des eigentlichen Vollzugs durchführen muss (Anhörung von Zeugen, Versiegelung, Pfändung, usw.). Diese aussergewöhnliche Zentralisierung wurde dadurch gerechtfertigt, dass gewisse Ersuchen mit den schweizerischen internationalen Verpflichtungen in Konflikt geraten oder besondere Schwierigkeiten hervorrufen könnten, so dass es zweckmässig erschien, das Bundesamt selbst über solche Ersuchen direkt entscheiden zu lassen<sup>16</sup>. Die Verfügung des Bundesamtes kann mittels

<sup>16</sup> Botschaft, BBl 1995 IV 1117.

Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 24 Bundesbeschluss).

**25** Erachtet die ausführende Behörde das Ersuchen als abgeschlossen, so übermittelt sie die Akten dem Bundesamt. Dieses prüft, ob das Gesuch vollständig und ordnungsgemäss behandelt wurde und weist die Akten nötigenfalls zur Ergänzung an die ausführende Behörde zurück (Art. 19 Abs. 2 Bundesbeschluss).

#### e. Vollstreckung der Freiheitsstrafen

**26** Gemäss dem Wortlaut der Art. 27 Statut ICTY und Art. 26 Statut ICTR kann die angeordnete Freiheitsstrafe in einem Staat verbüsst werden, der vom ICT anhand einer Liste von Staaten bestimmt wird, die dem Sicherheitsrat ihre Bereitschaft bekundet haben, Verurteilte aufzunehmen. Die Freiheitsstrafe wird nach den anwendbaren Rechtsvorschriften des betreffenden Staates verbüsst und unterliegt der Aufsicht des ICT. Art. 29 Bundesbeschluss weist auf diese Möglichkeit hin, indem er zum Ausdruck bringt, dass ein rechtskräftiger und vollstreckbarer Entscheid eines Internationalen Gerichtshofes auf Ersuchen in der Schweiz vollstreckt werden kann, wenn

- a) der Verurteilte in der Schweiz seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat; und
- b) Gegenstand der Verurteilung eine Straftat ist, die, wenn entsprechend in der Schweiz begangen, hier strafbar wäre.

**27** Ist der Verurteilte Schweizer Staatsangehöriger, so kann er auf sein Ersuchen hin seine Strafe in der Schweiz verbüssen.

**28** Die Vollstreckung einer Haftstrafe in der Schweiz macht eine Konversion nicht notwendig, dennoch muss ein Exequaturverfahren (Vollstreckbarerklärung) durchgeführt werden. Dieses hat zum Ziel, den Strafvollzug zu erleichtern und bedeutet keineswegs, dass die Entscheide der ICT der Überprüfung auf nationaler Ebene unterliegen würden. Das Vollstreckbarerklärungsverfahren hat insbesondere nicht zum Gegenstand, die in Art. 29 Bundesbeschluss vorgesehenen Voraussetzungen zu überprüfen. Diese Prüfung erfolgt einzig durch das Bundesamt<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> Für weitere Einzelheiten, Botschaft, BBl 1995 IV 1122 ff.



## f. Besondere Rechtshilfehandlungen

**29** Der Bundesbeschluss führt ebenso einige neue, dem IRSG unbekannte Verfahren ein. Art. 8 Bundesbeschluss erlaubt es den schweizerischen Strafverfolgungsbehörden (darin eingeschlossen die Militärjustiz), spontan Informationen an die ICT zu übermitteln. Sie können dem Ankläger im Laufe einer Strafuntersuchung sämtliche Auskünfte und Beweismittel übermitteln, welche nicht den Geheimbereich einer Person berühren, wenn sie diese als geeignet erachten, ein Strafverfahren einzuleiten, eine hängige Strafuntersuchung zu erleichtern oder ein Rechtshilfeersuchen an die Schweiz zu stellen<sup>18</sup>.

**30** Was Art. 22 Bundesbeschluss betrifft, kann das EJPD den Staatsanwalt der ICT auf dessen Ersuchen hin ermächtigen, auf schweizerischem Hoheitsgebiet Untersuchungshandlungen vorzunehmen. Der Bundesbeschluss enthält keine besonderen Bestimmungen über die Rückgabe von unrechtmässig erworbenen Vermögenswerten an ihren rechtmässigen Eigentümer (Art. 24 Abs. 3 Statut ICTY und Art. 23 Abs. 3 Statut ICTR): es wird daher auf Art. 74a Abs. 2 IRSG verwiesen. Die Anordnungen der erstinstanzlichen Kammer betreffend der Rückgabe von Vermögenswerten werden durch die zuständigen schweizerischen Behörden vollzogen, ohne dass ein Vollstreckbarerklärungsverfahren stattfinden muss. Aus diesem Grund behandelt das 4. Kapitel des Bundesbeschlusses nur die Vollstreckung von Freiheitsstrafen<sup>19</sup>.

## g. Rechtsmittel

**31** Die Häufung der Rechtsmittelmöglichkeiten war schon immer der Albtraum der Verfechter einer effizienten internationalen Zusammenarbeit im Bereich des Strafrechts. Die letzte Revision des IRSG hat eine Beschleunigung und Vereinfachung der Verfahren in diesem Bereich bewirkt. Der Bundesbeschluss zielt in die gleiche Richtung, indem er die Mittel, mit denen Verfügungen, welche im Endeffekt nur eine organisatorische und administrative Bedeutung haben, nicht aber die Verteidigungsrechte an sich betreffen, angefochten werden können, beschränkt<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Diese Möglichkeit eröffnet den Opferschutzverbänden oder den Verbänden für den Kampf gegen die Straflosigkeit interessante Perspektiven, indem sie den zuständigen Behörden Informationen zukommen lassen können, welche ein solches Verfahren auszulösen vermögen.

<sup>19</sup> Botschaft, BBl 1995 IV 1121.

<sup>20</sup> Es ist hervorzuheben, dass Art. 6 EMRK auf Rechtshilfeverfahren oder die Überstellung an eine internationale gerichtliche Instanz nicht anwendbar ist: BGE 123 II 175, Erw. 6 e) und die zitierten Nachweise.

**32** Die Verfügungen ausführender erstinstanzlicher Behörden unterliegen unmittelbar der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht. Das Bundesamt ist gleichermassen zur Beschwerdeführung berechtigt (Art. 6 Bundesbeschluss). In Abweichung zu Art. 98a OG<sup>21</sup> bestehen also auf kantonaler Ebene keine Beschwerdemöglichkeiten.

**33** Die Art. 24 bis 28 Bundesbeschluss sehen vor, dass die Beschwerde grundsätzlich nur in einem bestimmten Stadium des Verfahrens offen stehen soll. Die Verfügung der ausführenden kantonalen oder Bundesbehörde, mit der das Rechtshilfeverfahren *abgeschlossen* wird, unterliegt zusammen mit sämtlichen Zwischenverfügungen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht<sup>22</sup>.

**34** Gemäss Art. 25 Bundesbeschluss sind zur Beschwerdeführung berechtigt:

- a) das Bundesamt;
- b) wer persönlich und direkt von einer Rechtshilfemassnahme betroffen ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Änderung oder Aufhebung hat.

## B Der Internationale Strafgerichtshof

**35** Die begrenzte Zuständigkeit der Internationalen Strafgerichte hat die offensichtliche Notwendigkeit einer ständigen Gerichtsinstanz aufgezeigt. Es besteht keinerlei Garantie dafür, dass sämtliche Völkermorde, Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit jeweils vor ein Ad-hoc-Tribunal gebracht werden. Einzig eine ständige und mit der notwendigen Zuständigkeit ausgestattete Gerichtsinstanz kann ein abschreckender Faktor für diejenigen sein, die schlimmste Verbrechen begehen könnten. Am 1. Juli 2002 ist im Anschluss an die 60. Ratifikation des Römer Statuts des Internationalen Strafgerichtshofes (nachfolgend: Römer Statut)<sup>23</sup> der Internationale Strafgerichtshof in Kraft getreten.

<sup>21</sup> Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943, SR 173.110.

<sup>22</sup> Im Falle eines unmittelbaren und nicht wieder gutzumachenden Nachteils können die Zwischenverfügungen indessen Gegenstand einer unmittelbaren Verwaltungsgerichtsbeschwerde sein.

<sup>23</sup> SR 0.312.1; Botschaft BBl 2001 391. Der Vertrag wurde von 120 der 160 Staaten angenommen; sieben Staaten (USA, China, Indien, Israel, Bahrain, Katar und Vietnam) haben dagegen gestimmt, 21 haben sich ihrer Stimme enthalten, während 12 weitere nicht an der Abstimmung teilgenommen haben.

**36** Das Römer Statut wurde durch verschiedene Texte ergänzt, welche von einer Vorbereitungskommission ausgearbeitet wurden. Diese für die praktische Tätigkeit des Gerichtshofes unerlässlichen Dokumente (Verfahrens- und Beweisverordnung, Verbrechenselemente, Übereinkommen betreffend die Privilegien und Immunitäten des Gerichtshofs, Sitzabkommen, Finanzordnung) sind formell durch die Versammlung der Vertragsstaaten, welche im Herbst 2002 stattgefunden hat, verabschiedet worden.

**37** Sieben Jahre nach Inkrafttreten des Statuts wird die erste Revisionskonferenz stattfinden, an welcher die restlichen offenen Punkte diskutiert werden. Insbesondere wird die Definition der Aggressionshandlung zu reden geben, welche zwar im Statut inkriminiert ist, über deren konkreten Umschreibung sich die Staaten aber noch nicht einigen konnten.

### 1 *Zuständigkeit des Gerichtes*

#### a. Sachliche Zuständigkeit

**38** Der IStGH ist zuständig für die Verurteilung der Einzelpersonen, welche für die «schwersten Verbrechen, (...) welche die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren», verantwortlich sind. Art. 5 Statut IStGH führt diese Verbrechen auf, für welche die Vertragsstaaten ohne weiteres die Zuständigkeit des Gerichtes anerkennen:

- a) das Verbrechen des Völkermordes
- b) die Verbrechen gegen die Menschlichkeit
- c) die Kriegsverbrechen
- d) das Verbrechen der Aggression, welches noch zu definieren ist<sup>24</sup>.

**39** Die Art. 6 bis 8 Statut IStGH definieren diese Tatbestände<sup>25</sup>; durch die Erarbeitung der «Verbrechenselemente» konnten sie weiter konkretisiert werden. Diese «Verbrechenselemente» wurden von den Mitgliedern der Versammlung der Vertragsstaaten mit einer Zweidrittelmehrheit genehmigt. Diese Definitionen sowie der gesamte Teil 2 des Statuts (Art. 5 bis 21) sind nicht «für andere Zwecke als diejenigen dieses Statuts» verbindlich; sie sind insbesondere nicht so auszulegen, als beschränkten oder berührten sie

<sup>24</sup> Diese Straftat kann die Verantwortlichkeit der Staaten auslösen, während das Gericht nur Einzelpersonen verurteilt. Diese Problematik ist so heikel, dass die Staaten mit ihrer Lösung nicht die Verabschiedung des Römer Statuts verzögern wollten.

<sup>25</sup> Für weitere Einzelheiten, vgl. Anhang 1 der Botschaft des Bundesrates, BBl 2001 489 ff.

«bestehende oder sich entwickelnde Regeln des Völkerrechts für andere Zwecke als diejenigen dieses Statuts» (Art. 10 Statut IStGH). Das Statut widersetzt sich daher keineswegs dem Recht der Staaten, diese Verstösse vertraglich oder intern abweichend zu definieren. Es ist jedoch klar, dass die Mehrheit der Staaten, welche das Statut ratifiziert haben, dafür sorgen werden, diese Definitionen in ihr Recht zu integrieren<sup>26</sup>.

#### b. Örtliche Zuständigkeit

**40** Gemäss Art. 12 Abs. 2 Statut IStGH ist der IStGH zuständig, wenn einer der folgenden Staaten Vertragspartei des Statuts ist:

- a) der Staat, in dessen Hoheitsgebiet das Verbrechen begangen wurde (Tatortstaat),
- b) der Staat, dessen Staatsangehörigkeit die des Verbrechens beschuldigte Person besitzt (Täterstaat).

**41** Art. 12 Abs. 3 Statut IStGH sieht vor, dass ein Nichtvertragsstaat die Zuständigkeit des Gerichtes mittels Erklärung zuhanden des Kanzlers anerkennen kann. Stützt sich der Sicherheitsrat auf Kapitel VII der Charta der Vereinten Nationen, um einen Fall vor dem Gerichtshof hängig zu machen, ist er nicht an diese örtlichen Kriterien gebunden.

#### c. Zeitliche Zuständigkeit

**42** Der IStGH ist eine ständige Gerichtsinstanz. Er besitzt indessen keinerlei rückwirkende Zuständigkeit. Er ist somit nur für Verbrechen zuständig, welche *nach* seinem Inkrafttreten am 1. Juli 2002 begangen wurden (Art. 11 Statut IStGH). Für diejenigen Staaten, welche nach Inkrafttreten Vertragsstaaten geworden sind, kann das Gericht seine Zuständigkeit nur hinsichtlich derjenigen Verbrechen ausüben, welche begangen wurden, nachdem das Statut für diesen Staat in Kraft getreten ist. Falls ein Staat hinsichtlich eines schweren Verbrechens die Zuständigkeit des Gerichts gestützt auf Art. 12 Abs. 3 Statut IStGH anerkennt, muss er ohne Verzögerung mit diesem zusammenarbeiten.

<sup>26</sup> MARC HENZELIN, «*La Cour pénale internationale: organe supranational ou otage des Etats ?*», ZStrR 2001, S. 223 ff., welcher die Frage im Detail untersucht.

#### d. Personelle Zuständigkeit

**43** Gemäss Art. 25 Statut IStGH beschränkt sich die Zuständigkeit des Gerichtes auf natürliche Personen, Täter, Mittäter, Gehilfen oder Anstifter von Verbrechen, welche in seine sachliche Zuständigkeit fallen. Das Statut enthält keine Bestimmungen, die es gestatten, gegen einen Staat oder eine juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts Anklage zu erheben<sup>27</sup>. Das Gericht ist ebenso nicht für die Verurteilung von Personen zuständig, welche im Zeitpunkt der Tat noch nicht 18 Jahre alt waren (Art. 26).

**44** Art. 27 Statut IStGH sieht vor, dass die amtliche Eigenschaft einer Person diese von ihrer strafrechtlichen Verantwortlichkeit vor dem Gericht nicht befreit. Art. 98 Statut IStGH bestimmt hingegen, dass der Gerichtshof kein Ersuchen stellen darf, «das vom ersuchten Staat verlangen würde, in Bezug auf die Staatenimmunität oder die diplomatische Immunität einer Person oder des Eigentums eines Drittstaates entgegen seinen völkerrechtlichen Verpflichtungen zu handeln». Nach Ansicht des Bundesrates handelt es sich dabei nur um einen «scheinbaren Widerspruch». Gemäss der Botschaft dürfte es genügen, die heiklen Entscheide dem Bundesrat zu übertragen, welcher von Fall zu Fall nach politischen Kriterien entscheiden wird. Diese Haltung scheint uns wenig Aufhebens von einem heiklen Problem zu machen, welches von einer Regelung auf internationaler Ebene weit entfernt ist. Die praktische Anwendung wird zweifellos einige Fragen aufwerfen.

#### e. Komplementarität

**45** Gemäss den Genfer Konventionen von 1949 und dem Zusatzprotokoll I von 1977 müssen die Staaten die wegen eines Kriegsverbrechens beschuldigten Personen vor ihren eigenen Gerichten belangen oder ihre Auslieferung vornehmen, damit sie in einem anderen Staat verurteilt werden können. Das Römer Statut befreit die Staaten in keiner Weise von ihren sich aus dem humanitären Völkerrecht oder dem Gewohnheitsrecht ergebenden Verpflichtungen und beeinträchtigt auch nicht die Zuständigkeit der beiden Internationalen Gerichtshöfe für Ex-Jugoslawien und Ruanda.

**46** Die Vertragsstaaten des Römer Statuts bleiben an ihre völkerrechtlichen Verpflichtungen gebunden und können sich nicht ihrer Verantwortung entziehen, die schwersten Verbrechen zu verfolgen. Das Römer Statut hat dieses grundlegende Prinzip in seiner Präambel verankert und in seinem Art.

<sup>27</sup> Zur durch diese Problematik ausgelöste Auseinandersetzung vgl. MARC HENZELIN (FN 26), S. 228.

1 nochmals aufgenommen. Dieser stipuliert in klarer Weise, dass das Gericht die innerstaatliche Strafgerichtsbarkeit ergänzt. Im Gegensatz zu den zwei Ad-hoc-Tribunalen besitzt der IStGH nur eine subsidiäre Zuständigkeit: er ist *nur* dann für die Verurteilung einer Tat, welche in seinem Tatbestandskatalog enthalten ist, zuständig, wenn die Staaten nicht willens oder nicht in der Lage sind, die Täter eines mutmasslichen Verbrechens selbst zu verurteilen<sup>28</sup>.

**47** Dieses Prinzip ist grundlegend im System des Römer Statuts. Es hat denn auch zum Ziel, die primäre Verantwortlichkeit der Staaten und die subsidiäre Stellung des Gerichtes hervorzuheben, welches nur im Falle des Versagens der Staaten intervenieren darf. Die Interpretation und die konkrete Umsetzung des Grundsatzes der Komplementarität wird einige Schwierigkeiten schaffen. Der überaus politische Inhalt einiger heikler Begriffe, wie z.B. *der subjektive Wille eines Staates, eine effiziente Untersuchung durchzuführen*, wird unvermeidlich Gegenstand von Debatten werden. Es geht somit für den IStGH darum, um eine präzise Rechtsprechung bemüht zu sein, auf welche sich die Staaten berufen können<sup>29</sup>.

#### 2 Anrufung des Gerichtes

**48** Die Art. 13 bis 15, 18 und 19 Statut IStGH bestimmen, wer ein Verfahren vor dem IStGH hängig machen kann. Dies sind:

- a) die Staaten;
- b) der Sicherheitsrat;
- c) der Ankläger.

**49** Die Berechtigung der Staaten, an das Gericht zu gelangen, wurde nie bestritten. Gemäss Art. 14 Statut IStGH kann ein Vertragsstaat eine Situation, in der anscheinend eines oder mehrere der in Art. 5 Statut IStGH aufgeführten Verbrechen begangen wurden, dem Ankläger unterbreiten und diesen ersuchen, eine Strafuntersuchung zu eröffnen. Der Staat soll, soweit möglich, die massgeblichen Umstände angeben und die Unterlagen vorlegen, über die er verfügt.

**50** Art. 13 lit. b Statut IStGH sieht vor, dass der Sicherheitsrat gestützt

<sup>28</sup> Art. 17 Statut IStGH behandelt diese Frage unter dem Aspekt der Zulässigkeit. Er zählt die Kriterien auf, die zur Unzulässigkeit einer Sache vor dem Gerichtshof führen. Der Gerichtshof kann aus eigener Initiative über die Zulässigkeit einer Sache entscheiden (Art. 19 Statut IStGH).

<sup>29</sup> Für weitere Einzelheiten vgl. MARC HENZELIN (FN 26).

auf Kapitel VII der Charta der Vereinten Nationen ebenfalls eine derartige Situation dem Ankläger unterbreiten kann. Der Gerichtshof wäre somit nicht mehr durch örtliche Kriterien beschränkt, auf welche sich ordentlicherweise seine Zuständigkeit stützt; seine Gerichtsbarkeit würde sämtliche Staaten umfassen, unabhängig vom Ort der Begehung oder der Staatsangehörigkeit des Täters. Damit jedoch eine solche «Universalisierung» der Zuständigkeit des IStGH begründet werden kann, muss sich der Sicherheitsrat auf eine Gefahr für die internationale Sicherheit berufen können<sup>30</sup>.

51 Schliesslich –und dieser Punkt wird der am meisten umstrittene sein– kann der Ankläger auf eigene Initiative ein Strafverfahren einleiten. Art. 15 Statut IStGH ermächtigt ihn, auf der Grundlage von Informationen von Staaten und internationalen oder zwischenstaatlichen Organisationen, aber auch von Nichtregierungsorganisationen (NGO) oder von jeder anderen glaubwürdigen Quelle, eine Strafuntersuchung zu eröffnen.

### 3 Vom Gericht verfügte Strafen

52 Aufgrund des Prinzips «*nulla poena sine lege*» enthält Teil 7 des Statuts die Strafen, die vom Gerichtshof ausgesprochen werden können. Gemäss Art. 77 Statut IStGH kann eine Freiheitsstrafe bis zu einer Höchstdauer von 30 Jahren ausgesprochen werden, unter regelmässiger Überprüfung der Strafe nach Ablauf von zwei Dritteln der Haftdauer (Art. 110). Sollten die Schwere des Verbrechens und die persönlichen Verhältnisse des Verurteilten es rechtfertigen, besteht die Möglichkeit, ausnahmsweise eine lebenslängliche Freiheitsstrafe vorzusehen, welche nach 25 Jahren Freiheitsentzug überprüft werden kann. Die Todesstrafe ist nicht Bestandteil des Strafkataloges. Als ergänzende Strafe kann das Gericht Geldstrafen aussprechen und aus dem Verbrechen erlangte Vermögenswerte einziehen, welche in einen Fonds zugunsten der Opfer und ihren Angehörigen eingezahlt werden können (Art. 79 Statut IStGH).

<sup>30</sup> Kapitel VII der Charta der Vereinten Nationen kann durch den Sicherheitsrat ebenfalls angerufen werden, um die Strafuntersuchung oder die Verfolgung für die Dauer von 12 Monaten aufzuschieben (Art. 16 Statut IStGH). Von dieser Möglichkeit darf nur in Ausnahmefällen Gebrauch gemacht werden, wenn die Aufnahme eines Strafverfahrens laufende Friedensverhandlungen oder die friedliche Regelung einer angespannten internationalen Lage gefährden würde. Dieser Artikel öffnet jedoch Missbräuchen Tür und Tor. Er wurde insbesondere von den Vereinigten Staaten angewandt, um für ein Jahr die Sistierung der Strafverfolgung gegen ihre Staatsbürger zu erwirken. Indessen ist zu vermerken, dass diese Blockierung des Gerichtshofes einen Entscheid des Sicherheitsrates erfordert und der Einspruch eines einzigen ständigen Mitgliedes es erlaubt, die strittige Strafverfolgung zu Ende zu führen. Für weitere Einzelheiten zu diesem «konstruktives Veto», wie es von einigen bezeichnet wird vgl. Botschaft, BBI 2001 422.

### 4 Stellung der Opfer

53 Artikel 68 Statut IStGH räumt den Opfern und der Anerkennung ihrer Rechte eine besondere Stellung ein. Der Schutz der Opfer, ihre Teilnahme und Vertretung vor dem Gerichtshof sind um einiges umfassender geregelt als bei den ICT, wenn auch die Möglichkeit, als Zivilpartei aufzutreten, ebensowenig vorgesehen ist. Die Opfer können sich an sämtlichen Verfahrenshandlungen beteiligen, um ihre Auffassungen darzulegen und ihre Forderungen zu stellen; sie können sich durch einen Anwalt vertreten lassen<sup>31</sup>. Zudem verfügen sie über ein Recht auf Wiedergutmachung nach Art. 75 Statut IStGH.

### 5 Rechtsmittel

54 Die Entscheide der erstinstanzlichen Kammer über Schuld und Strafe können an eine Berufungskammer weitergezogen werden. Kommt diese zum Schluss, dass die Verurteilung wegen Verfahrensmängeln ungültig oder die Verurteilung wegen fehlerhafter Tatsachenfeststellung oder fehlerhafter Rechtsanwendung nichtig ist, so kann es diesen aufheben, abändern oder ein neues Verfahren vor einer anderen erstinstanzlichen Kammer anordnen. Ein rechtskräftiger Entscheid kann Anlass zu einem Revisionsverfahren bieten (Wiederaufnahme).

### 6 System der Zusammenarbeit

55 Der IStGH verfügt über keine polizeilichen oder gerichtlichen Mittel, um selbst die Verhaftung von gesuchten Personen vorzunehmen, und er hat nicht die Befugnis, auf dem Gebiet der Vertragsstaaten Ermittlungen durchzuführen. Er ist somit stark auf die Zusammenarbeit Letzterer angewiesen. Art. 86 Statut IStGH bringt die klare Verpflichtung jedes Vertragsstaates zum Ausdruck, bei den Ermittlungen und Verfolgungen betreffend Verbrechen, welche der Zuständigkeit des Gerichtshofes unterliegen, mit diesem eng zusammenzuarbeiten. Art. 88 Statut IStGH verpflichtet zudem die Vertragsstaaten, in ihrer innerstaatlichen Gesetzgebung ein Verfahren vorzusehen, welches ihnen erlaubt, mit dem Gerichtshof zusammenzuarbeiten. Die Schweiz musste sich somit die Frage stellen, welche Form diese Gesetzesänderung haben sollte, um die Arbeit

<sup>31</sup> Gemäss Art. 15 Abs. 3 Statut IStGH können sie insbesondere Vertreter an die Vorverfahrenskammer schicken, wenn diese einen Antrag des Anklägers zur Aufnahme von Ermittlungen prüft.

des Gerichtshofs nicht zu behindern und um keine vom IStGH zugelassenen Beweismittel auszuschliessen.

**56** Der Bundesrat hatte in einem ersten Schritt vorgesehen, vergleichbar mit dem Verfahren, das er bzgl. der beiden ICT angewendet hat, vorzugehen, nämlich mit einem umfassenden Verweis auf das IRSG und dem Erlass eines Bundesbeschlusses zur Regelung der Einzelheiten<sup>32</sup>. Die Besonderheiten des Gerichtshofs machen jedoch eine Zusammenarbeit *sui generis* notwendig. Da es sich beim Gerichtshof nicht um einen Fremdstaat handelt, dürfen seine Ersuchen um Zusammenarbeit nicht so behandelt werden wie die ordentlichen Rechtshilfeersuchen<sup>33</sup>. Daher wurde entschieden, ein detailliertes und eigenständiges Gesetz zu erlassen.

**57** Das Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof (ZISG)<sup>34</sup> regelt insbesondere die Überstellung der vom Gerichtshof verfolgten oder verurteilten Personen (3. Kapitel), die anderen Formen der Zusammenarbeit (4. Kapitel) sowie die Vollstreckung der Sanktionen des Gerichtshofes (5. Kapitel). Sämtliche konkreten Probleme, welche sich im Rahmen der Zusammenarbeit mit dem IStGH stellen könnten, müssen ausschliesslich durch das Römer Statut und das ZISG geregelt werden. Das IRSG ist in diesem Bereich nie anwendbar.

## 7 Zuständigkeit

### a. Zentralstelle

**58** Schlüsselement des Systems der Zusammenarbeit, welches von der Schweiz kreiert wurde, ist die Einrichtung einer «Zentralstelle», welche künftig direkte Ansprechpartnerin des Gerichts sowie der mit der Vollstreckung der Zusammenarbeitsentscheide beauftragten innerstaatlichen Behörde bildet (Art. 3 ZISG). Die Zuständigkeit der Zentralstelle ist vielfältig:

- Entgegennehmen der Ersuchen des Gerichtshofes;
- Entscheiden über die Zulässigkeit der Zusammenarbeit und über die Notwendigkeit der Anfechtung der Zuständigkeit des Gerichtshofes;
- Anordnen der notwendigen Massnahmen und deren Umfang;

<sup>32</sup> Botschaft, BBl 2001 454.

<sup>33</sup> RUDOLF WYSS, «Die Zusammenarbeit der Schweiz mit dem Internationalen Strafgerichtshof», ZStrR 2002, S. 134 ff.

<sup>34</sup> Vom 22. Juni 2001, SR 351.6.

- Bezeichnen des für den Vollzug zuständigen Kantons;
- Ernennen eines amtlichen Rechtsbeistandes, soweit erforderlich;
- Überstellen der verfolgten Personen an den Gerichtshof;
- Übermitteln der Ergebnisse aus der Erledigung des Ersuchens an den Gerichtshof;
- Weiterleiten des Ersuchens des Gerichtshofes um Übernahme der Strafverfolgung an die zuständige Behörde;
- Übernehmen der Strafvollstreckung;
- Vollstreckung der Geldstrafen.

Ebenfalls hat sie die Aufgabe, die Entwicklung der Rechtsprechung des Gerichtshofes zu verfolgen.

**59** Die Zentralstelle wird in das Bundesamt für Justiz, Abteilung internationale Rechtshilfe, integriert. Sie wird aus Juristen zusammengesetzt, die zur Zeit innerhalb dieser Abteilung tätig sind. Sie wird folglich über sämtliche finanziellen und personellen Mittel dieses Dienstes verfügen<sup>35</sup>. Die Wichtigkeit der der Zentralstelle zugewiesenen Funktionen bedarf einer Entscheidungskompetenz; nur ihre Verfügungen können angefochten werden. Die durch die Vollzugsbehörden getroffenen Zwischenverfügungen können dagegen indirekt, gleichzeitig mit der Schlussverfügung, angefochten werden.

**60** Die Zentralstelle hat ebenfalls die Aufgabe, mit dem Gerichtshof Konsultationen zu führen. Diese besondere Form der Zusammenarbeit ist durch das Statut selbst vorgesehen, welches ihr eine wichtige Stellung einräumt (Art. 91 Abs. 4, 93 Abs. 3, 94 Abs. 1, 96 Abs. 3, 97 und 100 Abs. 1 lit. f Statut IStGH). Es geht dabei darum, die Effizienz der Zusammenarbeit zu steigern und nutzlose Auseinandersetzungen zwischen den ersuchten Staaten und dem Gerichtshof zu vermeiden. Die Zentralstelle muss das Gericht um Konsultation ersuchen, insbesondere in den Fällen, wo die Erledigung des Ersuchens einem grundsätzlichen, allgemeinen Rechtsgrundsatz entgegensteht, die nationale Sicherheit gefährdet, den ordentlichen Ablauf der laufenden Strafuntersuchung in einer anderen Sache gefährden oder die Staatenimmunität oder die diplomatische Immunität verletzen würde (Art. 4 ZISG; vgl. Art. 93 Abs. 3, 72 und 93 Abs. 4, 94 Abs. 1, 98 und 27 Statut IStGH).

**61** Diese beispielhafte Aufzählung erhellt die Bedeutung der betreffenden

<sup>35</sup> RUDOLF WYSS (FN 33), S. 133 ff.

Bereiche, welche sich auf der politischen Ebene besonders empfindlich zeigen können. Folglich geht es darum, soweit als möglich Konflikten zwischen dem Gerichtshof und dem ersuchten Staat vorzubeugen. Falls anlässlich dieser Konsultation keine Lösung gefunden wurde, kann der Gerichtshof von der Verletzung der Pflicht zur Zusammenarbeit Kenntnis nehmen und der Versammlung der Vertragsstaaten – oder dem Sicherheitsrat, falls er durch diesen angerufen wurde – Bericht erstatten (Art. 87 Abs. 7 und 112 Abs. 2 lit. f Statut IStGH). Dieses Verfahren darf jedoch nur als letzte Massnahme durchgeführt werden. Das Statut erwähnt keine Sanktionen, welche dem fehlbaren Staat auferlegt werden könnten.

**62** Die Entscheidung, die wesentlichen Aufgaben im Bereich der Zusammenarbeit mit dem IStGH einer Verwaltungsbehörde zu übertragen, ruft ernsthafte Probleme betreffend Gewaltenteilung hervor. Die überaus heiklen Entscheidungen, welche durch diese Zentralstelle getroffen werden müssen, fallen zum grossen Teil in den Aufgabenbereich der richterlichen Behörden. Die getroffene Wahl verfolgt jedoch die gleiche Stossrichtung wie diejenige, welche auf dem Gebiet der internationalen Strafrechtshilfe angewandt wird, nämlich eine starke Politisierung des Problems.

#### b. Kantonale Vollzugsbehörden

**63** Art. 5 ZISG sieht vor, dass die mit dem Vollzug beauftragten kantonalen Behörden verpflichtet sind, die durch die Zentralstelle angeordneten Massnahmen beförderlich und ohne eigene materielle Verfahrensschritte zu erfüllen. In der Praxis behalten die kantonalen Behörden jedoch die Kompetenz, sämtliche notwendigen und nach ihren Strafprozessordnungen zulässigen Massnahmen (Anhörung von Zeugen, Sperren von Konten, usw.) zur Durchführung ihres Auftrages zu treffen. Die Verantwortung des eigentlichen Zusammenarbeitsverfahrens liegt dennoch bei der Zentralstelle; einzig deren Entscheide unterliegen der Beschwerde. Die Handlungen der Vollzugsbehörden können nur im Rahmen einer Beschwerde gegen die Schlussverfügung der Zentralstelle angefochten werden.

#### c. Bundesrat

**64** Das internationale Recht, die Lehre und die Staatenpraxis sind im Bereich der Immunität zur Zeit in voller Entwicklung begriffen<sup>36</sup>. In diesem besonders heiklen Bereich wurde vom Gesetzgeber die Notwendigkeit unterstrichen,

<sup>36</sup> Vgl. Kapitel V.

über die allgemeine Zuständigkeit der Zentralstelle hinaus, auf politischer Stufe einen Entscheid zu fällen. Gemäss Art. 6 ZISG entscheidet der Bundesrat «auf Antrag des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (...) über Immunitätsfragen im Sinne von Art. 98 in Verbindung mit Art. 27 des Statuts, die sich bei der Erledigung eines Ersuchens ergeben». Diese wenig geschickt formulierte Gesetzesbestimmung weist auf zwei grundlegende Artikel des Statuts hin, aus denen sich schon einige prinzipielle Divergenzen herauskristallisiert haben.

#### 8 Feststellung der Zuständigkeit des Gerichtshofes

**65** Die Schweiz kann sich im Stadium der vorläufigen Entscheidung betreffend die Zulässigkeit oder im Rahmen eines Verfahrens zur Anfechtung der Zuständigkeit des Gerichtshofs oder der Zulässigkeit der Sache auf den Vorrang des innerstaatlichen Rechts berufen (Art. 18 und 19 Abs. 2 Statut IStGH). Diese Möglichkeit relativiert das Prinzip, gemäss welchem die Staaten nicht das Recht haben, die Zusammenarbeit abzulehnen. Artikel 7 ist somit eine Schlüsselbestimmung des ZISG, welche der Schweiz insbesondere erlaubt, ihre Zuständigkeit in Verfahren gegen schweizerische Staatsangehörige geltend zu machen. Die Zentralstelle fällt einen Entscheid indessen nur im Einvernehmen mit der gemäss dem schweizerischen Verfahren zuständigen Behörde.

**66** Der Entscheid, die Zuständigkeit des Gerichtshofs in einem gegebenen Fall nicht anzufechten, kommt einer Anerkennung seiner Zuständigkeit gleich. Sämtliche Unterlagen, welche im Laufe des Verfahrens in der Schweiz gesammelt wurden, werden dem Gerichtshof übergeben<sup>37</sup>. Das Verfahren in der Schweiz wird damit sistiert. Der Angeklagte kann gegen diese Verfügung kein Rechtsmittel ergreifen. Er kann einzig die Zuständigkeit des Gerichtshofes vor diesem selbst anfechten.

#### 9 Spontane Übermittlung und Unterbreitung an den Gerichtshof

**67** Um den IStGH nicht zu überlasten, ist die Möglichkeit, Informationen und Beweismittel spontan dem Gerichtshof zu übermitteln, vom Römer Statut nicht explizit vorgesehen. Art. 8 ZISG nimmt trotzdem das durch Art.

<sup>37</sup> Diese Vorgehensweise verlief insbesondere in der Sache *Musema*, welche beim Ad-hoc-Gerichtshof für Ruanda hängig gemacht wurde, zufriedenstellend. Das Urteil stützte sich denn auch vollumfänglich auf die im Rahmen des in der Schweiz durchgeführten Verfahrens gesammelten Beweismittel: ICTR (1. Kammer), Urteil vom 27. Januar 2000 i.S. *Musema*.

67a IRSG und Art. 8 Bundesbeschluss eingerichtete Verfahren in Anspruch. Wenn eine schweizerische Behörde im Rahmen einer Strafuntersuchung zum Schluss gelangt, dass es im Interesse der internationalen Gerichtsbarkeit sein könnte, dass ein Prozess vor dem Gerichtshof stattfindet, kann sie durch die spontane Übermittlung von Beweismitteln dem Ankläger die Möglichkeit geben, seine eigene Strafuntersuchung nach Art. 15 Abs. 1 Statut IStGH zu eröffnen. Da die Übermittlung den Gerichtshof keineswegs verpflichtet, eine Strafverfolgung einzuleiten, verletzt Art. 8 ZISG das Statut in keiner Weise<sup>38</sup>.

68 Die Unterbreitung einer Situation an den Gerichtshof durch einen Vertragsstaat ist durch Art. 14 Statut IStGH ausdrücklich vorgesehen. Dies ist das Gegenstück zur Unterbreitung durch den Sicherheitsrat. Es handelt sich dabei um eine höchst politische Entscheidung, welche in der Zuständigkeit des Bundesrates liegt. In der Praxis läuft das Ersuchen jedoch über die Zentralstelle, welche gewährleisten kann, dass dieses die vorgesehenen formellen Voraussetzungen erfüllt. Die Zentralstelle ist ebenfalls zuständig für die weitere Bearbeitung des Ersuchens (Art. 53 Abs. 3 lit. a Statut IStGH)<sup>39</sup>.

#### *10 Überstellung der vom Gerichtshof verfolgten oder verurteilten Personen*

##### a. Voraussetzungen

69 Das ZISG sieht ein einfaches und schnelles Überstellungsverfahren vor, welches sich in drei Phasen unterteilt: Übermittlung des Haftersuchens (Art. 18 ZISG), Festnahme und Inhaftierung (Art. 19 bis 21 ZISG) und Überstellung an den Gerichtshof (Art. 22 ff. ZISG).

70 Im Gegensatz zum ordentlichen Auslieferungsverfahren kann die inhaftierte Person nur ihre Inhaftierung anfechten. Gemäss Art. 16 ZISG müssen nämlich sämtliche Personen dem Gerichtshof überstellt werden, wenn aus dem Ersuchen hervorgeht, dass die Tat, für die sie verfolgt werden, in die Zuständigkeit des IStGH fällt. Angesichts der Schwere der fraglichen Taten ist die doppelte Strafbarkeit nicht erforderlich<sup>40</sup>. Die schweizerischen Staatsangehörigen werden indessen nur an den Gerichtshof überstellt, falls die Zentralstelle die Ermächtigung erhalten hat, die Strafe in der Schweiz vollstrecken zu lassen.

<sup>38</sup> Botschaft, BBl 2001 459.

<sup>39</sup> Botschaft, BBl 2001 460.

<sup>40</sup> Botschaft, BBl 2001 462.

71 Im Gegensatz zur Zustimmung der Schweiz zum Römer Statut, welches vom Parlament vorbehaltlos angenommen wurde, hat die Frage der Überstellung unter der Bundeskuppel einige Kontroversen ausgelöst. Einige befürchteten nämlich, dass die dem IStGH gewährten Erleichterungen im Widerspruch zu Art. 25 Abs. 1 BV stünden, welcher die Auslieferung von Schweizer Staatsangehörigen ausdrücklich untersagt. Diese Bedenken wurden indessen von drei übereinstimmenden Rechtsgutachten von Professoren der Universitäten Genf, Bern und Zürich ausgeräumt<sup>41</sup>. Diese Experten haben denn auch festgestellt, dass der grundlegende Unterschied, welcher zwischen der Überstellung eines Schweizer Staatsangehörigen an ein Internationales Gerichtsorgan und der Auslieferung an einen Fremdstaat besteht, die Feststellung zulasse, dass einzig die zweite Variante eine Verletzung der Verfassung darstellt.

##### b. Festnahme zum Zwecke der Überstellung und Sicherstellung

72 Der Gerichtshof kann von der Schweiz im Sinne einer vorsorglichen Massnahme die Festnahme einer zur Überstellung vorgesehenen Person verlangen. Er kann dies unter Vermittlung durch Interpol oder mit allen anderen Mitteln, welche eine schriftliche Aufzeichnung hinterlassen, bewerkstelligen (Art. 10 Abs. 3 ZISG). Die Erfordernisse, welchen das Ersuchen genügen muss, sind vom Statut vorgeschrieben und in Art. 18 ZISG detailliert wiedergegeben. Ein Überstellungsbefehl muss demnach von der Zentralstelle ausgestellt werden und die in Art. 19 Abs. 1 ZISG erwähnten Angaben enthalten.

73 Die Person, gegen die sich das Überstellungsverfahren richtet, muss grundsätzlich während des ganzen Verfahrens inhaftiert bleiben. Nur ausnahmsweise und nach Konsultation mit dem Gerichtshof darf die vorübergehende Freilassung bewilligt werden<sup>42</sup>. Reicht der Gerichtshof das Überstellungsersuchen nicht vor Ablauf von 60 Tagen nach der Festnahme ein, muss die betroffene Person unverzüglich und bedingungslos freigelassen werden (Art. 21 ZISG)<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> Es handelt sich dabei um die Professoren Malinverni, Kälin und Thürer.

<sup>42</sup> Dies kann der Fall sein, wenn die betroffene Person nicht hafterstehungsfähig ist. Andere Sicherungsmassnahmen können dann an Stelle der Haft angeordnet werden (Art. 19 Abs. 2 ZISG). Diese Möglichkeit wird jedoch unter Berücksichtigung der beträchtlichen Fluchtgefahr eine Ausnahme bleiben.

<sup>43</sup> Diese Frist ist aus der Verfahrens- und Beweisverordnung übernommen worden. Überschreitet der Gerichtshof dennoch die gesetzte Frist und muss die inhaftierte Person aus der Überstellungshaft freigelassen werden, so schliesst dies nicht aus, dass die Person für ein anderes Verfahren weiterhin in Untersuchungs-, Auslieferungs- oder Strafvollstreckungshaft verbleibt oder auf Grund eines späteren Ersuchens des Gerichtshofs festgenommen und überstellt wird (Art. 21 Abs. 3 ZISG; Botschaft, BBl 2001 465).

### c. Recht auf Anhörung

**74** Die zu überstellende Person hat ein Anrecht darauf, dass ihr und gegebenenfalls ihrem Rechtsbeistand das Ersuchen des Gerichtshofs sowie die dazugehörigen Unterlagen vorgelegt werden. Die ausführende Behörde muss die verfolgte Person über die Voraussetzungen der Überstellung und der erleichterten Überstellung aufklären. Sie informiert diese ebenfalls über ihr Recht:

- a) die Zuständigkeit des Gerichtshofes anzufechten;
- b) sich von einem Rechtsbeistand ihrer Wahl verteidigen zu lassen oder, falls sie keinen Rechtsbeistand hat, sich von der Zentralstelle einen Rechtsbeistand oder gegebenenfalls einen amtlichen Rechtsbeistand bestellen zu lassen.

**75** Wenn die Zentralstelle im Zeitpunkt der Inhaftierung im Besitze des Überstellungsersuchens ist, kann sie anordnen, dass die Person auf deren Ersuchen hin angehört wird. Damit wird nicht allein darauf abgezielt, das Recht auf Anhörung zu garantieren, sondern auch das Verfahren zu optimieren<sup>44</sup>.

### d. Überstellungsverfahren

**76** Sind die notwendigen Dokumente verfügbar<sup>45</sup> und ist die Person angehört worden, bewilligt die Zentralstelle die Überstellung (Art. 24 ZISG). Dieser Entscheid wird aufgeschoben, wenn die Zuständigkeit des Gerichtshofes angefochten wird<sup>46</sup>. Sobald die Bewilligung erteilt ist, wird die Überstellung vollzogen. Wird die Überstellung abgelehnt, so hebt die Zentralstelle die angeordnete Überstellungshaft auf. Die Person, um deren Überstellung ersucht wurde, hat keinerlei rechtliche Mittel, die Überstellungsverfügung anzufechten. In diesem Stadium kann sie in der Tat keine Gründe geltend machen, welche die Überstellung aufschieben oder verhindern würde: eine Anfechtung würde für alle betroffenen Personen nur einen Zeitverlust bedeuten. Die Verfügung der Zentralstelle hat somit unmittelbare Rechtskraft, was Art. 59 Abs. 3 Statut IStGH entspricht. Art. 27 ZISG

<sup>44</sup> Botschaft, BBl 2001 466.

<sup>45</sup> Diese Dokumente sind in Art. 17 ZISG aufgeführt.

<sup>46</sup> Art. 24 ZISG regelt einzig die Anfechtung der Zuständigkeit durch die Zentralstelle oder durch die Person, deren Überstellung verlangt wurde. Ficht ein Drittstaat die Zuständigkeit des Gerichtshofes an, muss dieser Fall im Lichte von Art. 14 ZISG gelöst werden (konkurrierende Ersuchen).

präzisiert, dass der Gerichtshof eine Person für sämtliche Taten, welche in seine Zuständigkeit fallen, verfolgen, bestrafen oder in Haft nehmen kann. Dies bedeutet im Klartext, dass der Grundsatz der Spezialität im Überstellungsverfahren nicht anwendbar ist<sup>47</sup>.

### e. Vereinfachte Überstellung

**77** Gemäss Art. 23 ZISG kann die inhaftierte Person auf das Überstellungsverfahren verzichten, indem sie der Überstellung sofort zustimmt. Das Überstellungsersuchen des Gerichtshofes ist alsdann überflüssig und die Zentralstelle hat über dieses nicht mehr zu entscheiden. Der Verzicht auf das ordentliche Überstellungsverfahren muss schriftlich festgehalten werden und kann widerrufen werden, solange die Zentralstelle die Überstellung nicht bewilligt hat. Diese Bestimmung ist von Art. 54 IRSG inspiriert, welcher bisher häufig zur Anwendung gelangte. Eine Person, im Wissen, dass ihre Überstellung unvermeidlich ist, wird denn auch ohne weiteres auf die Durchführung des ordentlichen Überstellungsverfahrens verzichten<sup>48</sup>.

### 11 Andere Formen der Zusammenarbeit

**78** Das Verfahren für die anderen Formen der Zusammenarbeit charakterisiert sich durch eine umfassende Zentralisierung. Die Schweiz wird angehalten, dem Gerichtshof ihre volle Unterstützung zu leisten, sobald dessen Zuständigkeit begründet ist (Art. 29 ZISG). Eine allgemeine, Art. 97 Abs. 1 Ziff. 1 Statut IStGH nachgebildete Bestimmung, beschreibt die Formen der möglichen Zusammenarbeit. Sie umfassen alle nach der schweizerischen Rechtsordnung<sup>49</sup> zulässigen Prozesshandlungen<sup>50</sup>, welche die Strafuntersuchung erleichtern oder der Wiedererlangung der Beute dienen, insbesondere:

- a) die Identifizierung nicht angeschuldigter Personen, die Ermittlung

<sup>47</sup> Für weitere Einzelheiten vgl. Botschaft, BBl 2001 468.

<sup>48</sup> Die Zentralstelle kann unter gewissen Umständen vom Gerichtshof trotz allem ein formelles Ersuchen verlangen. Das wird sie insbesondere dann tun, wenn sie gedenkt, die Zuständigkeit des Gerichtshofes anzufechten.

<sup>49</sup> Die Durchführung einer Rechtshilfemassnahme kann nur verweigert werden, wenn diese im ersuchten Staat aufgrund eines allgemein anwendbaren Rechtsgrundsatzes unzulässig ist (Art. 93 Abs. 3 Statut IStGH). Im Zweifelsfall sollen Konsultationen mit dem Gerichtshof gemäss Art. 4 lit. a ZISG durchgeführt werden.

<sup>50</sup> Der Begriff « Prozesshandlungen » wurde vom Statut übernommen. Er muss somit im Lichte der Rechtsprechung des Gerichtshofes ausgelegt werden.



- ihres Aufenthalts und die Lokalisierung von Gegenständen;
- b) die Beweisaufnahme, einschliesslich Zeugenaussagen, und die Beibringung von Beweismitteln, einschliesslich Sachverständigengutachten und Berichten, die der Gerichtshof benötigt;
  - c) die Einvernahme von Personen, gegen die ermittelt wird oder die strafrechtlich verfolgt werden;
  - d) die Zustellung von Unterlagen, einschliesslich Schriftstücke;
  - e) die zeitweilige Übergabe inhaftierter Personen;
  - f) die Untersuchung von Orten oder Stätten, einschliesslich der Exhumierung und Untersuchung von Toten, welche in Massengräbern begraben sind;
  - g) Durchsuchungen und Beschlagnahmungen;
  - h) die Beibringung von Akten und Unterlagen, einschliesslich amtlicher Akten und Unterlagen;
  - i) der Schutz von Opfern und Zeugen sowie die Sicherstellung von Beweismitteln;
  - j) die Identifizierung, das Aufspüren und Einfrieren oder die Beschlagnahmung von den mit der Tat in Zusammenhang stehenden Erlösen und Vermögensgegenständen sowie Tatwerkzeugen zum Zweck der eventuellen Einziehung<sup>51</sup>.

**79** Auf ausdrückliches Ersuchen des Gerichtshofes kann die Zentralstelle vorsorgliche Massnahmen zur Erhaltung des bestehenden Zustandes, zur Wahrung bedrohter rechtlicher Interessen oder zur Sicherung gefährdeter Beweismittel anordnen (Art. 31 ZISG). Art. 32 ZISG übernimmt die in Art. 99 Abs. 1 Statut IStGH aufgeführte Regelung, gemäss derer die Ersuchen des Gerichtshofes in der von ihm vorgegebenen Weise erledigt werden. Dies kann insbesondere den Bereich der Zeugenaussagen betreffen. Das *common law* stellt denn auch in diesem Bereich Erfordernisse auf, welche Anpassungen und Kompromisse notwendig machen können. Art. 34 ff. ZISG präzisieren in detaillierter Form, wie bestimmte Formen der Zusammenarbeit ausgestaltet sein müssen.

**80** Art. 42 ZISG zählt die Elemente auf, welche das Ersuchen des Gerichtshofes enthalten muss (Darstellung des Sachverhaltes, möglichst genaue Angaben über die Person, gegen die sich das Strafverfahren richtet, kurze Darstellung des Zwecks des Ersuchens, Definition der erforderlichen Massnahmen,

<sup>51</sup> Diese Auflistung ist nicht erschöpfend. Es sind insbesondere die den Untersuchungsbeamten durch die neue Technologie zur Verfügung stehenden Mittel, wie die Telefonüberwachung und Videokonferenzen, miteinzuschliessen.

usw.). Der ersuchte Staat kann, soweit notwendig, zusätzliche Auskünfte verlangen. Die Zentralstelle hat das Ersuchen zu prüfen und eine summarisch begründete Eintretensverfügung zu erlassen. Sie bestimmt die mit dem Vollzug beauftragten Behörden und ordnet die erforderlichen Zusammenarbeitshandlungen an.

**81** Art. 44 ZISG legt den einzigen Grund fest, welcher es einem Staat erlaubt, sich einem Ersuchen des Gerichtshofes zu widersetzen: das Risiko der Beeinträchtigung der nationalen Sicherheit. Man kann sich nur mit Mühe vorstellen, welcher Umstand eine solche Entscheidung des Bundesrates, der wegen der politischen Natur der auf dem Spiel stehenden Interessen diesbezüglich allein zuständig ist, notwendig machen würde.

**82** Wie im Rahmen der Überstellung kann die betroffene Person den Weg des vereinfachten Verfahrens wählen (Art. 47 ZISG). Schliesslich erlässt die Zentralstelle, sobald sie das Ersuchen als erledigt betrachtet, eine begründete Verfügung über die Gewährung und den Umfang der Zusammenarbeit (Art. 48 ZISG).

## 12 Vollstreckung der Sanktionen

### a. Freiheitsstrafen

**83** Wie sämtliche Staaten, welche das Römer Statut ratifiziert haben, wurde die Schweiz eingeladen, ihre Bereitschaft zu erklären, Freiheitsstrafen in ihrem Hoheitsgebiet zu vollstrecken. Das Parlament hat dieses Engagement im Rahmen des ZISG konkretisiert. Auf Ersuchen des Gerichtshofes kann die Schweiz die Vollstreckung eines rechtskräftigen und vollstreckbaren Strafentscheides übernehmen, falls die verurteilte Person:

- a) Schweizer Staatsbürger ist, oder
- b) in der Schweiz ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat.

**84** Die vom Gerichtshof ausgesprochene Strafe wird ohne weiteres in der Schweiz vollziehbar, sobald die Zentralstelle das Ersuchen angenommen hat (Art. 55 Abs. 1 ZISG). Aufgrund der klaren Bestimmungen des Statuts (Art. 105 bis 109 Statut IStGH) bindet die ausgesprochene Strafe – ihre Dauer und das Regime, unter dem die Strafe verbüsst werden muss – die schweizerischen

Behörden. Daraus ergibt sich, dass die bedingte Entlassung im Sinne von Art. 38 StGB vollumfänglich ausgeschlossen ist<sup>52</sup>.

**85** Man muss feststellen, dass die Haltung unserer Behörden nicht sehr entschlossen ist. Der Gesetzgeber hat denn auch durch die Begrenzung des Kreises der für einen Strafvollzug in der Schweiz geeigneten Personen auf Schweizer Staatsbürger oder auf Personen mit gewöhnlichem Aufenthalt in der Schweiz eigenartigerweise den Anwendungsbereich von Art. 53 ZISG eingeschränkt. Es wäre begrüssenswert gewesen, dass die Schweiz Verantwortung übernommen hätte und auf ihrem Staatsgebiet auch Bürger anderer Staaten aufnehmen würde, um die Verpflichtung zum Vollzug der Strafen nicht allein dem Sitzstaat des IStGH aufzubürden. Es ist in der Tat sehr unwahrscheinlich, dass dereinst viele Schweizer Bürger vom Gerichtshof verurteilt werden, während in den meisten Fällen die für schwerste Verletzungen der Menschenrechte verantwortlichen Personen ihre Strafe nicht in ihrem Heimatstaat verbüssen können<sup>53</sup>.

#### b. Einziehung

**86** Gemäss Art. 41 ZISG können zu Sicherungszwecken beschlagnahmte Gegenstände oder Vermögenswerte auf Ersuchen des Gerichtshofes zur Einziehung, zur Zuweisung an den Treuhandfonds zu Gunsten der Opfer<sup>54</sup> oder zur Rückerstattung herausgegeben werden. Diese Gegenstände und Vermögenswerte umfassen:

- a) Gegenstände, mit denen eine strafbare Handlung begangen wurde;
- b) das Erzeugnis oder den Erlös aus einer strafbaren Handlung, deren Ersatzwert und unrechtmässigen Vorteil;
- c) Geschenke und andere Zuwendungen, die dazu gedient haben oder bestimmt waren, die strafbare Handlung zu veranlassen oder zu belohnen, sowie deren Ersatzwert.

**87** Falls der Gerichtshof selbst eine Anordnung zur Einziehung getroffen hat, kann diese unmittelbar in der Schweiz vollstreckt werden (Art. 58 ZISG). In beiden Fällen sind die Rechte Dritter an diesen Vermögenswerten vorbehalten.

---

<sup>52</sup> Botschaft, BBl 2001 478.

<sup>53</sup> Bundesrat Joseph Deiss wurde im Übrigen durch eine Interpellation des Ständerates Dick Marty verpflichtet, die Angelegenheit innert kürzester Frist zu prüfen (Amtl. Bull. SR 2001 468 f.).

<sup>54</sup> Art. 79 Statut IStGH.

### 13 Rechtsmittel

**88** Es wurde schon wiederholt dargelegt, dass das Verfahren der Zusammenarbeit einfach und schnell sein muss. Der Zeitraum zwischen der Eintretens- und der Schlussverfügung muss auf das Minimum verkürzt werden. Infolgedessen ist einzig die Schlussverfügung der Anfechtung unterworfen. Sie kann nur mittels Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht angefochten werden (Art. 49 ZISG).

**89** Das gegen diese Schlussverfügung angestrebte Verfahren erlaubt es dennoch, sämtliche im Laufe des Verfahrens gefällten Verfügungen mit ein- und derselben Beschwerde anzufechten. Zur Beschwerdeführung ist nur legitimiert:

- a) wer nicht im Verfahren vor dem Gerichtshof angeschuldigt ist<sup>55</sup>;
- b) wer persönlich und direkt von einer Massnahme betroffen ist;
- c) wer ein schutzwürdiges Interesse an der Änderung oder Aufhebung der Verfügung hat, und
- d) wer seine Rechte vor dem Gerichtshof nicht geltend machen kann oder wem dies nicht zuzumuten ist.

**90** Mit der Beschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich der Überschreitung oder des Missbrauchs des Ermessens, gerügt werden. Das Bundesgericht prüft frei, ohne den Entscheid des Gerichtshofes vorwegzunehmen. Die Rechtsmittelfrist beträgt zehn Tage ab Zustellung der Schlussverfügung. Die Beschwerde hat aufschiebende Wirkung, ausser der Gerichtshof weist die Dringlichkeit der Angelegenheit nach (Art. 99 Abs. 2 Statut IStG).

---

Der Entstehungsprozess der zwei Ad-hoc-Tribunale ist völlig verschieden von demjenigen des IStGH. Die Art der Entstehung – die einen auf einer Resolution des UNO-Sicherheitsrates, der andere auf einem multilateralen Vertrag beruhend – prägt die Arbeitsweise des jeweiligen Gerichtshofs fundamental.

---

<sup>55</sup> Die angeschuldigte Person wird vor dem Gerichtshof selbst die entsprechenden Rechtsmittel in Anspruch nehmen können. Von der Beschwerde sind auch so genannte Strohfirmer auszuschliessen, hinter welchen die angeschuldigte Person als die wirtschaftlich berechnete steht.

Ein wichtiger Unterschied ergibt sich für die Verteilung der Kompetenzen zwischen dem Gerichtshof und den Mitgliedstaaten. Während die zwei Ad-hoc-Tribunale praktisch eine ausschliessliche Kompetenz zur Strafverfolgung der auf den bestimmten Gebieten begangenen Verbrechen ausüben, kommt dem IStGH gegenüber den Staaten nur eine subsidiäre Kompetenz zu.

Die schwerwiegendsten Verletzungen der internationalen Rechtsordnung, welche in den vorstehenden Kapiteln definiert werden, müssen folglich innerhalb eines komplexen Systems abgeurteilt werden, in dem die internationale Gerichtsbarkeit in mehr oder weniger harmonischer Weise mit derjenigen der Staaten gemischt wird.

Die Schweiz muss, gemäss ihren eigenen Erklärungen, die Mittel zur effizienten Zusammenarbeit mit den Internationalen Gerichten zur Verfügung stellen und gleichzeitig die eigene Kapazität zur Strafverfolgung von Verantwortlichen schwerwiegender Verbrechen stärken. Ohne diese zwei Handlungsebenen gibt es keinen effizienten Kampf gegen die Straflosigkeit.