

Fremder Militärdienst (Art. 94 MStG) beim Eintritt in eine bewaffnete nichtstaatliche Gruppierung oder terroristische Organisation

Masterarbeit im Programm Master of Advanced Studies „Forensics“
der Staatsanwaltsakademie der Universität Luzern

Vorgelegt von

MLaw Tobias Kühne

MAS Forensics 5

Betreut von

lic. iur. Alberto Fabbri

Erster Staatsanwalt des Kantons Basel-Stadt

Präsident II Militärgericht 4

Eingereicht am 14. August 2015

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	III
Materialienverzeichnis	IV
Abkürzungsverzeichnis	VI
Zusammenfassung	IX
1 Einleitung	1
2 Entstehungsgeschichte	1
2.1 Reisläuferei	1
2.2 Revision des Militärstrafgesetzes	2
3 Kasuistik	4
3.1 Jährliche Verurteilungen	4
3.2 Fall 1: PKK-Kämpfer.....	5
3.3 Fall 2: Dschihad-Reisender	6
4 Aktuelle Situation und politische Vorstösse	7
4.1 Übersicht.....	7
4.2 Motion Lukas Reimann vom 21.03.2014 „Präzisierung und Ausweitung des Verbotes des fremden Militärdienstes und der Anwerbung dazu“	9
4.3 Motion Urs Schläfli vom 11.09.2014 „Keine modernen Söldner“	10
5 Problemstellungen	11
5.1 Geschütztes Rechtsgut	11
5.2 Persönlicher Geltungskreis.....	12
5.3 Definition des Militärdienstes	14
5.3.1 Grundsätzliches.....	14
5.3.2 „Offizielle“ Streitkräfte.....	15
5.3.3 Kriterium des militärischen „Endzwecks“	16
5.3.4 Bewaffnete nichtstaatliche Gruppierungen.....	16
5.3.5 Dienst in einer privaten Sicherheitsfirma (PMC/PSC)	18
5.4 Qualifikation als Vergehen und Strafmass.....	20
5.5 Rechtshilfe.....	21

6 Abgrenzungen und Konkurrenzen	22
6.1 <i>Kriminelle Organisation – Art. 260^{ter} StGB</i>	22
6.2 <i>Kriegsverbrechen und gemeinrechtliche Delikte</i>	24
7 Revisionsbedarf und Lösungsansätze	25
7.1 <i>Persönlicher Geltungskreis</i>	25
7.2 <i>Definition des Militärdienstes</i>	28
7.2.1 <i>Motionen Reimann und Schläfli</i>	28
7.2.2 <i>Mögliche zusätzliche Kriterien für die Definition von Militärdienst</i>	29
7.2.3 <i>Die Konfliktpartei im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt</i>	32
7.2.4 <i>Die Rechtsprechung des Jugoslawientribunals</i>	33
7.2.5 <i>Anwendbarkeit auf Art. 94 MStG</i>	37
7.3 <i>Qualifikation als Vergehen und Strafmass</i>	38
7.4 <i>Rechtshilfe</i>	40
7.5 <i>Fazit</i>	41

Literaturverzeichnis

BAUMGARTNER H. (2003). Art. 260^{ter} StGB. In: NIGGLI A. / WISPRÄCHTIGER H. (Hrsg.): Strafgesetzbuch II, Art. 111-401 StGB, Basler Kommentar. Basel / Genf / München: Helbing & Lichtenhahn.

COMTESSE F. H. (1946). Das Schweizerische Militärstrafgesetz. Zürich: Schulthess & Co. AG.

FABBRI A. / BLASER J. (2008). Vorbemerkungen zu Art. 18-25 MStP. In: WEHRENBURG S. et al. (Hrsg.). Kommentar zum Militärstrafprozess. Zürich / Basel / Genf: Schulthess Juristische Medien AG.

FENNER B. (1973). Der Tatbestand des Eintritts in fremden Militärdienst, Dissertation. Zürich: aku-Fotodruck.

FLACHSMANN S. et al. (2014). Tafeln zum Militärstrafrecht (3. Auflage). Zürich / Basel / Genf: Schulthess Juristische Medien AG.

FORSTER M. (2005). Zur Abgrenzung zwischen Terroristen und militanten „politischen“ Widerstandskämpfern im internationalen Strafrecht: Am Beispiel des serbisch-kosovo-albanischen Bürgerkrieges. In: ZBJV 4/2005. S. 213-238.

HAURI K. (1983). Militärstrafgesetz, Kommentar. Bern: Verlag Stämpfli & Cie AG.

POPP P. (1992). Kommentar zum Militärstrafgesetz, Besonderer Teil. St. Gallen: Dike Verlag.

SASSÒLI M. / BOUVIER A. A. (2006). How does Law protect in War (2., erweiterte und überarbeitete Auflage), Volume I, Genf: International Committee of the Red Cross.

SCAHILL J. (2007). Blackwater. New York: Nation Books.

TRECHSEL S. et al. (2008). Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar. Zürich / St. Gallen: Dike Verlag AG.

WEHRENBURG S. (2014). Fremder Militärdienst (Art. 94 MStG). In: Das Informationsblatt der Militärjustiz (INFOA) 2014, S. 28-31.

Materialienverzeichnis

1. Botschaften

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das schweizerische Militärstrafgesetzbuch vom 26.11.1918; BBl 1918 V, S. 337 ff. (zit. Botschaft MStG).

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Revision des Einziehungsrechts, Strafbarkeit der kriminellen Organisation, Melderecht des Financiers) vom 30. Juni 1993; BBl 1993 III, S. 277 ff. (zit. Botschaft OK).

Botschaft betreffend das Bundesgesetz über die Armee und die Militärverwaltung sowie den Bundesbeschluss über die Organisation der Armee vom 8. September 1993; BBl 1993 IV, S. 1 ff. (zit. Botschaft MG).

Botschaft zum Bundesgesetz über die im Ausland erbrachten privaten Sicherheitsdienstleistungen vom 23. Januar 2013; BBl 2013, 1745 ff. (zit. Botschaft Sicherheitsdienstleistungen).

2. Motionen

Motion Nr. 14.3223 von Nationalrat Reimann „Präzisierung und Ausweitung des Verbots des fremden Militärdienstes und der Anwerbung dazu“ vom 21.03.2014 (zit. Motion Reimann).

Motion Nr. 14.3702 von Nationalrat Schläfli „Keine modernen Söldner“ vom 11.09.2014 (zit. Motion Schläfli).

Motion Nr. 14.3325 von Nationalrat Freysinger „Dschihadisten in der Schweiz“ vom 07.05.2014 (zit. Motion Freysinger).

Die Motionen sind in der Curia Vista Geschäftsdatenbank des Parlamentes abrufbar unter <http://www.parlament.ch/d/dokumentation/curia-vista/seiten/default.aspx>.

3. Entscheide Jugoslawientribunal

Prosecutor v. *Boškoski/Tarčulovski*, Judgement vom 10.07.2008, Fall IT-04-82 (zit. *Boškoski/Tarčulovski* Trial Judgement).

Prosecutor v. *Limaj et al.*, Trial Judgement vom 30.11.2005, Fall IT-03-66 (zit. *Limaj* Trial Judgement).

Prosecutor v. *Orić*, Trial Judgement vom 30.06.2006, Fall IT-03-68 (zit. *Orić* Trial Judgement).

Prosecutor v. *Tadić*, Appeals Chamber Descision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction vom 02.10.1995, Fall IT-94-1 (zit. *Tadić* Jurisdiction Decision).

Prosecutor v. *Tadić*, Trial Judgement vom 07.05.1997, Fall IT-94-1 (zit. *Tadić* Trial Judgement).

Prosecutor v. *Tadić*, Appeals Chamber Judgement vom 15.07.1999, Fall IT-94-1 (zit. *Tadić* Appeals Judgement).

Die Entscheide des Tribunals sind abrufbar unter <http://www.icty.org/action/cases/4>.

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft oder Kanton Aargau
alb.	albanisch
AQAP	Al-Qaeda in the Arabian Peninsula (engl.), Al-Qaida auf der arabischen Halbinsel
aram.	aramäisch
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
AuG	Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (SR 142.20)
BBL	Bundesblatt
BPS	Bundesgesetz über die im Ausland erbrachten privaten Sicherheitsdienstleistungen vom 27. September 2013 (SR 935.41)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
bzw.	beziehungsweise
Cie	Compagnie (Handelsgesellschaft)
Div. Ger.	Divisionsgericht
EIIS	État islamique en Irak et al-Sham (franz.), Islamischer Staat im Irak und der Levante
eng.	englisch
Erw.	Erwägung
et al.	et alia (lat.), und andere
etc.	et cetera (lat.), und weiter so
EU	Europäische Union
EÜR	Europäisches Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. April 1959 (SR 0.351.1)
f.	folgende
ff.	fortfolgend
FN	Fussnote
franz.	französisch

HD	Hilfsdienst
HPG	Hêzên Parastina Gel (kurd.), Volksverteidigungskräfte
Hrsg.	Herausgeber
ICRC	International Committee of the Red Cross (eng.), internationales Komitee vom Roten Kreuz
INFOA	Informationsblatt der schweizerischen Militärjustiz
IRSG	Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. März 1981 (SR 351.1)
i.S.	in Sachen
IS	Islamischer Staat
ISIL	Islamischer Staat im Irak und der Levante
ISIS	Islamischer Staat im Irak und Syrien
i.V.m.	in Verbindung mit
kurd.	kurdisch
lat.	lateinisch
lit.	littera (lat.), Buchstabe
m.E.	meines Erachtens
MFS	Mawtbo Fulhoyo Suryoyo (aram.), Assyrisch-Aramäischer Militärerrat
MG	Bundesgesetz über die Armee und die Militärverwaltung vom 3. Februar 1995 (SR 510.10) oder Militärgericht
MKG	Militärkassationsgericht
MKGE	Entscheid des Militärkassationsgerichts
MO	Bundesgesetz über die Militärorganisation vom 12. April 1907, aufgehoben per 1. Januar 1996
MStG	Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927 (SR 321.0)
MStP	Militärstrafprozess vom 23.03.1979 (SR 322.1)
MStV	Verordnung über die Militärstrafrechtspflege vom 24. Oktober 1979 (SR 322.2)
Nr.	Nummer
para	Paragraf
PKK	Partîya Karkerên Kurdîstan (kurd.), Arbeiterpartei Kurdistans
PMC	Private Military Company / Contractor, private Militärfirma
PSC	Private Security Company, private Sicherheitsfirma
RAF	Rote Armee Fraktion

RN	Randnote
S.	Seite
SAS	Section Administrative Spécialisée (franz.), spezialisierte administrative Sektion
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
Sten. Bull.	Stenographische Bulletin der Bundesversammlung
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
TM	Tribunal militaire (franz.), Militärgericht
u.a.	unter anderem
u.a.m.	und andere mehr
UÇK	Ushtria Çlirimtare e Kosovës (alb.), Befreiungsarmee des Kosovos
UNO	United Nations Organisation (eng.), Vereinte Nationen
US oder U.S.	United States (eng.), Vereinigte Staaten (von Amerika)
v.	versus (lat.), gegen
VZAE	Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007 (SR 142.201)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
z.B.	zum Beispiel
ZDF	Zweites Deutsches Fernsehen
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert

Zusammenfassung

Das Verbot des Eintritts in fremden Militärdienst stellte kurz nach dem Ersten Weltkrieg die Reisläuferei, eine jahrhundertealte Tradition in der Schweiz, unter Strafe. Mit durchschnittlich zwei Verurteilungen jährlich war die Bedeutung dieser Norm in letzter Zeit eher gering. In der Regel wurden Fremdenlegionäre für ihren Dienst für Frankreich bestraft. Der Wandel in der Art und Weise wie in der heutigen Zeit Konflikte geführt werden, hat aber auch dazu geführt, dass sich vermehrt wieder Schweizer im Ausland anderen bewaffneten Gruppierungen als staatlichen Streitkräften anschlossen. Insbesondere diejenigen Schweizer, die sich in Syrien und anderenorts dschihadistischen bzw. terroristischen Gruppierungen anschlossen, haben das Interesse juristischer, politischer und gesellschaftlicher Kreise am Art. 94 MStG geweckt.

Neben dem ursprünglichen Rechtsgut der Wehrkraft gilt der Schutz der Neutralitätspolitik der Schweiz schon lange als zusätzlichen Zweck von Art. 94 MStG. Hinzukommen gesellschaftspolitische Interessen wie, besonders in der heutigen Zeit, der Schutz der Öffentlichkeit vor Kriegsrückkehrern. Aufgrund der Gräueltaten, welche beispielsweise im Konflikt in Syrien ausgeführt werden und der Gefahr, welche von der Rückkehr von indoktrinierten und kriegserfahrenen Extremisten in die Schweiz ausgehen könnte, wurden Forderungen laut, Art. 94 MStG auszudehnen und anzupassen. Kämpfer in nichtstaatlichen bewaffneten Gruppierungen bzw. terroristischer Organisationen im Ausland und in der Schweiz niedergelassene Ausländer sollen ebenfalls vom Straftatbestand erfasst werden. Das Strafmass solle zur Verbesserung der Abschreckung und Erweiterung der Kompetenzen der Strafverfolgung im Bereich der geheimen Überwachungsmaßnahmen erhöht werden. Schliesslich solle die Rechts Hilfe in den Fällen von fremdem Militärdienst ermöglicht werden.

In der vorliegenden Arbeit wird aufgezeigt, dass Art. 94 MStG in seiner gültigen Form weiterhin den Anforderungen der heutigen Zeit genügt. Bereits heute kann auch der Eintritt in bewaffnete nichtstaatliche Gruppierungen bzw. terroristische Organisationen bestraft werden, wenn die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind. Die Forderungen nach einer Verschärfung und Erweiterung von Art. 94 MStG wurden in der Regel mit den Gräueln und Gefahren des dschihadistischen Terrorismus begründet. Dabei wird m.E. aber der Zweck der Norm falsch interpretiert. Art. 94 MStG verbietet den *Eintritt* eines Schweizer in fremden Militärdienst zum Schutz der Wehrkraft und Neutralitätspolitik der Schweiz. Allfällige andere Straf-

tatbestände, welche der Täter während diesem Dienst verübt (Mitgliedschaft bei einer kriminellen Organisation, Kriegsverbrechen, Mord, Vergewaltigung etc.) sind durch die entsprechenden Straftatbestände abgedeckt und können – sofern die Voraussetzungen der Strafverfolgung erfüllt sind – auch in der Schweiz juristisch verfolgt werden. Aus diesem Grund ist die bisherige Qualifikation von Art. 94 MStG als Vergehen auch dem Unrechtsgehalt der konkreten Handlung angebracht und eine Erhöhung des Strafmasses ist nicht erforderlich. Der Gefahr, die von in der Schweiz niedergelassenen Ausländern ausgeht, kann bereits jetzt straf- und ausländerrechtlich begegnet werden. Art. 94 MStG ist bezüglich seinem Inhalt und Schutzzweck so konzipiert, dass er immer als rechtshilfeunfähig zu gelten hat. Eine Umgehung dieser Tatsache scheint nicht möglich.

Schliesslich wurde geprüft, welche zusätzlichen Kriterien herausgearbeitet werden könnten, die es ermöglichen würden zu unterscheiden, wann es sich bei einer bewaffneten nichtstaatlichen Gruppierung um eine Streitmacht im Sinne von Art. 94 MStG handelt und wann es sich um eine Gruppierung bewaffneter Krimineller handelt, bei der die Mitgliedschaft eines Schweizers keine Gefährdung der schweizerischen Wehrkraft, bzw. Neutralitätspolitik erwirken kann. Dazu wurde auf den Begriff der Konfliktpartei im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt aus dem humanitären Völkerrecht zurückgegriffen. Der gemeinsame Art. 3 der Genfer Konventionen unterscheidet zwischen bewaffneten nichtstaatlichen Gruppierungen mit einem gewissen Organisationsgrad, welche eine Anerkennung mit den entsprechenden Rechten und Pflichten erlangen, und Gruppen bewaffneter Krimineller, welche diese Anerkennung nicht erhalten. Insbesondere das Jugoslawientribunal hat in dieser Frage eine ausführliche Rechtsprechung entwickelt, welche m.E. auch zur Beurteilung des fremden Militärdienstes im Sinne von Art. 94 MStG herangezogen werden kann.

1 Einleitung

Ursprünglich zum Schutz der schweizer Wehrkraft in Zeiten der Reisläuferei und Söldnerheere geschaffen, steht das Verbot des fremden Militärdienstes heute wieder im Fokus juristischer, politischer und gesellschaftlicher Diskussionen. In meiner Tätigkeit als militärischer Untersuchungsrichter und insbesondere als Mediensprecher der Militärjustiz habe ich das aufgekommene Interesse der Öffentlichkeit an dieser Strafnorm erlebt und musste mich auch mit den Fragen nach der Aktualität und Praktikabilität dieser Bestimmung auseinandersetzen. Inhalt der Arbeit ist, einen Überblick zu verschaffen über Stellung, Anwendungsbereiche und Auswirkungen von Art. 94 MStG in einer Zeit, in welcher Konflikte vermehrt von bewaffneten nichtstaatlichen Gruppierungen und terroristischen Organisationen ausgetragen werden. Schliesslich stellt sich die Frage, ob und in welcher Form Art. 94 MStG dem veränderten politischen und gesellschaftlichen Umfeld angepasst werden muss.

2 Entstehungsgeschichte

2.1 Reisläuferei

Fremder Militärdienst hat in der Schweiz eine lange Tradition. In der Zeit vor den Nationalstaaten mit ihren Massenheeren aus Wehrpflichtigen waren Schweizer in den ständigen Heeren der ausländischen Herrscher begehrt. Die sogenannte Reisläuferei wurde wirtschaftlich gesehen geradezu zur Notwendigkeit. Das Söldnerwesen ermöglichte es, überschüssige Arbeitskräfte ins Ausland abzuleiten und generierte – im Unterschied zur „gewöhnlichen“ Abwanderung – Devisen, Handelsprivilegien und ökonomische Erleichterungen im Ausland als Gegenleistung von denjenigen Herrschern, in dessen Diensten die Söldner gestellt wurden.¹

Es gab schon früh auch kritische Stimmen, welche sich gegen die Reisläuferei aussprachen. Insbesondere im Nachgang zur Schlacht von Marignano, die sich heuer zum 500. Mal jährt, wurde Kritik an der herrschenden Praxis laut. Zwingli soll den Solddienst als schlimmstes po-

¹ FENNER, S. 22 ff.

litisches Übel verdammt haben.² Durchsetzen konnte sich diese Ansicht allerdings nicht. Während der Helvetischen Republik unter dem Einfluss der französischen Revolution sowie später mit der Entstehung des Bundesstaates 1848 gab es Bestrebungen, den fremden Militärdienst zu verbieten. Umgesetzt werden konnte allerdings lediglich ein Verbot der Anwerbung zum fremden Militärdienst. Die Wirkung dieser Werbeverbote blieb aber gering. Der fremde Militärdienst als solcher blieb legal, die Rekrutierungen fanden im angrenzenden Ausland statt und die Behörden sollen den Verboten nur recht widerwillig und oberflächlich Nachachtung verschafft haben.³

Am 13. Juli 1859 unterbreitete der Bundesrat der Bundesversammlung einen neuen Gesetzesentwurf, welcher den Eintritt in fremden Militärdienst ohne Bewilligung der zuständigen Behörde verbieten wollte. Dies geschah, nachdem es in Italien angeblich zu Ausschreitungen durch schweizer Söldner in Diensten des Königs von Neapel gekommen war.⁴ Selbst unter diesen Umständen stiess die Vorlage auf Widerstand im Parlament. Schliesslich einigte man sich darauf, den Eintritt in fremde „nichtnationale Truppen“ zu verbieten bzw. von einer Bewilligung abhängig zu machen. Der Dienst in „nationalen Armeen“ war weiterhin gestattet. Die Anwendung dieses Gesetzes führte zu erheblichen Schwierigkeiten. Insbesondere betreffend der Frage, ob die Fremdenlegion nun eine nationale oder nichtnationale Truppe darstelle, konnte sich keine konstante Praxis entwickeln.⁵

2.2 Revision des Militärstrafgesetzes

Durch die Teilrevision der Bundesverfassung von 1898 wurde dem Bund die Kompetenz zur Gesetzgebung auf dem gesamten Gebiet des Strafrechts übertragen. Ursprünglich sollte anschliessend an die Schaffung eines schweizerischen bürgerlichen Strafgesetzbuches auch das Militärstrafgesetz einer Revision unterzogen werden.⁶ Während des ersten Weltkriegs verdeutlichten sich jedoch die Unzulänglichkeiten des Militärstrafgesetzes von 1851.⁷ Eine vollständige Neugestaltung des Militärstrafrechtes drängte sich auf, der Abschluss der Arbeiten

² FENNER, S. 23 mit weiterführenden Verweisen.

³ FENNER, S. 30.

⁴ FENNER, S. 31 f. mit weiterführenden Verweisen.

⁵ FENNER, S. 33 f.

⁶ FENNER, S. 34.

⁷ Botschaft MStG, S. 337 f.

am bürgerlichen Strafgesetzbuch konnte nicht mehr abgewartet werden.⁸ Am 26.11.1918 wurde den Räten ein Entwurf zur Beratung unterbreitet.⁹ Dieser enthielt in Bezug auf den fremden Militärdienst allerdings lediglich ein Werbeverbot.¹⁰ Die ständerätliche Kommission empfahl dagegen auch den Eintritt in den fremden Militärdienst unter Strafe zu stellen: Es gelte die Verdingung und den Verkauf von Schweizerkraft und Schweizerblut für fremden Kriegsdienst zu beseitigen. *„Wir wollen ein für allemal und endgültig im Gesetz festlegen, dass es nach unserer heutigen Auffassung bei dem heutigen Verhältnis des Schweizers zu seinem eigenen Staat, bei den Pflichten, die er dem Staate gegenüber hat, und auch angesichts der Stellung der Eidgenossenschaft zu den andern Staaten, gegen die Würde des Schweizers und gegen die internationale, neutrale Stellung der Schweiz verstösst, wenn Eidgenossen in fremden Kriegsdienst laufen“.*¹¹ Der Nationalrat stimmte in einer ersten Runde gegen diese Ausweitung, gab seinen Widerstand aber auf, nachdem der Ständerat an seiner Version festhielt.¹²

Das neue Militärstrafgesetz trat schliesslich am 13.06.1927 in Kraft.¹³ Die zahlreichen zuvor gescheiterten Versuche und die Differenzen zwischen Stände- und Nationalrat zeigen, wie umstritten es war, den fremden Militärdienst zu verbieten bzw. wie lange einflussreiche Kräfte daran festhalten wollten.¹⁴

⁸ FENNER, S. 35.

⁹ Siehe FN 7.

¹⁰ Art. 95: *Wer einen Schweizer für fremden Militärdienst anwirbt oder ihn zum Zweck der Anwerbung einem Werber zuführt, wird mit Gefängnis nicht unter einem Monat und Busse bestraft. In Kriegszeiten ist die Strafe Zuchthaus.* BBl 1918 V, S. 433.

¹¹ Sten. Bull. 1921, Ständerat Band V, S. 456.

¹² Sten. Bull. 1925, Nationalrat Band II, S. 428 f. und Sten. Bull. 1926, Ständerat Band IV, S. 235 f.

¹³ Militärstrafgesetz (MStG) vom 13. Juni 1927 (SR 321.0).

¹⁴ FENNER, S. 35.

3 Kasuistik

3.1 Jährliche Verurteilungen

In seiner aktuellen Fassung verbietet der Art. 94 MStG unter der Marginalie „Schwächung der Wehrkraft“ den fremden Militärdienst wie folgt:

- 1 Der Schweizer, der ohne Erlaubnis des Bundesrates in fremden Militärdienst eintritt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.*
- 2 Der Schweizer, der noch eine andere Staatszugehörigkeit besitzt, im anderen Staate niedergelassen ist und dort Militärdienst leistet, bleibt straflos.*
- 3 Wer einen Schweizer für fremden Militärdienst anwirbt oder der Anwerbung Vorschub leistet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe nicht unter 30 Tagessätzen bestraft. Mit der Freiheitsstrafe ist Geldstrafe zu verbinden.*
- 4 In Kriegszeiten kann auf Freiheitsstrafe erkannt werden.*

Die jährlichen Verurteilungen wegen Art. 94 MStG liegen im tiefen einstelligen Bereich. Gemäss Bundesamt für Statistik gab es zwischen 2000 und 2014 durchschnittlich zwei Verurteilungen pro Jahr.¹⁵

Eine Durchsicht der Verfahren der Militärjustiz zeigt, dass in den letzten 15 Jahren ungefähr die Hälfte der Fälle Schweizer betraf, welche sich der französischen Fremdenlegion angeschlossen haben. Eine zweite Gruppe der Fälle betraf Schweizer mit einer zusätzlichen Staatsangehörigkeit, welche, ohne die Voraussetzung von Art. 94 Abs. 2 MStG zu erfüllen, Militärdienst in einem anderen Staat leisteten. In der Regel bestand das Problem darin, dass die Schweizer Militärdienst im anderen Staat leisteten, ohne dort niedergelassen gewesen zu sein. In Einzelfällen verweilten sie nur während dem Militärdienst in diesem Land.¹⁶

¹⁵ Homepage des Bundesamtes für Statistik; aufgerufen unter <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/19/03/03/key/ueberblick/01.Document.139046.xls> - zuletzt besucht am 27.07.2015.

¹⁶ Interne Geschäftsdatenbank der Militärjustiz.

Zwei Verurteilungen unterscheiden sich von diesen Fällen. Sie betreffen Schweizer, welche sich nicht Armeen anderer Staaten anschlossen, sondern bewaffneten nichtstaatlichen Gruppierungen (vergleiche Ziff. 3.2 und 3.3 nachfolgend).

3.2 Fall 1: PKK-Kämpfer

Am 22. November 2013 verhandelte das Militärgericht 1 den Fall eines Schweizer, welcher angeklagt wurde, fremden Militärdienst geleistet zu haben *„pour s’être engagé, au Kurdistan, de 2002 à 2012, au sein du HPG, fraction militaire du PKK, en qualité de chef de section et ayant, à ce titre, formé des militaires au maniement des armes et participé à des attaques armées contre des biens de l’Etat turc“*.¹⁷

Der Schweizer verliess im Dezember 2001 als Endzwanziger die Schweiz, um aus ideologischen Gründen die Kurden in ihrem Kampf gegen den türkischen Staat zu unterstützen. Nach eigenen Aussagen ging er nicht davon aus, jemals in die Schweiz zurückzukehren und rechnete auch mit der Möglichkeit, sein Engagement für die Sache der Kurden mit dem Leben zu bezahlen. Im Jahr 2012 habe er sich nach Differenzen innerhalb der Bewegung doch entschlossen, in die Schweiz zurückzukehren. Bei seiner Rückkehr wurde er aufgrund eines Haftbefehls der Militärjustiz vorläufig festgenommen, befragt und auf freien Fuss gesetzt. Er war von Anfang an geständig.¹⁸

Das Militärgericht 1 verurteilte ihn schliesslich wegen Leisten von fremdem Militärdienst zu einer bedingten Geldstrafe von 180 Tagessätzen und einer Verbindungsbusse.¹⁹

¹⁷ Tribunal militaire 1, Jugement du 22.11.2013; TM1 07 287, S. 2.

¹⁸ Tribunal militaire 1, Jugement du 22.11.2013; TM1 07 287, S. 3 f.

¹⁹ Tribunal militaire 1, Jugement du 22.11.2013; TM1 07 287, S. 7.

3.3 Fall 2: Dschihad-Reisender

Am 18.12.2013 verliess ein Westschweizer, ebenfalls Ende zwanzig, die Schweiz in Richtung Syrien. Zuvor war er im Frühling 2013 zum Islam konvertiert und hatte sich ab Oktober 2013 für die Situation im Bürgerkriegsland Syrien interessiert. Am 21.12.2013 schrieb er seiner Familie aus einem Hotel in der Türkei, er werde sich dem Dschihad in Syrien anschliessen um den Weg Allahs besser folgen zu können. Er akzeptiere die Möglichkeit als Märtyrer zu sterben und werde eine Kampfausbildung absolvieren. Er werde sein Bestes geben, keine Zivilisten zu verletzen.²⁰

Die Bundeskriminalpolizei und später die Bundesanwaltschaft eröffneten eine Untersuchung gegen den Westschweizer wegen Verdacht auf Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung gemäss Art. 260^{ter} StGB²¹. Der Oberauditor entschied im Anschluss an eine durch die Militärjustiz geführte vorläufige Beweisaufnahme, das Verfahren wegen Verdachts auf Leisten fremden Militärdienstes gemäss Art. 94 MStG an die Bundesanwaltschaft abzutreten.²²

Bei seiner Rückkehr in die Schweiz Mitte März 2014 wurde der Westschweizer vorläufig festgenommen und verhört. Die Untersuchungen haben ergeben, dass er nach seinem Grenzübertritt am 23.12.2013 nach Syrien einige Wochen in einem Dorf südwestlich von Aleppo verbrachte. Dort lebte er in einem Ausbildungscamp der Organisation, welche heute als Islamischer Staat (IS) bekannt ist. Der IS, früher ISIS oder ISIL (islamischer Staat im Irak und Syrien / der Levante), entstand aus dem Al-Qaida-Ableger im Irak. Später trennten sich die beiden Organisationen. Heute ist der „offizielle“ Ableger der Al-Qaida in der Levante die Al-Nusra-Front.²³ Der Schweizer wurde dort ideologisch geschult und an Waffen ausgebildet, er leistete zwei- bis dreimal auch bewaffneten Wachtdienst. Daneben setzte er seine Sanitätskenntnisse ein, indem er Verletzte betreute und andere in erster Hilfe ausbildete. Mitte Januar 2014 wurde er mit vielen anderen nach Rakka gebracht, wo der IS sein Hauptquartier hat. Dort wurde er von einem Mitglied des „Nachrichtendienstes“ des Islamischen Staates befragt und bedroht, offenbar wurde homosexuelles Bildmaterial in seinem Besitz gefunden. Er ver-

²⁰ Strafbefehl der Bundesanwaltschaft vom 24.11.2014; SV.14.0014-██████, S. 5.

²¹ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0).

²² Strafbefehl der Bundesanwaltschaft vom 24.11.2014; SV.14.0014-██████, S. 3.

²³ Artikel Frankfurter Allgemeine vom 18.04.2014, aufgerufen unter <http://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/islamistische-terrorgruppen-gotteskrieger-loesen-sich-von-al-qaida-12901416.html> - zuletzt besucht am 09.08.2015.

brachte 54 Tage in Haft, wurde schliesslich Mitte März 2014 freigelassen und kehrte daraufhin via Türkei in die Schweiz zurück.²⁴

Die Bundesanwaltschaft verurteilte ihn schliesslich mit einem Strafbefehl wegen Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung gemäss Art. 260^{ter} StGB und Leisten von fremdem Militärdienst gemäss Art. 94 MStG zu bedingter gemeinnütziger Arbeit von 600 Stunden. Als Bewährungsaufgaben muss er eine ambulante Psychotherapie absolvieren, eine Arbeit finden und eine Fotodokumentation zum Thema „signes de paix“ erstellen.²⁵

4 Aktuelle Situation und politische Vorstösse

4.1 Übersicht

Der Fall des Dschihad-Reisenden und die anderen Fälle von – vornehmlich – jungen Schweizern, welche die Schweiz verlassen haben, um sich in Syrien, Irak, Somalia oder anderswo dschihadistischen Gruppierungen anzuschliessen, haben hohe Wellen geschlagen.²⁶

Im Mai 2013 gab der Nachrichtendienst des Bundes bekannt, dass seit 2001 etwa 20 Dschihad-Reisende aus der Schweiz in Konfliktzonen gereist sind. Im Mai 2014 berichtete der Nachrichtendienst von 40 solchen Reisen. Die aktuellsten Zahlen stammen vom Juli 2015: Demnach haben seit dem Jahr 2001 66 Dschihad-Reisende die Schweiz verlassen (davon 52 nach Syrien und in den Irak, weitere nach Somalia, Afghanistan und Pakistan). Einige befinden sich noch vor Ort, 12 sollen verstorben sein (davon sieben bestätigt), weitere reisen noch in den Konfliktgebieten umher oder sind in die Schweiz zurückgekehrt.²⁷

²⁴ Strafbefehl der Bundesanwaltschaft vom 24.11.2104; SV.14.0014- [REDACTED], S. 6.

²⁵ Strafbefehl der Bundesanwaltschaft vom 24.11.2104; SV.14.0014- [REDACTED], S. 10.

²⁶ Artikel Tagesanzeiger vom 15.12.2014, aufgerufen unter <http://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/Mindestens-drei-JihadReisende-sind-in-die-Schweiz-zurueckgekehrt/story/20123913> - zuletzt besucht am 09.08.2015.

²⁷ Homepage des Nachrichtendienstes des Bundes; aufgerufen unter http://www.vbs.admin.ch/internet/vbs/de/home/documentation/publikation/snd_publ/dschihad.html - zuletzt besucht am 27.07.2015.

Neben denjenigen, welche sich dschihadistischen Gruppierungen anschliessen, machte auch ein Schweizer Schlagzeilen, welcher sich einer christlichen Miliz in Syrien anschloss, die u.a. gegen den *Islamischen Staat* kämpft. Gemäss Presseberichten soll der ehemalige Unteroffizier der Schweizer Armee mit assyrischen Wurzeln ursprünglich nach Syrien gereist sein, um dort als freischaffender Journalist zu arbeiten. Kurz nach seiner Ankunft in Syrien habe er begonnen, den Aufbau christlicher Sicherheitskräfte zu unterstützen. Aufgrund seines militärischen Hintergrundes habe er Mitglieder einer assyrischen Miliz ausgebildet. Die Sutoro – so der Name der Organisation – welche gemäss eigenen Angaben rund 1000 Mitglieder umfasse, nehme polizeiliche Aufgaben in von Christen bewohnten Gebieten im Nordosten Syriens wahr. Nach der Gründung des Militärrats der syrischen Christen im Januar 2013, bekannt als MFS, habe der Schweizer auch innerhalb des militärischen Arms der christlichen Einheitspartei Suryoye verschiedene Führungsaufgaben übernommen. Er soll unter anderem den Posten eines Bataillonskommandanten inne gehabt haben und sei Mitglied des zentralen Kommandorates der Organisation gewesen. Als er nach Syrien gekommen sei, habe er die Leiden des syrischen Volkes miterlebt und gesehen, dass er vor Ort helfen könne. Bald danach habe er begonnen, den Kämpfern Tipps zum sicheren Umgang mit Waffen und zur Organisation von Kontrollposten zu geben. Mit nur wenigen hundert Kämpfern sei der MFS ein zahlenmässig unbedeutender militärischer Akteur in Syrien. Im September 2014 habe der Schweizer eine Gruppe von MFS-Kämpfern kommandiert, welche eine gemeinsame Offensive mit den kurdischen Einheiten gegen die vom Islamischen Staat gehaltene Stadt Tal Hamis geführt habe.²⁸ Im März 2015 soll er in die Schweiz zurückgekehrt sein. Nach einer Befragung durch die Militärjustiz sei er wieder auf freien Fuss gesetzt worden.²⁹ Zum Zeitpunkt, in dem die vorliegende Arbeit verfasst wurde, ist die Voruntersuchung der Militärjustiz in diesem Verfahren noch nicht abgeschlossen.³⁰

Politisch hatten diese Ereignisse mehrere parlamentarische Vorstösse zur Folge. Davon haben zwei auch eine Anpassung bzw. Ergänzung von Art. 94 MStG zum Thema (vergleiche Ziff. 4.2 und 4.3 nachfolgend).

²⁸ Artikel Tagesanzeiger vom 17.10.2014, aufgerufen unter <http://www.tagesanzeiger.ch/ausland/naher-osten-und-afrika/Der-Schweizer-der-gegen-den-IS-kaempft/story/26840014> - zuletzt besucht am 09.08.2015.

²⁹ Artikel Tagblatt vom 11.03.2015, aufgerufen unter <http://www.tagblatt.ch/aktuell/schweiz/schweiz-sda/Gegen-IS-gekaempft-von-der-Schweiz-verhaftet;art253650,4156478> - zuletzt besucht am 09.08.2015.

³⁰ Dies ist dem Autor aufgrund seiner Tätigkeit als Mediensprecher der Militärjustiz bekannt.

4.2 Motion Lukas Reimann vom 21.03.2014 „Präzisierung und Ausweitung des Verbotes des fremden Militärdienstes und der Anwerbung dazu“

Nationalrat Reimann fordert in seiner Motion, dass der Bundesrat dem Parlament eine Vorlage unterbreitet, welche das Strafgesetzbuch dahingehend ergänzt, dass wer jemanden zugunsten einer ausländischen Macht in einer militärischen oder militär-ähnlichen Einrichtung anwirbt, einer solchen Einrichtung zuführt oder selbst teilnimmt, mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren bestraft wird. Auch der Versuch soll strafbar sein.³¹

Er begründet seine Motion mit der Gefahr, welche von zurückkehrenden Terrorkämpfern ausgehe und damit, dass das Kriterium der Unterstellung unter militärischer Befehlsgewalt, welche als Erkennungsmerkmal für den „fremden Militärdienst“ gelte, im Hinblick auf Terror- und Oppositionsgruppen nicht eindeutig genug sei.

Der Bundesrat beantragt in seiner Stellungnahme die Motion abzulehnen. Er begründet dies mit der bereits hinreichenden Strafbarkeit der erwähnten Handlungen, sei es durch Art. 94 MStG, sei es durch die Tatbestände des gemeinen Strafrechts, namentlich die Delikte gegen Leib und Leben, gegen die Freiheit, gemeingefährliche Delikte sowie Delikte gegen den öffentlichen Frieden. Insbesondere wird auf Art. 260^{ter} StGB verwiesen. Weiter verweist der Bundesrat auf das Übereinkommen des Europarates zur Verhütung des Terrorismus³², welches der Bundesrat am 11.09.2012 unterzeichnete und im Rahmen dessen Ratifikation und Umsetzung zurzeit die Einführung einer oder mehrerer Strafnormen geprüft wird.³³

Zum Zeitpunkt der Verfassung dieser Arbeit wurde die Motion Reimann von den Räten noch nicht behandelt.

³¹ Motion Reimann.

³² Abrufbar unter <http://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2012/2012-06-28/konvention-d.pdf>.

³³ Motion Reimann.

4.3 Motion Urs Schläfli vom 11.09.2014 „Keine modernen Söldner“

Nationalrat Schläfli fordert in seiner Motion vom Bundesrat, dass Art. 94 MStG so angepasst wird, dass er auch auf die Teilnahme an Kampfhandlungen und Aktivitäten von armeeähnlichen, ideologisch motivierten Gruppierungen im Ausland, wie beispielsweise die IS-Miliz, angewendet werden kann. Gleichzeitig sei das Strafmass für eine solche Teilnahme auf 10 Jahre Freiheitsstrafe zu erhöhen.³⁴

Er begründet seine Motion damit, dass der fremde Militärdienst bereits heute verboten sei und die Bestimmung dringend auch auf armee-ähnliche, ideologisch motivierte Gruppierungen angewendet werden müsse. Zusätzlich sei die Abschreckung aufgrund des bisherigen Strafmasses von einer Freiheitsstrafe bis 3 Jahren oder Geldstrafe nicht ausreichend.

Der Bundesrat beantragt in seiner Stellungnahme die Motion abzulehnen und begründet dies damit, dass der Art. 94 MStG bereits heute auch den Dienst in armeeähnlichen, ideologisch motivierten Gruppierungen verbiete. Das Erhöhen des Strafmasses spiegle in keiner Art und Weise den Unrechtsgehalt der konkreten Handlung und sei damit unverhältnismässig und ungerechtfertigt. Verübe der Schweizer im Ausland Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder andere schwere Straftaten, so falle er unter die entsprechenden Bestimmungen des Strafgesetzbuches oder des Militärstrafrechts.³⁵

Zum Zeitpunkt der Verfassung dieser Arbeit wurde die Motion Schläfli von den Räten noch nicht behandelt.

Wie verhält es sich nun konkret mit dem „fremden Militärdienst“ beim Eintritt in eine bewaffnete nichtstaatliche Gruppierung oder terroristische Organisation aus? Auf diese Fragestellung wird in Ziff. 5 eingegangen.

³⁴ Motion Schläfli.

³⁵ Motion Schläfli.

5 Problemstellungen

5.1 Geschütztes Rechtsgut

Das primäre Rechtsgut, welches Art. 94 MStG schützt, ist – wie bereits der Marginale zu entnehmen ist – die Wehrkraft. „*Es schuldet bei allen Nationen jeder Wehrfähige sich selbst der eigenen Nation.*“³⁶ So lautete ein Votum im Ständerat.³⁷

Daneben gilt auch die schweizerische Neutralitätspolitik als Schutzzweck³⁸ dieser Norm. Die Voten aus den Räten³⁹, die Rechtsprechung⁴⁰ und die Lehre⁴¹ sind eindeutig. Die schweizerische Neutralität könnte in Frage gestellt werden, wenn sich beispielsweise Schweizer Bürger in grösserer Zahl an einem Konflikt zwischen Drittstaaten beteiligen.⁴² Allerdings kann die Neutralität als solche nicht durch den einzelnen Schweizer, welcher fremden Militärdienst leistet, verletzt werden: „*Eine neutrale Macht ist nicht dafür verantwortlich, dass Leute einzeln die Grenze überschreiten, um in den Dienst eines Kriegsführenden zu treten.*“⁴³ Wobei es natürlich nichtsdestotrotz ein legitimes Bedürfnis der Schweiz darstellt, bei anderen Nationen gar nicht erst den Anschein zu erwecken, man rücke durch Zulassen der Parteinahme einzelner Bürger in einem Konflikt von der Neutralität ab. Die zahlreichen russischen Soldaten, welche sich gemäss Aussagen russischer Behörden, nur auf privater Initiative und während ihren Ferien an Kampfhandlungen in der Ostukraine beteiligen⁴⁴, mögen hier als Beispiel dienen.

³⁶ Sten. Bull. 1921, Ständerat Band V, S. 457.

³⁷ Siehe auch FENNER, S. 42 ff; POPP, RN 2 zu Art. 94; HAURI, RN 3 zu Art. 94.

³⁸ „*Die Neutralitätspolitik beinhaltet dabei alle Massnahmen, die ein neutraler Staat über seine rechtlichen Verpflichtungen hinaus in seinem eigenen Ermessen trifft, um die Glaubwürdigkeit seiner Neutralität zu sichern.*“ (Botschaft Sicherheitsdienstleistungen, S. 1782).

³⁹ Sten. Bull. 1921, Ständerat Band V, S. 456.

⁴⁰ MKGE 3 Nr. 24, Erw. B.

⁴¹ FENNER S. 46 ff.; COMTESSE, RN 1 zu Art. 94, POPP, RN 2 zu Art. 94, HAURI, RN 3 zu Art. 94.

⁴² POPP, RN 2 zu Art. 94.

⁴³ Art. 6 des V. Haager Abkommens von 1907 „Rechte und Pflichten der neutralen Mächte im Falle eines Landkrieges“; SR. 0.515.21.

⁴⁴ Artikel Zeit online vom 05.09.2014, abgerufen unter <http://www.zeit.de/politik/ausland/2014-09/russland-soldaten-ukraine-staatsfernsehen>; Artikel Watson vom 28.08.2014, abgerufen unter <http://www.watson.ch/Ukraine/Russland/327431254-Russische-Soldaten-vor-Donetsk--Klare-Hinweise-und-doch-viele-Fragen> - beide zuletzt besuch am 06.08.2015.

Als weitere Schutzzwecke werden primär gesellschaftspolitische Gründe genannt. Heimkehrer aus dem Kriegsdienst hätten oftmals Mühe, sich wieder an ein Leben in der Schweiz einzugewöhnen und es soll auch verhindert werden, dass verwundet und krank heimkehrende Schweizer der Öffentlichkeit zur Last fallen.⁴⁵

Der Schutz der Öffentlichkeit vor zurückkehrenden „Terrorkämpfern“ ist auch eines der Hauptargumente der aktuellen politischen Diskussion, wenn es darum geht, Art. 94 MStG anzupassen.⁴⁶ Im Mai 2014 erschoss ein Mann nach seiner Rückkehr aus Syrien im Jüdischen Museum in Brüssel vier Menschen. Laut dem Nachrichtendienst des Bundes geht von radikalisierten Unterstützern terroristischer Organisationen, welche nach auf einem Aufenthalt in einem Konfliktgebiet zusätzlich indoktriniert und allenfalls kampferprobt zurückkehren, eine potentielle Bedrohung aus.⁴⁷

5.2 Persönlicher Geltungskreis

Art. 94 Abs. 1 MStG spricht vom „Schweizer“, dem es verboten ist, in fremden Militärdienst einzutreten. Rechtsprechung⁴⁸ und Lehre⁴⁹ sind einhellig der Meinung, dass damit alle schweizerischen Staatsangehörigen gemeint sind. Somit können sich auch Frauen, Militärdienstentlassene und -untaugliche nach Art. 94 Abs. 1 MStG strafbar machen. Im Hinblick auf das Rechtsgut der Neutralitätspolitik ist dies offensichtlich. Im Bezug auf die Wehrkraft wird die Ausdehnung auf einen Personenkreis, welcher in der Schweizer Armee nicht (mehr) dienstpflchtig ist, damit begründet, dass gemäss Art. 203 Abs. 1 MO⁵⁰ im Krieg auch der nicht dienstpflchtige Schweizer verpflichtet ist, seine Person zur Verfügung des Landes zu stellen und, soweit es in seinen Kräften steht, zur Verteidigung des Landes beizutragen.⁵¹ So-

⁴⁵ Sten. Bull. 1921, Ständerat Band V, S. 460; POPP, RN 2 zu Art. 94; FENNER, S. 49.

⁴⁶ Motion Reimann.

⁴⁷ Lagebericht 2015 des Nachrichtendienstes des Bundes, S. 30 f.; abgerufen unter <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/39236.pdf> - zuletzt besucht am 08.08.2015.

⁴⁸ MKGE 5 Nr. 31 und MKGE 2 Nr. 43.

⁴⁹ FENNER, S. 53 ff.; COMTESSE, RN 1 zu Art. 94; HAURI, RN 24 zu Art. 94.

⁵⁰ Bundesgesetz über die Militärorganisation vom 12. April 1907, aufgehoben per 1. Januar 1996 und ersetzt durch das Bundesgesetz über die Armee und die Militärverwaltung (MG) vom 3. Februar 1995 (SR 510.10).

⁵¹ MKGE 2 Nr. 43 und HAURI, FN 24 zu Art. 94.

mit schwächt auch sein Eintritt in fremden Militärdienst die Wehrkraft. Die Bestimmung von Art. 203 MO findet sich heute in Art. 79 Abs. 2 MG.⁵²

Eine Anwendung von Art. 94 Abs. 1 MStG auf Personen ohne Schweizer Bürgerrecht ist nach heutiger Fassung des Artikels klar ausgeschlossen.⁵³ Im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut der Neutralitätspolitik und den nachgelagerten Schutz der Öffentlichkeit (siehe oben), stellt sich allerdings die Frage, ob in der Schweiz niedergelassene Ausländer mit einem engen Bezug zur Schweiz nicht ebenfalls von dieser Norm erfasst werden müssten.

„Schweizer Gotteskrieger drückte in Brugg die Schulbank“⁵⁴ und „Aargauer Dschihadist von Komplizen schwer belastet“⁵⁵. So berichteten zahlreiche Medien die Geschichte eines jungen Mannes, welcher im heutigen Kosovo geboren wurde und als Kind in die Schweiz kam, wo er – wie bereits erwähnt – in Brugg AG aufwuchs. Die berufliche Integration scheiterte. Es gibt Berichte, wonach er bereits als Jugendlicher als Gewalttäter auffiel.⁵⁶ Er versuchte einen bewaffneten Raubüberfall und wurde im September 2010 zu einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten verurteilt. Nach verbüsster Haftstrafe verbrachte er noch ein weiteres Jahr im Freiheitsentzug, dies im Rahmen einer nachträglichen stationären Massnahme. Diese wurde inzwischen vom Bundesgericht als rechtswidrig beurteilt. Nach seiner Freilassung wurde ihm die Niederlassungsbewilligung entzogen und er wurde in den Kosovo ausgeschafft.

Rund ein Jahr nach seiner Ausschaffung wurde er in der Türkei verhaftet, nachdem er angeblich, aus Syrien kommend, an einem Checkpoint das Feuer eröffnet und drei Menschen (einen

⁵² „Er [der Bundesrat] kann in einer schwerwiegenden Notlage als letztes Mittel alle Schweizer verpflichten, sich dem Land zur Verfügung zu stellen und, soweit es in ihren Kräften steht, zur Verteidigung des Landes beitragen.“ (Art. 79 Abs. 2 MG). In seiner Botschaft zum MG führt der Bundesrat aber aus, dass gemäss neuerem Verständnis lediglich männliche Bürger von dieser Norm erfasst sind, da gemäss Bundesverfassung Frauen nicht wehrpflichtig sind. (Botschaft MG, S. 77). Das MKG hat in einer Entscheidung von 1946 die Schwächung der Wehrkraft durch eine Schweizerin, welche sich dem der deutschen Wehrmacht eingegliederten Rotkreuzorganisation angeschlossen hat, dadurch bejaht, dass sie beim Sanitäts-HD während dem Aktivdienst in der Schweiz hätte Verwendung finden können (MGKE 5 Nr. 31).

⁵³ COMTESSE, RN 2 zu Art. 94; HAURI, RN 15 zu Art. 94.

⁵⁴ Schweiz am Sonntag, Artikel vom 27.03.2014, abgerufen unter: <http://m.schweizamsonntag.ch/aargau/brugg/schweizer-gotteskrieger-drueckte-in-brugg-die-schulbank-127822342> - zuletzt besucht am 06.08.2015.

⁵⁵ Aargauer Zeitung, Artikel vom 25.01.2015, abgerufen unter: <http://www.aargauerzeitung.ch/aargau/kanton-aargau/aargauer-dschihadist-von-komplizen-schwer-belastet-128767260> - zuletzt besucht am 06.08.2015.

⁵⁶ Aargauer Zeitung, Artikel vom 07.02.2015, abgerufen unter: <http://www.aargauerzeitung.ch/aargau/kanton-aargau/endrim-r-wie-aus-dem-sanitaer-stift-ein-terrorist-wurde-128805865> - zuletzt besucht am 06.08.2015.

Militäroffizier, einen Polizisten und einen Lastwagenfahrer) erschossen hatte. Gemäss den Presseberichten habe er sich dem *Islamischen Staat* in Syrien angeschlossen und soll nach seiner Festnahme von einer „frommen Tat“ gesprochen haben.⁵⁷

Ausländer mit einem starken Bezug zur Schweiz werden zwangsläufig auch mit dieser in Verbindung gebracht. WEHRENBURG ist der Meinung, dass die Zielsetzung von Art. 94 Abs. 1 MStG in Bezug auf die Neutralitätspolitik der Schweiz und die gesellschaftliche Bedeutung des Verbotes des fremden Militärdienstes für alle in der Schweiz ansässigen und aus dem ausländischen Militär- oder Kriegsdienst zurückkehrenden Personen gelte, und plädiert daher dafür, Art. 94 Abs. 1 MStG zu revidieren und auf diesen Personenkreis auszudehnen.⁵⁸

5.3 Definition des Militärdienstes

5.3.1 Grundsätzliches

„Fremder Militärdienst“ ist jede Dienstleistung in einer Institution, welche nach der im betreffenden Staat bestehenden Rechtsordnung zum Heer gehört oder diesem angegliedert ist. Dabei ist ohne Bedeutung, ob die zur Beurteilung stehende Dienstleistung, wenn sie in der Schweiz erfolgt wäre, als schweizerischer Militärdienst qualifiziert werden würde. Massgebend sind vielmehr die Verhältnisse desjenigen Landes, in welchem die zur Beurteilung stehende Dienstleistung erfolgte. Darunter fällt nicht nur der eigentliche Soldatendienst bei der Truppe „an der Front“, sondern auch der Dienst hinter der Front (z.B. in einer Armeewerkstätte). Dies, soweit der in Frage stehende Betrieb, organisatorisch einen Bestandteil des Heeres bildet und demgemäss die darin tätigen Mannschaften unter militärischer Befehlsgewalt stehen.⁵⁹

Fremder Militärdienst ist nicht nur der Söldnerdienst um Sold und Geld, sondern Militärdienst schlechthin⁶⁰, auch in Kampfverbänden politischer Parteien, in Formationen Freiwilliger, in

⁵⁷ siehe Presseberichte (FN 45-47).

⁵⁸ WEHRENBURG, RN 8.

⁵⁹ MKGE 3 Nr. 24 Erw. B.

⁶⁰ MKGE 3 Nr. 34 Erw. C.

militärisch organisierten Untergrundbewegungen.⁶¹ Entscheidend ist die Frage, ob der Täter der militärischen Befehlsgewalt unterworfen ist.⁶²

5.3.2 „Offizielle“ Streitkräfte

Der Eintritt eines Schweizer in die „offiziellen“ Streitkräfte eines international anerkannten Staates ist somit unzweifelhaft als fremder Militärdienst zu qualifizieren. Fremder Militärdienst ist ebenfalls zu bejahen, wenn eine Institution auf den ersten Blick nicht zwangsläufig militärischen Zwecken dient, sie nach dem jeweiligen inländischen Recht aber dem Verteidigungsministerium angegliedert und der Täter – wie bereits ausgeführt wurde – der militärischen Befehlsgewalt unterworfen ist. Als Beispiel kann die US-amerikanische *Coast Guard* aufgeführt werden: „*The U.S. Coast Guard is one of the five armed forces of the United States and the only military organization within the Department of Homeland Security*“.⁶³

Bei der französischen *Gendarmerie Nationale* ist die rechtliche Situation etwas komplizierter: 2009 wurde sie organisatorisch und operationell dem Innenministerium unterstellt. In vielerlei Hinsicht bleibt die Gendarmerie allerdings dem Verteidigungsministerium zugehörig: „*Pour l'exécution de ses missions militaires, notamment lorsqu'elle participe à des opérations des forces armées à l'extérieur du territoire national, la gendarmerie nationale est placée sous l'autorité du ministre de la défense. Le statut militaire de la gendarmerie nationale est néanmoins réaffirmé et les missions de la gendarmerie, qu'il s'agisse du maintien de l'ordre et de l'exécution des lois, des missions judiciaires ou de la défense des intérêts supérieurs de la Nation, restent les mêmes. La gendarmerie nationale est désormais qualifiée comme étant une force armée instituée pour veiller à l'exécution des lois.*“⁶⁴

Ohne vertieft auf die rechtliche Stellung der *Gendarmerie Nationale* einzugehen, ist aufgrund der oben zitierten Ausführungen davon auszugehen, dass ein Eintritt in die *Gendarmerie Nationale* als fremder Militärdienst zu qualifizieren wäre.

⁶¹ COMTESSE, RN 3 zu Art. 94; POPP, FN 6 zur Art. 94; HAURI, FN 6 zu Art. 94.

⁶² MKGE 5 Nr. 15.

⁶³ <http://www.uscg.mil/top/about/> - zuletzt besucht am 30.07.2015

⁶⁴ <http://www.net-iris.fr/veille-juridique/actualite/22795/rattachement-officiel-de-la-gendarmerie-nationale-au-ministere-de-interieur.php> - zuletzt besucht am 31.07.2015.

5.3.3 Kriterium des militärischen „Endzwecks“

Neben dem bereits aufgeführten Erkennungsmerkmal der Unterwerfung unter militärische Befehlsgewalt führt FENNER ein zweites Merkmal auf, um eine Tätigkeit für eine bestimmte Einheit als fremden Militärdienst qualifizieren zu können. Entscheidend sei nicht die Bezeichnung oder Anerkennung einer Organisation als Streitmacht oder Armee, sondern einzig und alleine welchen Endzweck diese Organisation verfolge. Strebe sie ein militärisches Ziel an, so sei sie eine Armee im Sinne von Art. 94 MStG. Dadurch würde sich eine solche Organisation eindeutig von militär-ähnlich organisierten Verbänden, wie z.B. den Pfadfindern, der Polizei u.a.m. unterscheiden.

Weitere Merkmale wie die hierarchische Struktur, Bezeichnung des Verbandes, Uniformierung, Besoldung, freie Kost und Logis u.a.m. seien unwesentlich und dürfen höchstens in einem konkreten Fall als Hilfskennzeichen herangezogen werden.⁶⁵

FENNER verweist zur Illustration auf ein Urteil des Divisionsgerichts 6 vom 14. Dezember 1964⁶⁶: Ein Schweizer war in Algerien, als „*Attaché militaire*“ im Rang eines Sergeanten, der „*Section Administrative Spécialisée*“ (SAS) beigetreten. Diese Organisation unterstand dem Kommando eines Offiziers, welcher aber nicht gegenüber einer militärischen Stelle, sondern gegenüber einem zivilen Ministerium verantwortlich war. Sie erfüllte polizeiliche Aufgaben zum Schutze der algerischen Bevölkerung. Anhand dieses Beispiels zeigt FENNER auf, dass die Bezeichnung und der Rang des Dienstleistenden für die Beurteilung seiner Tätigkeit nicht ausschlaggebend sein könnten. Wesentlich sei hingegen, dass die SAS einen nicht-militärischen Zweck verfolgt habe und einer zivilen Instanz gegenüber verantwortlich war. Der Angeklagte sei zu Recht freigesprochen worden.⁶⁷

5.3.4 Bewaffnete nichtstaatliche Gruppierungen

Schwieriger gestaltet sich die Beurteilung, wenn sich der Täter einer bewaffneten nichtstaatlichen Gruppierung anschliesst: Wann verfügt eine solche Gruppierung über eine militärische

⁶⁵ FENNER, S. 58

⁶⁶ Div. Ger. 6 i. S. L. vom 14. Dezember 1964.

⁶⁷ FENNER, S. 59.

Befehlsgewalt, der sich ein Schweizer unterwerfen könnte und wann verfolgt diese Gruppierung einen militärischen Endzweck?

Das Militärgericht 1 begründete die Verurteilung im Fall des „PKK-Kämpfers“ (siehe Ziff. 3.2), damit dass *„tant la doctrine que la jurisprudence considèrent que l’unité combattante d’un parti politique doit être assimilée à une ‘armée étrangère’ au sens de la disposition pénal précitée. Il est donc manifeste que le HPG, en qualité de fraction militaire du PKK, peut être qualifié d’armée étrangère. En l’espèce, l’accusée a joué un rôle actif important au sein du HPG. Il a, en effet, revêtu le rôle de chef de section, formé des combattants au maniement des armes et pris part à des attaques dirigées contre des installations militaire de l’Etat turc. Par conséquent, l’accusé est reconnu coupable de service militaire étranger au sens de l’art. 94 CPM.“*⁶⁸ Weitere Ausführungen zur Organisation oder Befehlsstruktur der PKK bzw. des HPG machte das Gericht nicht.

Die Bundesanwaltschaft begründet ihre Verurteilung des „Dschihad-Reisenden“ (siehe Ziff. 3.3) ebenfalls mit dem Hinweis auf die Rechtsprechung und Lehre, wonach auch Freiwilligenverbände, Untergrundbewegungen oder Kampfverbände politischer Parteien unter den Begriff des fremden Militärdienst subsumiert werden können, wenn die betreffende Einheit über militärisch organisierte Strukturen verfügt und der Schweizer sich dieser Befehlsgewalt unterwirft.

Sie verweist auf eine Analyse der Bundeskriminalpolizei wonach der *Islamische Staat* hierarchisch aufgebaut und stark zentralisiert sei und über eine mehrstufige Kommandostruktur verfüge. Über den genauen Aufbau der Organisation sind gemäss der Analyse wenig Informationen vorhanden, da dieser vom *Islamischen Staat* geheim gehalten werde. Es habe sich aber gezeigt, dass sich der *Islamische Staat* aus verschiedenen Organen konstituiere, darunter ein Militärerrat, welcher aus ehemaligen Offizieren der irakischen Armee bestehe. Dieser kümmere sich primär um die strategische Planung sowie die Überwachung von Militäroperationen und untergebenen Militärkommandanten. Daraus ergebe sich, dass der *Islamische Staat* selber vorgebe, ein Staat zu sein und über eine Streitmacht verfüge. Diese Streitmacht weise eine organisierte Struktur auf, welche den Kämpfern auf dem Boden zwar grosse Autonomie auf dem Schlachtfeld gewähre, bei der strategischen Planung und Entscheidung über den Fortgang der Kampfhandlungen jedoch über eine mehrstufige Hierarchie erfolge. Daher seien die

⁶⁸ Tribunal militaire 1, Jugement du 22.11.2013; TM1 07 287, S. 5.

Streitkräfte des *Islamischen Staates* mit einer ausländischen Armee vergleichbar und der Beschuldigte habe sich somit des fremden Militärdienstes gemäss Art. 94 MStG schuldig gemacht.⁶⁹

Es kann festgehalten werden, dass die Bundesanwaltschaft neben der Existenz einer militärischen Hierarchie, deren Befehlsgewalt sich der Beschuldigte unterworfen hat, auch die Art und Weise der Organisation der bewaffneten Kräfte des *Islamischen Staates* als Kriterium aufführt, um das Vorliegen von Militärdienst im Sinne des Art. 94 MStG zu bejahen.

5.3.5 Dienst in einer privaten Sicherheitsfirma (PMC/PSC)

Neben staatlichen Akteuren und bewaffneten nichtstaatlichen Gruppierungen sind in den Konflikt- und Krisenregionen dieser Welt vermehrt bewaffnete Sicherheitskräfte von privaten Firmen anzutreffen. Diese *private military companies / contractors* oder *private security companies* (PMC/PSC) bieten sowohl Staaten als auch Privatpersonen oder Unternehmungen Sicherheitsdienstleistungen in ihrer gesamten Breite an und zwar hauptsächlich in Konflikt- oder Krisenregionen. Die Dienstleistungen umfassen logistische Unterstützung, Training, Personal und Infrastruktur bis hin zur Bereitstellung von schwerem Kriegsgerät wie Kampfflugzeuge, Panzer und Artillerie. Das weltweite Marktvolumen der nächsten zehn Jahre in diesem Bereich wird auf rund 100 Milliarden Dollar geschätzt.⁷⁰

Das Bild dieser privaten Sicherheitsunternehmen geprägt hat sicherlich die Firma *Blackwater* und deren Engagement für die US-Regierung im besetzten Irak. Die Tötung von 17 unbewaffneten irakischen Zivilisten am Nisour-Platz in Bagdad am 16. September 2007 durch Mitglieder eines *Blackwater*-Konvois ging um die Welt.⁷¹ Das sehr martialische Auftreten der *Blackwater*-Angestellten und die ausgeführten Tätigkeiten – zum Teil auch im Auftrag des US-Verteidigungsministeriums – im Bereich Logistik, Personen- und Objektschutz lassen durchaus die Frage zu, ob es sich um fremden Militärdienst im Sinne von Art. 94 MStG handelt, wenn sich ein Schweizer unter diesen Umständen von einer solchen privaten Sicherheitsfirma anstellen lässt. Der Auditor des Militärgerichts 6 hatte genau diese Frage zu beant-

⁶⁹ Strafbefehl der Bundesanwaltschaft vom 24.11.2104; SV.14.0014-█, S. 7 f.

⁷⁰ Botschaft Sicherheitsdienstleistungen, S. 1750.

⁷¹ SCAHILL, S. 3 ff.

worten. Im Verfahren gegen einen Schweizer wegen versuchtem fremden Militärdienst (der Betroffene wollte in die französische Fremdenlegion eintreten, wurde von dieser aber nicht angenommen) stellte sich heraus, dass er in den Jahren 2005 und 2006 mehrere Monate in Bagdad für die Firma *Blackwater* gearbeitet hat. Aufgrund der Tatsache, dass *Blackwater* im fraglichen Zeitraum nicht für das US-Verteidigungsministerium tätig war, seine Angestellten daher auch nicht den US-Streitkräften unterstellt waren und Art. 94 MStG Schweizer Bürgern nicht jede Tätigkeit für einen Drittstaat verbietet – selbst wenn es sich dabei um eine Konfliktpartei handelt – hat der Auditor die Anwendbarkeit von Art. 94 MStG im Bezug auf den Einsatz für *Blackwater* verneint.⁷²

Dieser Schlussfolgerung kann m.E. grundsätzlich gefolgt werden. In Bezug auf private Sicherheitsunternehmen, die in Gebieten aktiv sind, in denen ein amerikanischer Militäreinsatz erfolgt, oder die gar für die US-Streitkräfte tätig sind, kann ergänzt werden, dass diese nicht direkt dem militärischen Oberkommando unterstehen. Die Angestellten dieser Sicherheitsunternehmen bleiben Zivilisten und werden – bei Aufträgen für die Streitkräfte – von einem eigens dafür eingesetzten Kontrolleur (*Army Procurement Contracting Officer*) überwacht.⁷³

Dadurch fehlt es bei einer privaten Dienstleistung an der Unterwerfung unter militärischer Befehlsgewalt, da der Angestellte nur arbeitsrechtlich verpflichtet wird, auch wenn die Tätigkeit mit einer militärischen zu vergleichen wäre.

Per 1. September 2015 soll es Personen mit Wohnsitz in der Schweiz verboten werden, als Angestellte von privaten Sicherheitsunternehmen, welche ihrerseits auch in der Schweiz niedergelassen sind, im Ausland unmittelbar an Feindseligkeiten teilzunehmen (Art. 8 Abs. 2 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 des Bundesgesetz über die im Ausland erbrachten privaten Sicherheitsdienstleistungen (BPS) vom 27. September 2013, SR 935.41).⁷⁴ Dieser doppelte Bezug zur Schweiz solle sicherstellen, dass nur Aktivitäten verfolgt werden, welche die Interessen der Schweiz auch empfindlich treffen könnten. Das Interesse der Schweiz im Sinne des BPS ist die Gewährleistung der inneren und äusseren Sicherheit, die Verwirklichung der aussenpolitischen Ziele, die Wahrung der Neutralität und die Einhaltung des Völkerrechts, insbesondere der Menschenrechte und des humanitären Völkerrechts (Art. 1 BPS). Das individuelle „Aben-

⁷² Strafmandat und Einstellungsverfügung des Militärgericht 6 vom 09.06.2008 (6 07 242).

⁷³ Botschaft private Sicherheitsdienstleistungen, S. 1771.

⁷⁴ AS 2015 2407.

teuertum“ solle – solange keine weiteren Straftaten hinzukommen – straffrei bleiben. Solche Einzelaktionen im Ausland würden für die Schweiz als Staat nicht ins Gewicht fallen.⁷⁵

5.4 Qualifikation als Vergehen und Strafmass

In Friedenszeiten (Art. 94 Abs. 4 MStG – *e contrario*) wird ein Schweizer, welcher in fremden Militärdienst eintritt, mit einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder einer Geldstrafe bestraft (Art. 94 Abs. 1 MStG). Derjenige⁷⁶, welcher einen Schweizer für fremden Militärdienst anwirbt oder der Anwerbung Vorschub leistet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe nicht unter 30 Tagessätzen bestraft (Art. 94 Abs. 3 MStG). In Kriegszeiten kann eine Freiheitsstrafe bis zu 20 Jahren ausgesprochen werden (Art. 94 Abs. 4 i.V.m. Art. 34 MStG).

In Friedenszeiten stellen die in Art. 94 MStG umschriebenen Straftaten somit ein Vergehen dar (Art. 12 Abs 3 MStG). Angesichts des auf maximal drei Jahre Freiheitsstrafe begrenzten Strafrahmens stellt sich einerseits die Frage nach der genügenden Abschreckung von potentiellen Tätern⁷⁷ und andererseits erlaubt das Strafmass auch keine geheimen Überwachungsmaßnahmen wie die Überwachung des Telefon- und E-Mail-Verkehrs, des Internets und von Nachrichten via Whatsapp, Facebook, Twitter, etc., sowie keine verdeckte Ermittlung oder Fahndung (Art. 70, Art. 71 Abs. 1 und Art. 73a Abs. 1 MStP⁷⁸).⁷⁹

Nationalrat Schläfli bemängelt in seiner Motion die zu geringe Abschreckung durch einen Strafrahmen von maximal drei Jahren Freiheitsstrafe und fordert eine Anhebung des Strafmasses auf mindestens zehn Jahre Freiheitstrafe.⁸⁰

WEHRENBURG erachtet die Maximalstrafe von drei Jahren Freiheitsstrafe aus heutiger Sicht und im Hinblick auf die derzeit bei Kampfhandlungen im Ausland zu beobachtenden Gräu-

⁷⁵ Botschaft Sicherheitsdienstleistungen, S. 1794.

⁷⁶ Als Anwerber kommt jedermann in Frage, eine Schweizerische Staatsbürgerschaft ist keine Voraussetzung. Siehe HAURI, RN 15 zu Art. 94 und COMTESSE, RN 5 zu Art. 94.

⁷⁷ Motion Schläfli auch WEHRENBURG, RN 7.

⁷⁸ Militärstrafprozess vom 23.03.1979 (SR 322.1).

⁷⁹ WEHRENBURG, RN 7.

⁸⁰ Motion Schläfli.

taten von IS und ähnlichen Gruppen als zu niedrig. Er verweist neben der fehlenden Abschreckung auf die eingeschränkten Möglichkeiten in der Strafverfolgung im Bereich der verdeckten Überwachungsmaßnahmen (siehe oben). Er fordert eine Anpassung von Art. 94 MStG ohne einen konkreten Strafrahmen zu nennen.⁸¹

5.5 Rechtshilfe

Im Militärstrafverfahren kann Rechtshilfe nur für gemeinrechtliche Tatbestände nach Art. 108-179b MStG verlangt oder erteilt werden. Einem Rechthilfeersuchen wird nicht entsprochen, wenn der Inhalt des Verfahrens eine Verletzung der Pflichten im Rahmen von militärischen oder ähnlichen Dienstleistungen darstellt bzw. gegen die Landesverteidigung oder die Wehrkraft des ersuchenden Staats gerichtet ist (siehe Art. 2 EÜR⁸², Art. 3 IRSG⁸³ sowie Art. 24 und 25 MStV⁸⁴).⁸⁵

Art. 94 MStG befindet sich im fünften Abschnitt des zweiten Teils des Militärstrafgesetzes, welcher die Verbrechen und Vergehen gegen die Landesverteidigung und gegen die Wehrkraft des Landes aufführt. Er ist somit, was seine systematische Einordnung sowie seinen Inhalt anbelangt, ein militärisches Delikt und als solches nicht rechtshilfefähig.

WEHRENBURG verweist auf die Tatsache, dass sich der Lebenssachverhalt des Eintritts in fremden Militärdienst grundsätzlich im Ausland ereignet und daher eine Zusammenarbeit und der Informationsaustausch mit ausländischen Behörden, insbesondere im Tatortstaat, möglich sein sollte. Daher erscheine es als sinnvoll, den Art. 94 MStG im Rahmen einer Revision innerhalb des MStG in einen Abschnitt mit einem weiteren, nicht rein militärischen Anwendungsbereich, zu verschieben. Dies insbesondere auch im Hinblick auf den „*schon seit Jahr-*

⁸¹ WEHRENBURG, RN 7.

⁸² Europäisches Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. April 1959 (SR 0.351.1).

⁸³ Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. März 1981 (SR 351.1).

⁸⁴ Verordnung über die Militärstrafrechtspflege vom 24. Oktober 1979 (SR 322.2).

⁸⁵ FABBRI/BLASER, Kommentar MStP, RN 14 zu Vorbemerkungen zu Art. 18-25.

zehnten anerkannten weiteren [neutralitätspolitischen und gesellschaftlichen] Schutzweck“ des Art. 94 MStG.⁸⁶

6 Abgrenzungen und Konkurrenzen

6.1 Kriminelle Organisation – Art. 260^{ter} StGB

Art. 260^{ter} StGB besagt:

1. *Wer sich an einer Organisation beteiligt, die ihren Aufbau und ihre personelle Zusammensetzung geheim hält und die den Zweck verfolgt, Gewaltverbrechen zu begehen oder sich mit verbrecherischen Mitteln zu bereichern, wer eine solche Organisation in ihrer verbrecherischen Tätigkeit unterstützt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft.*
2. *Der Richter kann die Strafe mildern (Art. 48a), wenn der Täter sich bemüht, die weitere verbrecherische Tätigkeit der Organisation zu verhindern.*
3. *Strafbar ist auch, wer die Tat im Ausland begeht, wenn die Organisation ihre verbrecherische Tätigkeit ganz oder teilweise in der Schweiz ausübt oder auszuüben beabsichtigt. Artikel 3 Absatz 2 ist anwendbar.*

Art. 260^{ter} StGB ist gedacht als „zentrales Element einer erfolgsversprechenden Gesamtstrategie gegen das organisierte Verbrechen“, bei dessen Bekämpfung „die traditionellen Zu rechnungskriterien des Einzeltäterstrafrechts versagen“, da dem Täter als Mitglied der Verbrechensorganisation eine Einzeltat nicht oder nur sehr schwer nachweisen lässt.⁸⁷ Gleichzeitig ging es bei der Einführung des Art. 260^{ter} StGB auch darum, den Nachbarländern, welche schon länger sogenannte „Organisationstatbestände“ kennen, die Rechtshilfe zu erleichtern, indem die Voraussetzung der gegenseitigen Strafbarkeit geschaffen wurde.⁸⁸

⁸⁶ WEHRENBURG, RN 9.

⁸⁷ Botschaft OK, S. 295.

⁸⁸ TRECHSEL, Kommentar StGB, RN 1 zu Art. 260^{ter}.

Strafbar ist die Beteiligung oder Unterstützung einer Organisation, welche ihren Aufbau und ihre personelle Zusammensetzung geheim hält und die den Zweck verfolgt, Gewaltverbrechen zu begehen oder sich mit verbrecherischen Mitteln zu bereichern. Indem das Gesetz die Begehung von Gewaltverbrechen ausdrücklich als Zweck nennt, stellt es klar, dass der Tatbestand nicht auf profitorientierte Delinquenz beschränkt ist, sondern auch terroristische Gruppierungen erfasst.⁸⁹

Bei einer Gruppierung ohne (primär) profitorientierter Delinquenz, welche Gewaltakte verübt, beispielsweise im Rahmen einer Bürgerkriegssituation, stellt sich die Frage, wann diese Gewaltakte als Gewaltverbrechen im Sinne von Art. 260^{ter} StGB und somit als terroristisch zu qualifizieren sind. Der Gesetzgeber führte beispielsweise in Art. 260^{quinqüies} StGB – Finanzierung des Terrorismus – einen Strafbarkeitsausschluss ein, wenn eine Tat *„auf die Herstellung oder Wiederherstellung demokratischer und rechtsstaatlicher Verhältnisse oder die Ausübung oder Wahrung von Menschenrechten gerichtet ist“* (Abs. 3), bzw. *„wenn mit der Finanzierung Handlungen unterstützt werden sollen, die nicht im Widerspruch mit den in bewaffneten Konflikten anwendbaren Regeln des Völkerrechts stehen“* (Abs. 4). Die Abgrenzung zwischen „Terroristen“ und „militanten politischen Widerstandskämpfern“ ist keine einfache: *„One man’s terrorist is another man’s freedom fighter“*.^{90 91}

In diesem Umfeld ist es durchaus denkbar, dass der Eintritt eines Schweizer in eine Gruppierung, bzw. Organisation sowohl den Tatbestand des Art. 260^{ter} StGB als auch des Art. 94 MStG erfüllt.

Art. 260^{ter} StGB befindet sich im 12. Titel des Strafgesetzbuches „Verbrechen und Vergehen gegen den öffentlichen Frieden“. Weil der öffentliche Friede grundsätzlich durch alle Normen des Strafgesetzbuches geschützt wird, stellt er kein selbstständiges Rechtsgut dar. Mit Art. 260^{ter} StGB erhalten die durch Gewalt- und Bereicherungsverbrechen bedrohten Rechtsgüter zusätzlich einen präventiven Schutz.⁹²

⁸⁹ TRECHSEL, Kommentar StGB, RN 7 zu Art. 260^{ter}.

⁹⁰ Ursprung des Zitats offenbar strittig. Siehe <https://en.wikiquote.org/wiki/Talk:Terrorism> - zuletzt besucht am 05.08.2015.

⁹¹ FORSTER, S. 222.

⁹² BAUMGARTNER, Basler Kommentar, RN 3 zu Art. 260^{ter}.

Somit besteht zwischen Art. 260^{ter} StGB und Art. 94 MStG echte Idealkonkurrenz. Das heisst, dass mit demselben Tun einerseits die Rechtsgüter von Art. 94 MStG (siehe Ziff. 5.1) als auch diejenigen von Art. 260^{ter} StGB verletzt werden können. Entsprechend erfolgt in diesem Fall auch für beide Delikte eine Bestrafung.⁹³

6.2 Kriegsverbrechen und gemeinrechtliche Delikte

Art. 94 MStG bestraft – wie bereits ausgeführt – den Eintritt eines Schweizer in fremden Militärdienst zum Schutz der schweizerischen Wehrkraft und der Neutralitätspolitik. Der Straftatbestand ist vollendet, wenn sich der Täter durch eine (auch nur einseitig bindende) Verpflichtung der militärischen Befehlsgewalt des fremden Staates unterstellt oder wenn er den Dienst ohne Eingehung einer Verpflichtung tatsächlich aufnimmt.⁹⁴ Fremder Militärdienst ist kein Dauerdelikt.⁹⁵ Nur der Eintritt in fremden Militärdienst und nicht die Dienstleistung hängt vom Willen des Täters ab⁹⁶, da er sich mit dem Eintritt der militärischen Befehlsgewalt des fremden Staates bzw. der Gruppierung unterstellt.

Begeht der Täter nun während seinem fremden Militärdienst weitere Delikte, seien dies Völkerstraftaten (Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder Kriegsverbrechen, Art. 108-114b MStG, bzw. Art. 264-264n StGB)⁹⁷ oder gemeine Delikte insbesondere gegen Leib und Leben, Vermögen, Freiheit, sexuelle Integrität etc., besteht zwischen diesen Delik-

⁹³ Strafbefehl der Bundesanwaltschaft vom 24.11.2104; SV.14.0014-█, S. 7.; auch WEHRENBURG, RN 6.

⁹⁴ MKGE 7, Nr. 16 und 19; auch HAURI, RN 19 zu Art. 94 und FENNER, S. 63 ff.

⁹⁵ MKGE 2, Nr. 22; COMTESSE, RN 4 zu Art. 94 und FENNER, S. 63.

⁹⁶ FENNER, S. 64.

⁹⁷ Mit der Umsetzung des Römer Statuts des Internationalen Strafgerichtshof wurden die Bestimmungen des Völkerstrafrechts per 1. Januar 2011 in die neugeschaffenen Titel 12^{bis}, 12^{ter} und 12^{quater} des StGB eingeführt. Davor waren diese Delikte lediglich im MStG aufgeführt. Dadurch hat sich per 1. Januar 2011 auch die Zuständigkeit in der Strafverfolgung geändert: in Friedenszeiten in der Schweiz werden Völkerstraftatbestände nur dann durch die Militärjustiz verfolgt, wenn eine schweizerische Militärperson Täter oder Opfer einer solchen Straftat ist. In allen anderen Fällen liegt die Zuständigkeit der Strafverfolgung bei der Bundesanwaltschaft. (FLACHSMANN, Tafel 16 und „Aufgaben der Bundesanwaltschaft“, aufgerufen unter <http://www.bundesanwaltschaft.ch/aufgaben/00029/index.html> - zuletzt besucht am 10.08.2015)

ten und Art. 94 MStG Realkonkurrenz, da mehrere verschiedene Tatbestände durch mehrere selbständige Handlungen verwirklicht werden.⁹⁸

7 Revisionsbedarf und Lösungsansätze

Die sicherheitspolitische Lage der letzten Jahre hat das Verbot des Eintritts in fremden Militärdienst wieder in die politische und juristische Diskussion gebracht (siehe Ziff. 4). In Ziff. 5 wurde die Norm im aktuellen Verständnis von Lehre und Rechtsprechung dargestellt und aufgezeigt, in welchen Punkten Bedarf gesehen wird, Art. 94 MStG den heutigen Anforderungen anzupassen. Es darf nicht vergessen werden, dass Art. 94 MStG vom Gesetzgeber bereits kurz nach dem Ersten Weltkrieg geschaffen wurde, um das jahrhundertealte Phänomen der Reisläuferei zu verbieten. Das heutige Umfeld stellt neue und andere Herausforderungen an diese Norm. In diesem Kapitel werden die Reformvorschläge aufgegriffen und auf ihren Bedarf und ihre Praktikabilität geprüft.

7.1 Persönlicher Geltungskreis

Wie bereits ausgeführt (Ziff. 5.2) plädiert WEHRENBURG dafür, Art. 94 Abs. 1 MStG auf in der Schweiz ansässige Ausländer und Ausländerinnen anzuwenden, bzw. Art. 94 MStG so anzupassen, dass auch diese erfasst werden. Er begründet dies mit dem – über den Schutz der Wehrkraft hinausgehenden – Schutzobjekt der Neutralitätspolitik und der gesellschaftspolitischen Bedeutung. *„Diese wird nämlich beeinträchtigt, wenn Personen aus der Schweiz in beachtlicher Zahl oder Aufmerksamkeit in anderen Ländern an bewaffneten Konflikten teilnehmen und dies mit der Schweiz in Verbindung gebracht werden kann. (...) Heimkehrer aus dem Kriegsdienst können sich oftmals nicht mehr in die zivile Ordnung einfügen. Zudem soll vermieden werden, dass verwundet oder krank Heimkehrende der Öffentlichkeit zur Last fallen.“*⁹⁹

⁹⁸ TRECHSEL, RN 1 zu Art. 49.

⁹⁹ WEHRENBURG, RN 8; mit teilweise weiterführenden Verweisen.

Ausländer mit einer bestehenden Niederlassungsbewilligung in der Schweiz, welche diese verlassen um im Ausland Militärdienst zu leisten, sollen demnach bestraft werden können.

Dies erscheint mir – zumindest in dieser allgemeinen Formulierung – problematisch: Ein Ausländer mit Niederlassungsbewilligung in der Schweiz, welcher in seiner Heimat Militärdienst leistet, würde sich demnach strafbar machen. Analog angewandt, würde dies bedeuten, dass ein Auslandschweizer, welcher in der Schweiz seine Militärdienstpflicht erfüllt, nach seiner Rückkehr in seinem Wohnsitzland bestraft würde. Dies dürfte mit der Pflicht zur Nichteinmischung in die inneren Angelegenheiten anderer Staaten (Art. 2 Abs. 7 UNO-Charta¹⁰⁰ und Völkergewohnheitsrecht) in Widerspruch stehen, solange die Teilnahme am Konflikt nicht vom schweizerischen Territorium aus erfolgt (Art. 92 MStG, bzw. Art. 300 StGB).¹⁰¹ Auch das Rechtsgut der Neutralitätspolitik der Schweiz kann m.E. nicht verletzt werden, wenn ein Ausländer mit Wohnsitz in der Schweiz in seiner Heimat seiner Militärdienstpflicht nachkommt.

Wenn sich Ausländer mit einer bestehenden Niederlassungsbewilligung in der Schweiz in ein Drittland begeben, um dort Militärdienst zu leisten bzw. sich an Kampfhandlungen zu beteiligen, ist die Ausgangslage möglicherweise eine andere. Allerdings macht es den Anschein, dass viele Vorstösse, welche die eine oder andere Form der Verschärfung von Art. 94 MStG anregen, dies *„im Hinblick auf die derzeit bei Kampfhandlungen im Ausland zu beobachtenden Gräueltaten von IS und ähnlichen Gruppierungen“*¹⁰² tun. An dieser Stelle muss nochmals festgehalten werden, dass Art. 94 MStG den *Eintritt* in fremden Militärdienst zum Schutz der Wehrkraft und Neutralitätspolitik der Schweiz unter Strafe stellt. Allfällige andere Straftatbestände, welche der Täter verübt (Mitgliedschaft bei einer kriminellen (oder terroristischen) Organisation, Kriegsverbrechen, Mord, Vergewaltigung etc.) sind durch die entsprechenden Straftatbestände abgedeckt und können – sofern die Strafverfolgungsvoraussetzungen erfüllt sind – auch in der Schweiz juristisch verfolgt werden (siehe Ziff. 6.1 und 6.2). Art. 94 MStG sieht die Strafbarkeit desjenigen Schweizer vor, welcher seinen fremden Militärdienst ansonsten gesetzeskonform – nach schweizerischem, ausländischem und internationalem Recht – ausübt. Alle darüber hinausgehenden Rechtsverstösse sind durch andere Normen abgedeckt bzw. abzudecken.

¹⁰⁰ Charta der Vereinten Nationen vom 26. Juni 1945 (SR 0.120).

¹⁰¹ Botschaft Sicherheitsdienstleistungen, S. 1796.

¹⁰² WEHRENBURG, RN 7; auch Nationalrat Schläfli führt in seiner Motion die „IS-Miliz“ als Beispiel an.

Um die Öffentlichkeit in der Schweiz vor ausländischen Kriegs-Rückkehrern schützen zu können, bedarf es nicht zwangsläufig strafrechtlicher Normen. Bei Ausländern können auch ausländerrechtliche Massnahmen geprüft werden. Nationalrat Oskar Freysinger fordert in seiner Motion „Dschihadisten in der Schweiz“: *„Der Bundesrat wird beauftragt, die gesetzlichen Grundlagen dahingehend anzupassen, dass Ausländerinnen und Ausländern mit Wohnsitz in der Schweiz, die für kriegerische Handlungen in Krisenregionen (Syrien, Kenia, Afghanistan, Jemen u.s.w.) ziehen, ihr Ausländerausweis entzogen wird.“*¹⁰³ Der Bundesrat hält in seiner Stellungnahme vom 02.07.2014 dazu fest, dass bereits die heute geltenden Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG¹⁰⁴) den Widerruf einer Aufenthaltsbewilligung ermöglichen würden, wenn die ausländische Person erheblich oder wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen habe, diese gefährdet oder die innere oder äussere Sicherheit gefährde (Art. 62 Bst. c AuG). In Bezug auf einen Widerruf der Niederlassungsbewilligung enthalte Art. 63 lit. b AuG eine ähnliche Bestimmung. Ein Verstoss gegen die öffentliche Ordnung und Sicherheit liege insbesondere dann vor, wenn die betroffene Person ein Verbrechen gegen den Frieden, ein Kriegsverbrechen, ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder terroristische Taten öffentlich billige oder dafür werbe oder wenn sie zum Hass gegen Teile der Bevölkerung aufstachle (Art. 80 lit. c VZAE)¹⁰⁵. Auch Staatsangehörigen der EU oder der Efta (sowie ihre Familienangehörigen) könne die Aufenthaltsbewilligung entzogen oder verweigert werden, wenn sie eine Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit der Schweiz darstellen würden (Art. 5 Anhang I des Personenfreizügigkeitsabkommens, "Vorbehalt des Ordre public").¹⁰⁶ Darüber hinaus könne das Bundesamt für Polizei zur Wahrung der inneren oder der äusseren Sicherheit der Schweiz gegenüber ausländischen Personen ein Einreiseverbot oder eine Ausweisung verfügen (Art. 67 Abs. 4 und Art. 68 Abs. 1 AuG). Eine solche Ausweisung würde das Erlöschen einer bestehenden Aufenthaltsbewilligung nach sich ziehen (Art. 61 Abs. 1 Bst. d AuG). Ausserdem erlösche die Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung einer ausländischen Person, welche die Schweiz verlasse, ohne sich abzumelden, nach sechs Monaten automatisch (Art. 61 Abs. 2 AuG).

¹⁰³ Motion Freysinger.

¹⁰⁴ Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (SR 142.20).

¹⁰⁵ Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007 (SR 142.201).

¹⁰⁶ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit abgeschlossen am 21. Juni 1999 (SR 0.142.112.681).

Der Bundesrat beantragt die Ablehnung der Motion, weil er die bestehenden rechtlichen Grundlagen für ausreichend erachtet, um den Aufenthaltstitel einer Person, die im Namen des Dschihad an terroristischen Aktivitäten teilnimmt, zu entziehen und diese Person für längere Zeit von der Schweiz fern zu halten.¹⁰⁷

Es ist m.E. nicht Sinn und Zweck von Art. 94 MStG Ausländer zu bestrafen, welche im Ausland Militärdienst leisten. Dazu hat ihn der Gesetzgeber nicht konzipiert. Sollten sich Ausländer mit einer Niederlassungsbewilligung in der Schweiz im Ausland an „Gräueltaten“ beteiligen, sind sie für diese Taten mit den entsprechenden und bereits vorhandenen Normen zu Rechenschaft zu ziehen und sollte von ihnen trotzdem eine Gefahr für die Sicherheit und Ordnung der Schweiz ausgehen, sind die entsprechenden ausländerrechtlichen Schritte einzuleiten. Entsprechend sehe ich, was den persönlichen Geltungsbereich von Art. 94 MStG betrifft, keinen Revisionsbedarf.

7.2 Definition des Militärdienstes

7.2.1 Motionen Reimann und Schläfli

Nationalrat Reimann fordert in seiner Motion (siehe Ziff. 4.2) eine Präzisierung und Ausdehnung des Verbots des fremden Militärdienst und der Anwerbung dazu. Er schlägt folgende Ergänzung des Strafgesetzbuches vor: *„Wer jemanden zugunsten einer ausländischen Macht in einer militärischen oder militär-ähnlichen Einrichtung anwirbt, einer solchen Einrichtung zuführt oder selbst teilnimmt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahre bestraft. Auch der Versuch ist strafbar.“*¹⁰⁸ Er begründet seine Motion mit der Gefahr, welche von zurückkehrenden Terrorkämpfern ausgehe, und damit, dass das Kriterium der Unterstellung unter militärischer Befehlsgewalt, welche als Erkennungsmerkmal für den „fremden Militärdienst“ gelte, im Hinblick auf Terror- und Oppositionsgruppen nicht eindeutig genug sei.

¹⁰⁷ Motion Freysinger; Die Motion wurde zum Zeitpunkt der Verfassung dieser Arbeit von den Räten noch nicht behandelt.

¹⁰⁸ Motion Reimann.

In die gleiche Richtung geht Nationalrat Schläfli wenn er in seiner Motion (siehe Ziff. 4.3) unter anderem eine Anpassung von Art. 94 MStG verlangt, um auch die Teilnahme an Kampfhandlungen und Aktivitäten von armee-ähnlichen, ideologisch motivierten Gruppierungen im Ausland, wie beispielsweise die IS-Miliz, strafrechtlich zu erfassen.

Inwiefern sich die Strafbarkeit des fremden Militärdienstes mit der von Motionär Reimann geforderten neuen Strafnorm verbessern würde, ist m.E. nicht ersichtlich. Auch bei der Formulierung „militärische oder militär-ähnliche Einrichtung“ und „teilnehmen“ müsste mittels Kriterien geprüft werden, ob eine konkrete Organisation nun eine „militär-ähnliche Einrichtung“ darstellt oder nicht, bzw. was „teilnehmen“ in diesem Sinne genau bedeutet. Hinzu kommt, dass es in der Lehre und Rechtsprechung unbestritten ist, dass unter fremdem Militärdienst nicht nur der Söldnerdienst um Sold und Geld, sondern Militärdienst schlechthin (auch in Kampfverbänden politischer Parteien, in Formationen Freiwilliger oder in militärisch organisierten Untergrundbewegungen) verstanden wird. Entscheidend ist die Frage, ob der Täter der militärischen Befehlsgewalt unterworfen ist (siehe Ziff. 5.3). Die Verurteilung des „Dschihad-Reisenden“ (siehe Ziff. 3.3) durch die Bundesanwaltschaft wegen fremdem Militärdienst gemäss Art. 94 MStG für den *Islamischen Staat* zeigt dies deutlich auf.¹⁰⁹

7.2.2 Mögliche zusätzliche Kriterien für die Definition von Militärdienst

Wie in Ziff. 5.3 und oben in Ziff. 7.2.1 ausgeführt, deckt Art. 94 MStG bereits in seiner heutigen Form auch den Eintritt in fremden Militärdienst ab, wenn dieser Dienst in einer nicht-staatlichen Streitmacht stattfindet. Entsprechend ist keine neue Strafnorm oder Revision von Art. 94 MStG erforderlich. Hilfreich wäre möglicherweise, wenn zusätzliche Kriterien herausgearbeitet würden, die es ermöglichen zu unterscheiden, wann es sich bei einer bewaffneten nichtstaatlichen Gruppierung um eine Streitmacht im Sinne von Art. 94 MStG handelt und wann es sich um eine Gruppierung bewaffneter Krimineller handelt, bei der die Mitgliedschaft eines Schweizers keine Gefährdung der schweizerischen Wehrkraft, bzw. Neutralitätspolitik erwirken kann – mögen die Taten dieser Gruppierung noch so verwerflich sein.

¹⁰⁹ Strafbefehl der Bundesanwaltschaft vom 24.11.2104; SV.14.0014-[REDACTED].

Bereits aufgegriffen wurde das Kriterium der Unterwerfung unter militärische Befehlsgewalt. Viele Gruppierungen verfügen über eine Hierarchie deren Befehlsgewalt mit derjenigen einer militärischen Hierarchie gleichzusetzen ist, beispielsweise in der organisierten Kriminalität.¹¹⁰ Faktisch dürfte die Wehrkraft der Schweiz beim Anschluss eines Schweizer bei der *Cosa nostra* oder der *Pink-Panther-Bande* ebenso tangiert sein wie bei dessen Eintritt in die Fremdenlegion. Dass es für die zwischenstaatlichen Beziehungen ebenfalls nicht förderlich ist, wenn sich herausstellt, dass Schweizer in der organisierten Kriminalität eines anderen Landes aktiv sind, scheint auch naheliegend, von der Schwierigkeit der gesellschaftlichen Reintegration eines Schwerstkriminellen ganz zu schweigen. Trotzdem wäre es verfehlt, diese Handlungen als fremden Militärdienst im Sinne von Art. 94 MStG zu bezeichnen.

Sowohl bezüglich der Wehrkraft als auch der Neutralitätspolitik macht es einen Unterschied, ob sich jemand der Mafia oder der Fremdenlegion bzw. der PKK anschliesst. Hier kommt das von FENNER eingebrachte Element des militärischen Endzwecks (siehe Ziff. 5.3.3) zum Tragen. In der allgemeinen Vorstellung sichert das Militär letztendlich das Gewaltmonopol einer staatlichen Institution auf einem gewissen Territorium.¹¹¹ Was die PKK und den *Islamischen Staat* von der Mafia unterscheidet, ist dass die Mafia den Staat unterwandert und mittels kriminellen Machenschaften finanzielle Profite erzielen will, während die PKK und der *Islamische Staat* den Staat – oder zumindest gewisse Territorien – kontrollieren und politische „Souveränität“ ausüben wollen. Dieser Endzweck der politischen „Souveränität“ einer Gruppierung ist es, welcher die Wehrkraft schwächt und die Neutralitätspolitik gefährdet, wenn sich ein Schweizer dieser unterwirft, bzw. anschliesst.

Allerdings kann auch nicht jede Gruppierung, welche einen politischen Umsturz als Endzweck führt, als militärisch im Sinne von Art. 94 MStG gelten. Als Beispiel kann die deutsche *Rote Armeeaktion* (RAF) herbeigezogen werden. Auch wenn der Name den Begriff „Armee“ führte und es das Ziel war, die Gesellschaftsordnung der Bundesrepublik gewaltsam umzustossen,¹¹² wäre der Eintritt eines Schweizer in die RAF wohl kaum als fremder Militärdienst zu qualifizieren – wohl aber als Mitgliedschaft in einer kriminellen Organisation gemäss Art. 260^{ter} StGB. Auch wenn zum Beispiel einer der Attentäter von Paris, welche vom

¹¹⁰ BAUMGARTNER, Basler Kommentar, RN 3 zu Art. 260^{ter}.

¹¹¹ Art. 58 BV; Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

¹¹² Sendung ZDF info vom 02.08.2015, aufgerufen unter <http://www.zdf.de/zdfinfo/die-geschichte-der-raf-rote-armee-fraktion-36600468.html> - zuletzt besucht am 09.08.2015.

7. bis 9. Januar 2015 insgesamt 17 Menschen ermordeten, ein Schweizer gewesen wäre, hätte man dessen Handlungen wohl kaum als fremden Militärdienst bezeichnet. Dies obwohl die beiden Brüder, welche den Anschlag auf die Redaktion des *Charlie Hebdo* verübten, sagten, sie würden im Auftrag von Al-Kaida auf der Arabischen Halbinsel (AQAP) handeln und die AQAP später auch die Verantwortung für den Anschlag übernommen hat. Nicht aber für die Ermordung der Polizistin und die spätere Geiselnahme im Supermarkt – jener Attentäter behauptete vor seinem Tod, im Auftrag des *Islamischen Staat* gehandelt zu haben.¹¹³

Neben der Befehlsgewalt und dem Endzweck braucht es somit weitere militärische Eigenschaften, welche eine Gruppe bewaffneter Banditen oder Attentäter von einer bewaffneten nichtstaatlichen Gruppierung, welche eine Armee in Sinne von Art. 94 MStG darstellt, unterscheiden.

Der Rechtsprechung des Militärgerichts 1 im Fall des „PKK-Kämpfers“ sind keine neuen Kriterien zu entnehmen, dass Gericht begründete relativ knapp, dass *„tant la doctrine que la jurisprudence considèrent que l'unité combattante d'un parti politique doit être assimilée à une „armée étrangère“ au sens de la disposition pénale précitée. Il est donc manifeste que le HPG, en qualité de fraction militaire du PKK, peut être qualifié d'armée étrangère.“*¹¹⁴

Die Bundesanwaltschaft begründete das Vorliegen von fremdem Militärdienst im Sinne von Art. 94 MStG in ihrem Strafbefehl im Fall des „Dschihad-Reisenden“ einerseits mit der Existenz einer militärischen Hierarchie, über welche der *Islamische Staat* verfüge und unter dessen Befehlsgewalt sich der Beschuldigte unterworfen habe, und andererseits damit, dass die Art und Weise der Organisation der bewaffneten Kräfte des *Islamischen Staates* darauf schliessen lasse, dass *„les unités combattantes du groupe EIIS sont ainsi assimilables à une armée étrangère.“*¹¹⁵ (siehe Ziff. 5.3.4).

Das Element der Organisation der bewaffneten Kräfte ist m.E. geeignet, weitere Kriterien zu herauszuarbeiten, um den Eintritt in eine bewaffnete nichtstaatliche Gruppierung oder terroristische Organisation als fremden Militärdienst im Sinne von Art. 94 MStG zu qualifizieren.

¹¹³ Artikel Zeit Online vom 11.05.2015, aufgerufen unter <http://www.zeit.de/feature/attentat-charlie-hebdo-rekonstruktion> - zuletzt besucht am 09.08.2015.

¹¹⁴ Tribunal militaire 1, Jugement du 22.11.2013; TM1 07 287, S. 5.

¹¹⁵ Strafbefehl der Bundesanwaltschaft vom 24.11.2014; SV.14.0014-█, S. 8.

7.2.3 Die Konfliktpartei im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt

Es gibt ein weiteres Rechtsgebiet, welches darauf angewiesen ist Merkmale zu entwickeln, um bewaffnete nichtstaatliche Gruppierungen juristisch zu klassifizieren: das humanitäre Völkerrecht.

Der allen Genfer Konventionen von 1949¹¹⁶ gemeinsame Art. 3 verpflichtet im Falle eines bewaffneten Konflikts, der keinen internationalen Charakter aufweist und der auf dem Gebiet einer der Hohen Vertragsparteien entsteht, jede der am Konflikt beteiligten Parteien, gewisse Minimalstandards einzuhalten. Das zweite Zusatzprotokoll von 1977 zu den Genfern Konventionen¹¹⁷ definiert in Art. 1 seinen sachlichen Anwendungsbericht: *„Dieses Protokoll, das den den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 gemeinsamen Art. 3 weiterentwickelt und ergänzt, ohne die bestehenden Voraussetzungen für seine Anwendung zu ändern, findet auf alle bewaffneten Konflikte Anwendung, die von Art. 1 des Zusatzprotokolls zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte (Protokoll I) nicht erfasst sind und 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 (Abs. 1). Dieses Protokoll findet nicht auf Fälle innerer Unruhen und Spannungen wie Tumulte, vereinzelt auftretende Gewalttaten und andere ähnliche Handlungen Anwendung, die nicht als bewaffnete Konflikte gelten (Abs. 2).“*

Ohne an dieser Stelle detailliert auf die unterschiedlichen Voraussetzungen und Anwendungsbereiche des Zusatzprotokolls II und des gemeinsamen Art. 3 der Genfer Konventionen einzugehen, ist festzuhalten, dass, sollten die enger gesteckten Voraussetzungen des Zusatz-

¹¹⁶ Genfer Abkommen zur Verbesserung des Loses der Verwundeten und Kranken der bewaffneten Kräfte im Felde abgeschlossen in Genf am 12. August 1949, SR 0.518.12; Genfer Abkommen zur Verbesserung des Loses der Verwundeten, Kranken und Schiffbrüchigen der bewaffneten Kräfte zur See abgeschlossen in Genf am 12. August 1949, SR 0.518.23; Genfer Abkommen über die Behandlung der Kriegsgefangenen abgeschlossen in Genf am 12. August 1949, SR 0.518.42; Genfer Abkommen über den Schutz von Zivilpersonen in Kriegszeiten abgeschlossen in Genf am 12. August 1949, SR 0.518.51.

¹¹⁷ Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer nicht internationaler bewaffneter Konflikte (Protokoll II) angenommen in Genf am 8. Juni 1977, SR 0.518.522.

protokoll II in einer Konfliktsituation nicht erfüllt werden, die Gültigkeit des gemeinsamen Art. 3 nicht einschränkt wird. Praktisch heisst das, dass es Konflikte mit nicht-internationalem Charakter gibt, bei welchen nur der gemeinsame Art. 3 Anwendung findet, weil die Organisation der einzelnen Konfliktparteien für die Anwendung des Protokolls II nicht ausreicht.¹¹⁸

Es existiert somit eine Legaldefinition, welche eine bewaffnete nichtstaatliche Gruppierung zu einer Konfliktpartei „erhebt“ und ihr somit Rechte und Pflichten auferlegt. Das humanitäre Völkerrecht ist bemüht festzuhalten, dass damit keine staatliche Anerkennung einhergeht.¹¹⁹ Nichtsdestotrotz wird die bewaffnete nichtstaatliche Gruppierung damit zur Konfliktpartei mit Rechten und Pflichten und erlangt somit, zumindest ansatzweise, eine gewisse „Souveränität“.

M.E. wäre es zumindest prüfenswert, ob diese Legaldefinition herangezogen werden kann, um auch eine Anwendbarkeit von Art. 94 MStG zu begründen.

7.2.4 Die Rechtsprechung des Jugoslawientribunals

Insbesondere das Jugoslawientribunal¹²⁰ war intensiv mit der Frage konfrontiert, wann ein bewaffneter nicht-internationaler Konflikt vorliegt bzw. welche Gruppierungen als Konfliktparteien gemäss dem gemeinsamen Art. 3 der Genfer Konventionen gelten und somit für Verstösse gegen diese Mindeststandards zur Verantwortung gezogen werden können. Es hat folgende Rechtsprechung entwickelt:

¹¹⁸ SASSOLI/BOUVIER, S. 110.

¹¹⁹ „Consequently, the fact of applying Article 3 does not in itself constitute any recognition by the de jure Government that the adverse Party has authority of any kind“ Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Geneva, 12 August 1949, Commentary of 1952 - Art. 3, S. 61 – aufgerufen unter <https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=1919123E0D121FEFC12563CD0041FC08> - zuletzt besucht am 02.08.2015, fortan bezeichnet als ICRC Commentary of 1952.

¹²⁰ United Nations International Tribunal for the Prosecutions of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, <http://www.icty.org>.

Als Test zur Feststellung, ob ein bewaffneter Konflikt vorliegt, hat die Beschwerdekammer im Urteil in Sachen *Tadić* festgehalten: „[a]n armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organised armed groups or between such groups in a State“¹²¹. Dieser Test wurde in der folgenden Rechtsprechung konsequent weiter angewendet und somit bestätigt.¹²² Für den Fall eines internen bewaffneten Konfliktes hat das Gericht im Verfahren *Tadić* diesen Test auf zwei Kriterien basiert: einerseits die Intensität eines Konflikts und andererseits die Organisation der Konfliktparteien¹²³. Damit könne ein bewaffneter Konflikt „from banditry, unorganized and short-lived insurrections, or terrorist activities, which are not subject international humanitarian law“¹²⁴ unterschieden werden.

Was das Kriterium der Organisation einer bewaffneten Gruppierung betrifft, hat das Jugoslawientribunal in seiner Entscheidung vom 10. Juli 2008¹²⁵ in Sachen Ankläger gegen *Ljube Boškoski* und *Johan Tarčulovski* folgende Auslegeordnung gemacht:

Als erstes hält es fest, dass der geforderte Organisationsgrad einer bewaffneten Gruppierung für die Anwendung des gemeinsamen Art. 3 der Genfer Konventionen von 1949 weder im Gesetz noch in der Rechtsprechung speziell definiert wurde.¹²⁶

Es verweist auf ein Urteil der Appellationskammer im Fall *Tadić*¹²⁷, in dem darauf hingewiesen wird, dass „an organised group [...] normally has a structure, a chain of command and a set of rules as well as the outward symbols of authority“ und dass die Mitglieder dieser Gruppierung nicht auf eigene Faust handeln sondern konform „to the standards prevailing in the group“ und sind „subject to the authority of the head of the group“. Somit ist eine hierarchische Struktur Voraussetzung dafür, dass eine bewaffnete Gruppierung als organisiert gelten kann. Zusätzlich müssen ihre Führer in der Lage sein, Autorität über ihre Mitglieder auszuüben.¹²⁸

¹²¹ *Tadić* Jurisdiction Decision, para 70.

¹²² *Boškoski/Tarčulovski* Trial Judgement, para 175.

¹²³ *Tadić* Trial Judgement, para 562.

¹²⁴ *Tadić* Trial Judgement, para 562.

¹²⁵ *Boškoski/Tarčulovski* Trial Judgement.

¹²⁶ *Boškoski/Tarčulovski* Trial Judgement, para 194.

¹²⁷ *Tadić* Appeals Judgement, para 120.

¹²⁸ *Boškoski/Tarčulovski* Trial Judgement, para 195.

Im Verfahren *Limaj* hatte das Gericht zu prüfen, ob die Befreiungsarmee des Kosovos (UÇK) eine „organisierte“ bewaffnete Gruppierung darstellte. In dieser Entscheidung lehnte es das Gericht ab, der Argumentation der Verteidigung zu folgen, welche auf die „convenient criteria“ des IKRK-Kommentars¹²⁹ verwies, wonach die bewaffnete Gruppierung über die Fähigkeit verfügen muss, Verletzungen des gemeinsamen Art. 3 der Genfer Konventionen zu sanktionieren oder aber die Voraussetzungen des Zusatzprotokolls II erfüllen muss, um als „organisiert“ zu gelten. Vielmehr hielt das Gericht fest, dass „*some degree of organisation by the parties will suffice to establish the existence of an armed conflict*“.¹³⁰ Die Führung der Gruppierung muss, als ein Minimum, soviel Kontrolle über seine Mitglieder ausüben können, dass die grundlegenden Bestimmungen des gemeinsamen Art. 3 der Genfer Konventionen umgesetzt werden könnten.¹³¹ Die Voraussetzungen an die Organisation der bewaffneten Gruppierung sind jedoch nicht so weitgehend, dass sie an die Organisation staatlicher Streitkräfte heranreichen müssten.¹³²

Das Jugoslawientribunal hat in seinen Verfahren eine Vielzahl von Faktoren berücksichtigt, wenn es darauf ankam, die Organisation einer bewaffneten Gruppierung zu beurteilen. Insgesamt lassen sich die Faktoren in fünf Kategorien aufteilen: Kommandostruktur, koordinierte militärische Operationen, Logistik, Disziplin und einheitlicher Verhandlungspartner.

1. *Kommandostruktur*: Gemeint ist damit die Existenz einer Kommandostruktur, wie eines Generalstabes oder Oberkommandos, welches Kommandanten ernennt und diese befiehlt, interne Regulationen verbreitet, den Waffennachschub organisiert, militärische Aktionen autorisiert, Individuen der Gruppierung mit Tätigkeiten beauftragt, politische Statements und Kommuniqués herausgibt und welches die Gruppen im Einsatz über alle Entwicklungen in ihrem Einsatzgebiet auf dem Laufenden hält. Ebenfalls in diese Kategorie fal-

¹²⁹ ICRC Commentary of 1952 - Art. 3, S. 49 f. (zur Quelle siehe FN 108).

¹³⁰ *Limaj* Trial Judgement, para 89. *As support for its position, the Trial Chamber noted a study submitted by the ICRC as a reference document to the Preparatory Commission for the establishment of the elements of crimes for the ICC, which stated that “The ascertainment whether there is a non-international armed conflict does not depend on the subjective judgment of the parties to the conflict; it must be determined on the basis of objective criteria; the term ‘armed conflict’ presupposes the existence of hostilities between armed forces organized to a greater or lesser extent; there must be the opposition of armed forces and a certain intensity of the fighting”.* ICRC Working Paper, 29 June 1999. *Emphasis added.* *Boškoski/Tarčulovski* Trial Judgement; FN 785.

¹³¹ ICRC Commentary of 1952 - Art. 3, S. 52. (zur Quelle siehe FN 108) und *Boškoski/Tarčulovski* Trial Judgement, para 196.

¹³² *Orić* Trial Judgement, para 254.

len die Existenz von internen Regulationen, welche die Gruppierung organisieren und strukturieren, die Ernennungen eines offiziellen Sprechers, die Kommunikation mittels Kommunikués über militärische Aktionen und Operationen, welche die Gruppierung ausgeführt hat, die Existenz eines Hauptquartiers sowie die Erstellung und Verbreitung interner Regulationen über Ränge der Angehörigen und der Definition von Pflichten und Hierarchien von Kommandanten auf den verschiedensten Stufen.¹³³

2. *Koordinierte militärische Operationen*: Diese Kategorie enthält Faktoren, welche auf die Fähigkeit der Gruppierung hinweisen, Operationen in einer koordinierten Form auszuführen. Dazu gehört die Fähigkeit, eine vereinheitlichte Militärstrategie zu bestimmen und militärische Operationen in grossem Stil auszuführen und ein Gebiet zu kontrollieren. Auch ist danach zu fragen, ob das kontrollierte Gebiet in einzelne Verantwortungsbereiche unterteilt wird, welche von bestimmten Kommandanten kontrolliert werden. Relevant ist weiter die Fähigkeit der operativen Einheiten ihre Operationen zu koordinieren sowie die effiziente Verbreitung von schriftlichen und mündlichen Befehlen und Entscheidungen.¹³⁴
3. *Logistik*: Diese Kategorie enthält Faktoren, welche aufzeigen auf welchem Niveau die Logistik der Gruppierung operiert. Dabei handelt es sich unter anderem, um die Fähigkeit neue Mitglieder zu rekrutieren, die Mitglieder mit militärischen Training zu formen, die Möglichkeiten den Waffennachschub sicherzustellen, die Ausrüstung und Verwendung von Uniformen und die Existenz von Kommunikationsmitteln zwischen den Hauptquartier und den einzelnen Einheiten sowie unter diesen Einheiten.¹³⁵
4. *Disziplin*: Diese Kategorie besteht aus Faktoren anhand derer bestimmt werden kann, ob die Gruppierung über ein gewisses Niveau an Disziplin verfügt und in der Lage ist, die grundlegenden Bestimmungen des gemeinsamen Art. 3 der Genfer Konventionen umzusetzen. Dazu gehören Regeln und Mechanismen zur Aufrechterhaltung der Disziplin, geeignetes Training sowie die Existenz interner Regeln und deren effektiver Verbreitung innerhalb der Gruppierung.¹³⁶

¹³³ *Boškoski/Tarčulovski* Trial Judgement, para 199, mit weiterführenden Einzelnachweisen.

¹³⁴ *Boškoski/Tarčulovski* Trial Judgement, para 200, mit weiterführenden Einzelnachweisen.

¹³⁵ *Boškoski/Tarčulovski* Trial Judgement, para 201, mit weiterführenden Einzelnachweisen.

¹³⁶ *Boškoski/Tarčulovski* Trial Judgement, para 202, mit weiterführenden Einzelnachweisen.

5. *Einheitlicher Verhandlungspartner*: Die letzte Kategorie besteht aus Faktoren, welche aufzeigen, ob die Gruppierung in der Lage ist, mit „einer Stimme“ aufzutreten, ob es ihr möglich ist, für sich und ihre Mitglieder in Verhandlungen mit Vertretern internationaler Organisatoren und ausländischer Staaten zu treten und ob sie in der Lage ist, Vereinbarungen auszuhandeln und auch umzusetzen.¹³⁷

Als zusätzliches Element musste sich das Gericht mit dem Einwand der Verteidigung auseinandersetzen, die „terroristische“ Natur der Aktivitäten der betroffenen Gruppierung sowie die mutmasslichen Verletzungen des humanitären Völkerrechts sprächen dagegen, dass es sich bei der Gruppierung um eine „organisierte“ Gruppierung und somit um eine Konfliktpartei gemäss dem humanitären Völkerrecht handle. Dies, weil es der Gruppierung offenbar an der Autorität mangelte, die Truppen auf dem Boden zu kontrollieren und von den Verletzungen des humanitären Völkerrechts abzuhalten.¹³⁸

Das Gericht anerkannte, dass eine Vielzahl von Verletzungen des humanitären Völkerrechts einer Gruppierung auf mangelhafte Disziplin oder auf das Fehlen einer funktionierenden Befehlskette hinweisen könne. Allerdings bemerkte das Gericht, dass gewisse Terrorattacken gerade auf ein hohes Mass an Planung und eine koordinierte Kommandostruktur hinweisen würden. Es kam daher zum Schluss, dass Verletzungen des humanitären Völkerrechts oder terroristische Aktivitäten nicht zwangsläufig gegen eine gut organisierte Gruppierung sprechen. Dieser Rückschluss könne nur im konkreten Einzelfall gemacht oder verworfen werden. Entscheidend sei, ob die Gruppierung in der Lage wäre, die Verpflichtungen des humanitären Völkerrechts einzuhalten und dies bei ihren Mitgliedern durchzusetzen.¹³⁹

7.2.5 Anwendbarkeit auf Art. 94 MStG

Sowohl beim gemeinsamen Art. 3 der Genfer Konventionen als auch beim Art. 94 MStG geht es darum zu unterscheiden, ob eine Gruppierung ein Haufen bewaffneter Aufständischer, Banditen oder sonstiger Krimineller darstellt, oder ob die Gruppierung über gewisse Standards hinsichtlich ihrer Organisation und andere Fähigkeiten verfügt, was ihr eine gewisse

¹³⁷ *Boškoski/Tarčulovski* Trial Judgement, para 203, mit weiterführenden Einzelnachweisen.

¹³⁸ *Boškoski/Tarčulovski* Trial Judgement, para 204.

¹³⁹ *Boškoski/Tarčulovski* Trial Judgement, para 204 f.

„Anerkennung“ bzw. „Souveränität“ verschafft. Im humanitären Völkerrecht hat dies zur Konsequenz, dass eine solche Gruppierung als Konfliktpartei – mit den entsprechenden Rechten und Pflichten – anerkannt wird. In gewisser Hinsicht wird die Gruppierung somit einer „offiziellen“ Streitmacht bzw. Armee eines Staates gleichgestellt. Diese Quasi-Gleichstellung mit einer staatlichen Armee ist es auch, was den fremden Militärdienst gemäss Art. 94 MStG ausmacht. Daher könnte auf die vom Jugoslawientribunal aufgestellten fünf Gruppen von Kriterien – Kommandostruktur, koordinierte militärische Operationen, Logistik, Disziplin und einheitlicher Verhandlungspartner – zurückgegriffen werden, wenn es in einem Verfahren wegen Leistens von fremdem Militärdienst um die Frage geht, ob der Eintritt eines Schweizer in ebendiese Gruppierung die Voraussetzungen von Art. 94 MStG erfüllt und in seiner Konsequenz die Wehrkraft geschwächt und die Neutralitätspolitik der Schweiz gefährdet hat.

7.3 Qualifikation als Vergehen und Strafmass

Sowohl Nationalrat Reimann als auch Nationalrat Schläfli fordern in ihren Motionen (siehe Ziff. 4.2 und 4.3) u.a. auch eine Erhöhung des Strafrahmens. Nationalrat Reimann sieht für seine neu zu schaffende Norm eine Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren vor,¹⁴⁰ während Nationalrat Schläfli einen revidierten Art. 94 MStG mit einem Strafmass von bis zu 10 Jahren Freiheitsstrafe anregt.¹⁴¹ Dadurch würde Art. 94 MStG vom Vergehen zum Verbrechen (Art. 12 Abs. 2 MStG). Auch WEHRENBURG spricht sich für eine Erhöhung des Strafrahmens und damit auch für eine Klassifizierung von Art. 94 MStG als Verbrechen aus.¹⁴²

In seiner Stellungnahme vom 05.11.2014 zur Motion von Nationalrat Schläfli hält der Bundesrat fest: *„Eine massive Anhebung des Strafmasses (von drei auf zehn Jahre) für das Eintreten in fremden Militärdienst spiegelt in keiner Art und Weise den Unrechtsgehalt der konkreten Handlung und ist damit unverhältnismässig und ungerechtfertigt. Eine sachliche Notwendigkeit, eine solch drakonische Erhöhung vorzunehmen, ist nicht ersichtlich.“*¹⁴³

¹⁴⁰ Motion Reimann.

¹⁴¹ Motion Schläfli.

¹⁴² WEHRENBURG, RN 7.

¹⁴³ Motion Schläfli.

Wie bereits oben (siehe Ziff. 7.1) festgestellt, scheint es so, dass die Forderungen zur Verschärfung von Art. 94 MStG unter dem Eindruck der kriegerischen Auseinandersetzungen insbesondere in Syrien und dem Phänomen, dass sich zahlreiche, vor allem junge Europäer in diese Konfliktregionen aufmachen, um sich dort bewaffneten – und oftmals auch terroristischen – Gruppierungen anzuschliessen.¹⁴⁴

Die Gräueltaten im syrischen Bürgerkrieg sind schrecklich. Die Vereinten Nationen bestellten 2011 eine Untersuchungskommission, welche die Verbrechen dokumentieren und Täter identifizieren soll.¹⁴⁵ Die Gefahr von Europäern, welche sich in Konfliktgebieten begeben und später allenfalls zurückkehren und Anschläge verüben könnten, ist nicht von der Hand zu weisen.¹⁴⁶ Selbst vor diesem Hintergrund scheint es mir nicht zielführend, aus Art. 94 MStG ein Instrument im Kampf gegen den internationalen Terrorismus zu machen. Wie bereits erwähnt: Art. 94 MStG bestraft den *Eintritt* eines Schweizer in fremden Militärdienst zum Schutz der Wehrkraft und Neutralitätspolitik der Schweiz. Allfällige Delikte wie Verstösse gegen das Völkerstrafrecht oder Mord, Folter, etc., welche der Täter während diesem fremden Militärdienst verübt, sind durch die entsprechenden Straftatbestände zu verfolgen, sofern eine Anknüpfung gemäss Art. 3 ff StGB gegeben ist. Daher ist es auch nicht notwendig, den Strafrahmen von Art. 94 MStG zu erhöhen.

In Folge dessen scheint es auch nicht nötig, Art. 94 MStG in den Katalog von Art. 70 Abs. 2 MStP aufzunehmen. Somit werden auch in künftigen Strafverfahren wegen Verdachts auf fremden Militärdienst keine geheimen Überwachungsmaßnahmen – mit Ausnahme Verkehrs- und Rechnungsdaten sowie Teilnehmeridentifikation (Art. 70d MStP) – angeordnet werden können. Dies mag die Strafverfolgung erschweren und aus dieser Sicht bedauerlich sein, aufgrund der Schwere des Eingriffs in die Grundrechte eines Tatverdächtigen durch eine geheime Überwachungsmaßnahme und des Unrechtsgehalts der durch Art. 94 MStG pönalisierten Handlung wäre eine solche Massnahme jedoch unverhältnismässig und nicht zu rechtfertigen. Selbstverständlich sind bei einem Verdacht auf allfällige schwere Straftatbestände, welche der Täter während seinem Dienst verübt haben könnte, die geheimen Überwachungs-

¹⁴⁴ WEHRENBURG, RN 7; Motion Schläfli; Motion Reimann und Motion Freysinger.

¹⁴⁵ Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic, weitere Informationen abrufbar unter <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/IICISyria/Pages/IndependentInternationalCommission.aspx> - zuletzt besucht am 08.08.2015.

¹⁴⁶ Lagebericht 2015 des Nachrichtendienstes des Bundes, S. 25 (siehe FN 47).

massnahmen wieder möglich, da diese im Katalog von Art. 70 Abs. 2 MStP bzw. Art. 269 Abs. 2 StPO¹⁴⁷ aufgeführt werden.

7.4 Rechtshilfe

WEHRENBURG regt an, Art. 94 MStG im Rahmen einer Revision innerhalb des Militärstrafgesetzes in einen Abschnitt mit weiterem, nicht rein militärischem Anwendungsbereich zu verschieben, um die internationale Rechtshilfe zu ermöglichen.¹⁴⁸

Auch wenn Art. 94 MStG aus dem Fünften Abschnitt „Verbrechen oder Vergehen gegen die Landesverteidigung und gegen die Wehrkraft des Landes“ des MStG entfernt würde, würde sich die militärische Natur der Norm nicht ändern. Selbst der Verweis auf den erweiterten Schutzcharakter von Art. 94 MStG hilft m.E. nicht weiter, da zumindest der politische Charakter der Norm bestehen bleibt und auch politische Delikte nicht rechtshilfefähig sind.¹⁴⁹ Eine Verschiebung von Art. 94 MStG innerhalb oder ausserhalb des MStG ändert nichts daran, dass es sich aufgrund des Zwecks der Norm – Verhinderung des Eintritts eines Schweizer in fremden Militärdienst – um ein rechtshilfeunfähiges Delikt handelt. Selbst wenn der Norm der militärische oder politische Charakter abgesprochen werden könnte, bleibt ein weiteres Problem, wenn im Rahmen der Rechtshilfe auf Zwangsmassnahmen zurückgegriffen werden müsste. Zwangsmassnahmen im Rechtshilfeverfahren sind nur zulässig, wenn das Delikt beidseitig strafbar ist (Art. 64 IRSG). Gemäss FENNER kennt nur Grossbritannien eine Strafbarkeit für fremden Militärdienst, wenn auch in eingeschränkterem Mass als die Schweiz.¹⁵⁰ Schliesslich stellt sich auch die Frage, ob der jeweilige Tatortstaat überhaupt Interesse an einer funktionierenden Rechtshilfe hätte. Tritt der Schweizer nämlich in dessen nationalen Streitkräfte ein, hat dieser Staat kaum ein Interesse Rechtshilfe zu leisten. Man stelle sich vor, ein militärischer Untersuchungsrichter reiche auf den entsprechenden Kanälen in Paris ein Rechtshilfeersuchen im Zusammenhang mit einem Schweizer, welcher möglicherweise in der französischen Fremdenlegion Dienst tut. Es ist davon auszugehen, dass ein solches Rechtshil-

¹⁴⁷ Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007, SR 312.0.

¹⁴⁸ Siehe Ziff. 5.5 und WEHRENBURG, RN 9 ff.

¹⁴⁹ Art. 3 IRSG.

¹⁵⁰ FENNER, S. 135 ff. (Stand: 1973).

feersuchen von ähnlichem Erfolg gekrönt wäre wie das Rechtshilfeersuchen der Bundesanwaltschaft in Deutschland bezüglich den deutschen Steuerfahndern.¹⁵¹

7.5 Fazit

Seit der Einführung des Art. 94 MStG sind beinahe einhundert Jahre vergangen. Die Art und Weise wie Konflikte auf dieser Welt geführt werden, haben sich in dieser Zeit immer wieder gewandelt. Dennoch genügt Art. 94 MStG in seiner jetzigen Form weiterhin den Anforderungen der heutigen Zeit. Die Norm verbietet den Eintritt eines Schweizer in fremden Militärdienst zum Schutz der Wehrkraft und Neutralitätspolitik der Schweiz. In der einhelligen Meinung von Lehre und Rechtsprechung erfasst die Norm bereits heute auch bewaffnete nicht-staatliche Gruppierungen und terroristische Organisationen, bei denen die Mitgliedschaft eines Schweizer eine Gefährdung der Schweizerischen Wehrkraft bzw. Neutralitätspolitik bewirken kann. Andere Straftatbestände, die ein Täter während dem fremden Militärdienst verübt, sind von den entsprechenden Normen des bürgerlichen Strafrechts erfasst. Sollte im Hinblick auf die Terrorismusbekämpfung – sei dies im Zusammenhang mit zurückkehrenden „Dschihad-Reisenden“ oder jede andere Form von Terrorismus – die aktuelle Rechtslage jedoch nicht ausreichen, muss die Abhilfe in den entsprechenden Strafgesetzen geschaffen werden. Das Füllen allfälliger Gesetzeslücken sollte m.E. nicht über eine Ausweitung des Verbots des fremden Militärdienstes gemäss Art. 94 MStG geschehen, dafür wurde und ist diese Norm nicht geschaffen.

¹⁵¹ Interview mit Bundesanwalt Lauber vom 10.01.2014 der Bilanz. Aufgerufen unter <http://www.bilanz.ch/people/michael-lauber-unsere-risiken-steigen-340859> - zuletzt besucht am 12.08.2015.

Erklärung:

Ich bestätige mit meiner Unterschrift, dass ich die vorliegende Arbeit selbständig ohne Hilfe Dritter verfasst habe und in der Arbeit alle verwendeten Quellen angegeben habe. Ich nehme zur Kenntnis, dass im Falle von Plagiaten auf Note 1 erkannt werden kann.

Winterthur, 13. August 2015

Tobias Kühne