

00726

**Erlöschen der Strafgewalt zufolge Verjährung -
Konsequenzen für die Rechtsnatur der Verjährung und
für Fragen der Auslieferung**

von

Prof. Dr. Martin Schubarth

Übersicht

I. Einleitung

II. Der Fall Polanski

III. Verjährung; Erlöschen der Strafgewalt

A. Gründe für das Institut der Verjährung

B. Materiellrechtliche Konsequenzen der Verjährung

IV. Verlängerung von bestehenden Verjährungsfristen;
Gesetzgebungspraxis

A. Grundsätze

B. Praxis der Gesetzgebung

1. Lex Menten

2. Sexualdelikte mit Kindern

a. Revision StGB 1997

b. Revision StGB 2001

c. Unverjährbarkeitsinitiative 2008

3. Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Revision 2010

C. Ergebnis: Erlöschen der Strafgewalt endgültig

V. Konsequenzen für die Auslieferung

A. Übertragung der entwickelten Grundsätze auf das Auslieferungsrecht.

B. Konsequenzen für das intertemporale Vertragsrecht

VI. Bedeutung des Grundrechtes auf Vertrauensschutz und Rückwirkungsverbot

A. Bindung des Gesetzgebers

B. Rückwirkungsverbot im Bereich des Strafrechtes

C. Konsequenzen für die Auslieferung

VII . Schlussbemerkung

I. Einleitung

Grundfragen der Verjährung werden in der Wissenschaft eher stiefmütterlich behandelt. Das steht in einem gewissen Widerspruch zu der praktischen Bedeutung, die der Verjährung im Alltag des Strafverfahrens und gelegentlich auch in Auslieferungsverfahren zukommt.

So wird in der Diskussion über die *Rechtsnatur“ der Verjährung und über die Grenzen der Zulässigkeit von Rückwirkung oft mit begriffsjuristischen Schablonen gearbeitet und daraus werden begriffsjuristische Schlüsse gezogen. Eine solche „Methode“, die die konkreten Sachprobleme ausblendet, ist abzulehnen, weil sie nur zu formal begründeten Ergebnissen führt und weil sie überdies auf sachlich nicht reflektierten und damit sachlich nicht begründeten Prämissen beruht.

Definiert man die Verjährung als ein Instrument des Verfahrensrechts und geht man von der Prämisse aus, im Verfahrensrecht sei Rückwirkung ohne jede Einschränkung zulässig, dann ist natürlich das begriffsjuristische Rennen gelaufen. Entsprechendes gilt, wenn man begriffsjuristisch von der verwaltungsrechtlichen Natur des Rechtshilfeverfahrens und damit auch von der Auslieferung ausgeht und zugleich der

Prämisse huldigt, die verwaltungsrechtliche Natur schliesse die Anwendung des Grundsatzes der Nichtrückwirkung aus. Argumentationen auf einem solchen begriffsjuristischen Niveau sind blutleer, da sie sich mit den zugrundeliegende Sachproblemen nicht befassen.

II. Der Fall Polanski

Die hier angesprochenen Probleme wurden in letzter Zeit besonders deutlich im Auslieferungsfall Polanski, in welchem man die Verjährungsproblematik vorschnell auf Grund der soeben skizzierten Überlegungsmuster nicht zur Kenntnis nehmen wollte und am Ende mit etwas gesuchten und nicht sehr überzeugenden Gründen das Begehren der USA um Auslieferung ablehnte.

Wo lag das verjährungsrechtliche Problem im genannten Fall ? Im Auslieferungsvertrag zwischen der Schweiz und den USA vom 14. Mai 1900¹, in Kraft vom 29. März 2001 bis zum 9. September 1997 (nachstehend altAVUS), hatten die Schweiz und die USA ausdrücklich vereinbart, dass die in der Schweiz eingetretene Verjährung einer Auslieferung in die USA im Wege steht.² Die Verjährung nach dem Recht des *ersuchten* Staates stand also einer Auslieferung entgegen. Im neuen Auslieferungsvertrag vom 14. November 1990, in Kraft seit 10. September 1997 (nachstehend AVUS³), wird demgegenüber nur noch die Verjährung gemäss dem Recht des *ersuchenden* Staates als Verjährungshindernis aufgeführt⁴, woraus, wenn auch nicht unbestritten, geschlossen wird, dass die Verjährung nach dem Recht des ersuchten Staates, im vorliegenden Zusammenhang also der Schweiz, unbeachtlich sei. Dann stellt sich allerdings die Frage, ob dies auch in Fällen gilt, wo die Auslieferung auf Grund des alten Auslieferungsvertrages wegen Eintritts der Verjährung nicht mehr möglich war.

Im Fall Polanski ist von folgenden Daten auszugehen: Das ihm vorgeworfene Delikt wurde am 11. März 1977 begangen. Diese Straftat war nach dem damaligen schweizerischen

¹ Bereinigte Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen 1848-1947, Band 12, 267 ff.

² Art. VIII altAVUS.

³ SR 0.353.964.5

⁴ Art. 5 AVUS.

Verjährungsrecht nach fünfzehn Jahren, also seit dem 11. März 1992⁵, absolut verjährt. Daraus folgt: Seit dem 11. März 1992 konnten die USA auf Grund einer klaren vertraglichen Vereinbarung die Auslieferung von Polanski nicht mehr verlangen und die Schweiz durfte ihn seit diesem Zeitpunkt nicht mehr ausliefern.

Hat sich daran etwas mit dem Inkrafttreten des neuen Auslieferungsvertrages am 10. September 1997, also nachdem während fünf Jahren und sechs Monaten eine Auslieferung ausgeschlossen war, etwas geändert? Der neue Vertrag findet auf strafbare Handlungen Anwendung, die sowohl vor wie auch nach Inkrafttreten des neuen Vertrages begangen wurden.⁶ Damit wird keine Antwort auf die Frage gegeben, ob der neue Vertrag sogar dann zur Anwendung kommen soll, wenn auf Grund des alten Vertrages die Auslieferung für eine ursprünglich auslieferungsfähige Tat zufolge Eintritts der absoluten Verjährung nach schweizerischem Recht zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Vertrages endgültig ausgeschlossen war.

Eine Beantwortung dieser Frage setzt voraus, dass man sich mit der Bedeutung der Verjährung auseinandersetzt. Nachstehend wird deshalb zunächst dargelegt, weshalb die Regeln betreffend die Verjährung ein fundamentales Prinzip des materiellen Rechtes darstellen, weil sie den Umfang der staatlichen Strafgewalt bestimmen. Daran schliesst sich eine Analyse der schweizerischen Rechtspraxis zur Frage, ob und inwieweit eine Verlängerung von Verjährungsfristen zulässig ist. Dann wird diskutiert, welche Konsequenzen sich daraus für die Auslieferung ergeben. Schliesslich wird auf die verfassungsrechtliche Dimension des Vertrauensschutzes und des Rückwirkungsverbot eingegangen.

III. Verjährung; Erlöschen der Strafgewalt

A. Gründe für das Institut der Verjährung

⁵ Nach dem damaligen schweizerischen Recht, Art. 72 Ziff. 1 aStGB, ruhte die Verjährung, solange der Täter im Ausland eine Freiheitsstrafe verbüsst. Polanski befand sich 1977 während kurzer Zeit in einem Freiheitsentzug. Sollte es sich dabei um die Verbüsung einer Freiheitsstrafe gehandelt haben, was offenbar ungeklärt ist, wäre die absolute Verjährung nach dem damaligen Recht der Schweiz etwas später eingetreten, was aber die hier erörterte Problematik nicht berührt.

⁶ Art. 22 AVUS.

Das Institut der strafrechtlichen Verfolgungsverjährung⁷ ist ein grundlegendes Prinzip der schweizerischen Rechtsordnung. Für das Institut der Verjährung sprechen verschiedene Gründe.⁸

Zum einen lässt die Notwendigkeit, einen Konflikt mit der Rechtsordnung zu beurteilen und durch Bestrafung zu erledigen, mit der Zeit nach; Unrecht und Schuld mindern sich durch Zeitablauf, wie Art. 48 lit. e und Art. 101 Abs. 2 StGB deutlich machen, und erlöschen schliesslich.⁹ „Das schuldhafte Unrecht wird zur geschichtlichen Begebenheit.“¹⁰

Die Verjährung trägt auch der Tatsache Rechnung, dass sich die Identität des Täters im Laufe der Zeit wandeln kann.¹¹ Wer erst nach vielen Jahren vor seinem Richter steht, ist auf Grund seiner Entwicklung eine andere Persönlichkeit als diejenige, die seinerzeit die Straftat begangen hat.

Nach der neueren Hirnforschung kann sich das Gehirn im Laufe der Zeit massiv verändern. Auch dieser Gesichtspunkt, der von der Strafrechtswissenschaft noch vertieft zu prüfen wäre, könnte ein Argument für die Verjährung bilden.

Je länger die Straftat zurückliegt, desto schwieriger wird ihre Aufklärung und die Beweisführung. Die Sicherheit einer exakten forensischen Rekonstruktion einer Straftat sinkt mit der Zeit¹² und umgekehrt erhöht sich das Risiko von Fehltritten.

B. Materiellrechtliche Konsequenzen der Verjährung

Verfolgungsverjährung bedeutet den Untergang des

⁷ Art. 97, 98 und 101 StGB.

⁸ Siehe dazu bereits M. Schubarth, Das neue Recht der strafrechtlichen Verjährung, ZStrR 2002, 321 ff.

⁹ Vgl. G. Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. A. Berlin 1991, 345.

¹⁰ Jakobs (Fn. 9) 345.

¹¹ Jakobs (FN. 9) 345.

¹² Jakobs (Fn. 9) 345.

staatlichen Strafanspruchs durch Zeitablauf.¹³ Sie ist eine negative Strafbarkeitsvoraussetzung.¹⁴ Als Strafaufhebungsgrund ist sie ein Institut des materiellen Rechts.^{15 16} Das ergibt sich im übrigen auch aus der Unverjährbarkeitsregel von Art. 101 StGB.¹⁷ Die Verjährung tilgt den staatlichen Strafanspruch („Extinktivverjährung“), weshalb sie materiellrechtlicher Natur ist.¹⁸ Bloss als Folge davon kann keine Strafklage mehr erhoben werden; diese prozessuale Folge ist nur der notwendige Reflex des Prozessrechtes, dem grundsätzlich dienende Funktion zukommt, auf eine vom materiellen Recht angeordnete Wirkung.¹⁹ Die Verjährung bewirkt das Ende des materiellen Strafanspruches mit der prozessualen Folge, dass die Untersuchung nicht eingeleitet werden darf oder einzustellen ist respektive die Strafklage abzuweisen ist, weil der Staat keinen Strafanspruch mehr hat.²⁰ Die Verjährung bewirkt den Verlust des Strafanspruches des Staates; sie hat deshalb

¹³ E. Hafter, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechtes, Allgemeiner Teil, 2. A. Bern 1946, 430; Ph. Thormann/A. von Overbeck, Das schweizerische Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil, Zürich 1940, vor Art. 70 ff. N 1; V. Schwander, Das schweizerische Strafgesetzbuch, 2. A. 1964, 217; P. Logoz/Y. Sandoz, Commentaire du Code Pénal suisse, 2. A. Neuchâtel 1976, vor Art. 70 ff. N 1; S. Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich 2008, vor Art. 97 N1; F. Riklin, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Zürich 2007, 302; P. Müller, Basler Kommentar, 2. A. 2007, vor Art. 97 N 27; J. Hurtado Pozo, Droit pénal, Partie générale, Zürich 2008, 533; G. Kolly, Commentaire Romand Code Pénal I, Basel 2009, Art. 97 N 1.

¹⁴ Riklin (Fn. 13) 302.

¹⁵ Vgl. Trechsel (Fn. 13) Art. 97 N 5; Riklin (Fn. 13) 302.

¹⁶ Ebenso für das österreichische Recht Eva Fuchs, Wiener Kommentar, 2. A. Wien 2010, Vorbemerkungen zu den §§ 57-60 n 1 ff.; E. E. Fabrizy, Strafgesetzbuch, 9. A. Wien 2006, § 57 N 2; Otto Triffterer, Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil, 2. A. Wien 1994, 499 ff.

¹⁷ Trechsel (Fn. 13) Art. 97 N 5.

¹⁸ Hafter (Fn. 13) 431.

¹⁹ Vgl. Hafter (Fn. 13) 431.

²⁰ Thormann/von Overbeck (Fn. 13) vor Art. 70 ff. N1; Schwander (Fn. 13) 217; Müller (Fn. 13) vor Art. 97 N 45.

materielle Bedeutung.^{21 22}

Die Strafbarkeit nach den Strafbestimmungen des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches besteht immer nur unter der Bedingung, dass die übrigen im Allgemeinen Teil geregelten Voraussetzungen der Strafbarkeit erfüllt sind, wie vor allem die subjektive Tatseite (Vorsatz, gegebenenfalls Fahrlässigkeit, gegebenenfalls besondere subjektive Tatbestandsmerkmale) und das Fehlen einer rechtfertigenden oder schuldausschliessenden Sachlage. Zu diesen Voraussetzungen der Strafbarkeit gehört insbesondere auch, dass die staatliche Strafgewalt besteht und nicht etwa als Folge des Eintritts der Verjährung erloschen ist. Bei all diesen Voraussetzungen der Strafbarkeit handelt es sich um materielle Voraussetzungen der Strafbarkeit.

Erweist sich im Laufe des Verfahrens, dass eine materielle Voraussetzung der Strafbarkeit nicht gegeben ist respektive sich nicht nachweisen lässt, dann führt dies je nach Verfahrensstand zu Einstellung oder zu Freispruch. Diese prozessuale Konsequenz ist aber nur die prozessuale Kehrseite der materiellen Rechtslage. Weshalb dies anders sein soll, wenn sich im Laufe des Verfahrens erweist, dass der staatliche Strafanspruch wegen Zeitablaufs erloschen ist, ist nicht einzusehen. Im übrigen: Noch nie ist jemand auf die - absurde - Idee gekommen, Fragen der Verjährung oder sogar das Prinzip der Unverjährbarkeit²³ nicht im materiellen Recht, sondern im Strafprozessrecht zu regeln.

Die Verjährung zivilrechtlicher Forderungen ist unstrittig eine Frage des materiellen Rechtes²⁴, wie die zahlreichen Bestimmungen dazu im Obligationenrecht und in

²¹ P. Popp, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2001, 170.

²² In der deutschen Lehre wird mehrheitlich angenommen, die Verjährung sei ein Prozesshindernis; vgl. Schönke/Schröder/Stree/D. Sternberg-Lieben, Strafgesetzbuch, 27. A. München 2006, vor §§ 78 ff. N 3; W. Mitsch, Münchener Kommentar, München 2005, § 78 N 1; J. Schmid, Leipziger Kommentar, 12. A. Berlin 2008, vor § 78 N 7 ff. Allerdings beschleicht einen bei der Lektüre dieser Passagen den Eindruck, dass die Problematik nicht mit der Tiefenschärfe ausgeleuchtet wird, wie dies früher in der deutschen Forschung üblich war.

²³ Vgl. StGB 101.

²⁴ K. Spiro, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalfristen, Bern 1975, 573.

Spezialgesetzen zeigen.²⁵ Ist eine eingeklagte Forderung verjährt, so wird die Klage materiell abgewiesen, da sich die Verjährung gegen die Forderung selbst richtet²⁶ und nicht etwa durch Nichteintreten oder Abweisung „angebrachtermassen“²⁷ prozessual erledigt. Gründe dafür, dass dies bei der strafrechtlichen Verjährung anders sein soll, sind nicht ersichtlich. Im übrigen besteht auf Grund einer klaren Regelung des Zivilrechtes ein sachlicher Konnex zwischen zivilrechtlicher und strafrechtlicher Verjährung: Ist die strafrechtliche Verjährung länger als die zivilrechtliche, so gilt sie auch für das Zivilrecht.²⁸ Diese offensichtliche Verwandtschaft zwischen zivilrechtlicher und strafrechtlicher Verjährung zeigt, wie widersprüchlich es wäre, von unterschiedlichen „Rechtsnaturen“ der zivilen und der strafrechtlichen Verjährung auszugehen und dass eine solche Auffassung zu einem schwer nachvollziehbaren Schisma führen würde.

Auch die Verjährung und Verwirkung öffentlich-rechtlicher Forderungen ist materiellrechtlicher Natur.²⁹

Das materielle Strafrecht kennt Regeln betreffend den zeitlichen³⁰ und den räumlichen³¹ Geltungsbereich des Strafrechtes. Auch diese Regeln bestimmen und begrenzen die Reichweite der schweizerischen Strafgewalt. Sie finden eine Ergänzung in den Bestimmungen betreffend das Erlöschen der Strafgewalt zufolge von Verjährung.

IV. Verlängerung von bestehenden Verjährungsfristen; Gesetzgebungspraxis

A. Grundsätze

Zur Frage, ob und inwieweit Verjährungsfristen in bezug auf bereits begangene Straftaten verlängert werden dürfen, hat sich in der schweizerischen Gesetzgebungspraxis eine klare von rechtsstaatlichen Grundsätzen geprägte Lösung entwickelt.

²⁵ Vgl. nur Art. 60, 67 und 127 ff. OR.

²⁶ Spiro (Fn. 24) 458.

²⁷ Spiro (FN. 24) 458.

²⁸ Art. 60 Abs. 2 OR; vgl. Spiro (Fn. 24) 197 ff.

²⁹ Vgl. Spiro (Fn. 24) 1573 ff.

³⁰ Art. 2 StGB.

³¹ Art. 3 ff. StGB.

Eine Verlängerung der Verjährungsfrist für bereits vorher begangene Straftaten ist dann und nur dann zulässig, wenn die Straftat zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der neuen längeren Verjährungsfrist noch nicht verjährt war. War sie zu diesem Zeitpunkt bereits verjährt, dann ist eine „Verlängerung“ der Verjährung unzulässig. Der Sache nach wäre dies auch keine Verlängerung der Verjährung, die ja bereits eingetreten ist, sondern die nachträgliche Aufhebung eines absoluten Strafverfolgungshindernisses. Ist nämlich die Verjährung einmal eingetreten, besteht ein absolutes Verfolgungshindernis. Die Möglichkeit der Strafverfolgung kann deshalb schon aus logischen Gründen nicht verlängert werden.

Der Sache nach wäre die Anwendung neuer verlängerter Verjährungsfristen auf eine Tat, die bereits vor dem Inkrafttreten der Verlängerung verjährt war, wie bereits bemerkt, die nachträgliche Aufhebung eines absoluten Verfolgungshindernisses. Eine solche wäre rechtsstaatlich unerträglich. Man denke nur an den Fall, dass jemand wegen Eintritts der Verjährung rechtskräftig freigesprochen wurde. Würde das Gesetz anordnen, dass eine neue längere Verjährungsfrist auch auf Sachverhalte Anwendung findet, die nach altem Recht bereits verjährt waren, hätte dies einen gravierenden Eingriff in ein bereits rechtskräftig abgeurteiltes Verfahren zur Folge. Nach rechtsstaatlichen Grundsätzen kann aber ein rechtskräftiges Urteil nur unter den engen Voraussetzungen einer Revision (Wiederaufnahme) aufgehoben werden. Dies gilt insbesondere bei der Revision zum Nachteil des Freigesprochenen. Eine nachträgliche Rechtsänderung - und die Verlängerung einer Verjährungsfrist ist eine Rechtsänderung - ist kein Revisionsgrund und kann keinesfalls zur Revision eines rechtskräftigen Freispruchs führen.

B. Praxis der Gesetzgebung

1. Lex Menten

Der Grundsatz, dass nur noch nicht abgelaufene Verjährungsfristen verlängert werden können, fand und findet im schweizerischen Recht stets uneingeschränkt Beachtung. Deutlich wurde dies, als 1983 erstmals die Unverjährbarkeit hoch qualifizierter Straftaten (Verbrechen gegen die

Menschlichkeit) in das Strafgesetzbuch eingeführt wurde.³² In der Übergangsbestimmung zu dieser neuen Verjährungsregelung wurde ausdrücklich festgehalten, dass das neue Recht nur gilt, wenn die Strafverfolgung nach bisherigem Recht zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts noch nicht verjährt war. Diese Bestimmung wurde im Zusammenhang mit der Totalrevision des Allgemeine Teils des Strafgesetzbuches in dieses übernommen³³, nachdem vorher in rechtsstaatlich fragwürdiger Weise in der systematischen Rechtssammlung nur in einer Fussnote auf die Regelung des Übergangsrechtes hingewiesen worden war.³⁴

Der Bundesrat war sich der Problematik der Rückwirkung von neuen längeren Verjährungsfristen voll bewusst. Er führte dazu aus: „Es sind keine Gründe ersichtlich, die einer Aufhebung der zeitlichen Beschränkung der Strafgewalt entgegenstehen, *solange diese nach geltendem Recht noch nicht erloschen ist.*“³⁵

Der Bundesrat ging also, wie sich durch Umkehrschluss aus diesen Ausführungen ergibt, davon aus, dass das Erlöschen der Strafgewalt auf Grund eingetretener Verjährung aus rechtsstaatlichen Gründen jeder „Verlängerung“ der Verjährung einen Riegel schiebt. Denn der Sache nach würde es sich dabei nicht um eine Verlängerung der Verjährung handeln, sondern vor allem und in erster Linie um die Wiederbelebung einer bereits erloschenen Strafgewalt, was unvereinbar wäre mit dem verfassungsrechtlich garantierten Schutz von staatlich erwecktem Vertrauen. Eine solche Lösung würde, wie der Bundesrat ausdrücklich bemerkt, das Vertrauensprinzip verletzen.³⁶

Denn die rückwirkende Wiedereröffnung bereits abgelaufener Verjährungsfristen ist nach allgemeinen rechtsstaatlichen

³² Art. 75bis aStGB, jetzt Art. 101 StGB; sogenannte „Lex Menten“, eingefügt in das Strafgesetzbuch im Zusammenhang mit der Verabschiedung des Rechtshilfegesetzes (IRSG), vgl. Zusatzbotschaft vom 6. 7. 1977, BBl 1977 II 1247.

³³ Art. 101 Abs. 3 StGB.

³⁴ Vgl. die Kritik bei Schubarth (Fn. 8) 355 Fn. 20.

³⁵ BBl 1977 II 1259, Hervorhebung nicht im Original.

³⁶ BBl 1977 1258.

Grundsätzen abzulehnen.³⁷ Die Wiederöffnung bereits abgelaufener Verjährungsfristen verletzt das Vertrauen des Täters, vor weitere Verfolgung endgültig sicher zu sein.³⁸ Durch den Ablauf der Verjährungsfrist erlischt der staatliche Strafanspruch endgültig.³⁹ Die rückwirkende Wiedereröffnung einer bereits abgelaufenen Verjährungsfrist käme einer rückwirkenden Neubegründung der Strafbarkeit gleich.⁴⁰

2. Sexualdelikte mit Kindern

Der Grundsatz der Nichtrückwirkung neuer längerer Verjährungsfristen auf bereits verjährte Straftaten wurde in der Folge stets strikte beachtet.

a. Revision StGB 1997

So wurde 1997 im Zusammenhang mit der Verlängerung der Verjährungsfrist für sexuelle Handlungen mit Kindern von bisher fünf auf nun zehn Jahre ebenfalls bestimmt, dass die neue längere Frist nur Anwendung findet auf altrechtliche Taten, sofern die Verjährung für die altrechtliche Tat zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts noch nicht eingetreten war.⁴¹

b. Revision StGB 2001

Die gleichen Grundsätze wurden im Jahre 2001 beachtet, als bei gewissen Straftaten, die sich gegen Kinder richten, die Verfolgungsverjährung mindestens bis zum vollendeten 25. Altersjahr des Opfers verlängert wurde.⁴²

c. Unverjährbarkeitsinitiative 2008

³⁷ H.-H. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, 4. A. Berlin 1988, 813; S. Zimmermann, Strafrechtliche Vergangenheitsaufarbeitung und Verjährung, Freiburg i. Br. 1997, 190.

³⁸ H. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. A. Berlin 1969, 24.

³⁹ H.-J. Rudolphi/ J. Wolter, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7./8. A. Februar 2005, vor § 78 N 2.

⁴⁰ Rudolphi/Wolter (Fn. 39) vor § 78 N 2 mit Hinweisen.

⁴¹ Bundesgesetz vom 21. 3. 1997, in Kraft seit 1. 9. 1997 betreffend Aufhebung von Art. 187 Ziff. 5 StGB, Übergangsregelung in Art. 187 Ziff. 6 StGB; vgl. dazu Schubarth (Fn. 8) 332 und 335.

⁴² Bundesgesetz vom 5. Oktober 2001, Art. 97 Abs. 2 aStGB; Übergangsregelung in Art. 70 Abs. 4 aStGB, jetzt Art. 97 Abs. 4 StGB.

In der Volksabstimmung vom 30. November 2008 wurde die Unverjährbarkeit der Strafverfolgung bei sexuellen und pornografischen Straftaten mit Kindern vor der Pubertät auf Verfassungsebene eingeführt.⁴³ Es besteht Einigkeit, dass auch diese neue auf Verfassungsebene eingeführte Verlängerung der Verjährung keine Anwendung findet auf Straftaten, bei denen die Verjährung zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der neuen Verfassungsbestimmung bereits eingetreten, die Strafgewalt also bereits erloschen war.

3. Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Revision 2010.

Die gleichen Grundsätze wurden neuerdings beachtet bei der Einführung von Art. 264a in das Strafgesetzbuch (Verbrechen gegen die Menschlichkeit) durch Bundesgesetz vom 18. Juni 2010.⁴⁴ Die Unverjährbarkeit dieser neuen Strafbestimmungen findet nur Anwendung auf Straftaten, die nach bisherigem Recht noch nicht verjährt waren.⁴⁵

C. Ergebnis: Erlöschen der Strafgewalt endgültig

Was ist das Fazit all dieser Gesichtspunkte zur Frage, was das Erlöschen der Strafgewalt zufolge Verjährung bedeutet? Die Antwort ist eindeutig: Ist die Strafgewalt wegen Verjährung erloschen, so ist dies endgültig. Eine nachträgliche Wiederbelebung der Strafgewalt durch neue längere Verjährungsfristen ist nicht möglich. Das ist die klare Bilanz der schweizerischen Gesetzgebungspraxis und neuerdings auch Verfassungspraxis.

V. Konsequenzen für die Auslieferung

A. Übertragung der entwickelten Grundsätze auf das Auslieferungsrecht

Wird in einem Gesetz, so in Art. 5 Abs. 1 lit. c IRSG, oder in einem Auslieferungsvertrag, so in Art. VIII altAVUS, statuiert, dass der Eintritt der Verjährung nach schweizerischem Recht einer Auslieferung entgegensteht, stellt sich die Frage, ob die hier entwickelten Grundsätze auch auf das Auslieferungsrecht zu übertragen ist. Diese Frage ist zu bejahen.

⁴³ Art. 123b BV, in Kraft seit 30. November 2008.

⁴⁴ BBl 2010 4277 ff.; dazu Botschaft BBl 2008 3914.

⁴⁵ Art. 101 Abs. 2 Satz 2 StGB in der neuen revidierten Fassung.

Denn wenn das IRSG für die Frage der Zulässigkeit der Auslieferung auf das materielle Recht Bezug nimmt, hier auf das Erlöschen des schweizerischen Strafanspruchs wegen eingetretener Verjährung, dann kann für das Recht der Schweiz, jemanden an einen ausländischen Staat auszuliefern, nichts anderes gelten als für das Recht der Schweiz, jemanden in der Schweiz zu verfolgen. Das bedeutet: Ist einmal die Verjährung nach schweizerischem Recht eingetreten, dann erlöscht nicht nur die Strafgewalt der Schweiz, sondern auch auch das Recht, jemanden auszuliefern, also die Auslieferungsgewalt. Eine nachträgliche Änderung der Verjährungsregeln, insbesondere die nachträgliche Verlängerung von Verjährungsfristen, kann also auf Fälle, wo die Strafgewalt und damit das Recht zur Auslieferung, also die Auslieferungsgewalt, erloschen sind, keine Auswirkungen haben.

Das ergibt sich übrigens auch aus der Ausnahmeregel von Art. 110 Abs. 3 IRSG, wo bei Verbrechen gegen die Menschlichkeit (und ausschliesslich bei diesen) statuiert wird, dass der Bundesrat (und nur dieser) einem Ersuchen um Auslieferung auch dann entsprechen kann, wenn die Tat im Zeitpunkt der Inkrafttretens der Unverjährbarkeitsregel für diese Delikte bereits verjährt war. Daraus ist zu schliessen, dass dies bei allen anderen Delikten nicht möglich ist.

Entsprechendes muss gelten, wenn in einem Auslieferungsvertrag vereinbart wird, dass die Verjährung nach schweizerischem Recht der Auslieferung entgegensteht. Auch hier bewirkt das Erlöschen der schweizerischen Strafgewalt wegen Verjährung zugleich ein Erlöschen des Auslieferungsrechtes. Und wenn ein ausländischer Staat, wie die USA im altAVUS, ausdrücklich anerkennen, dass mit dem Eintritt der Verjährung nach schweizerischem Recht sein „Recht“ auf Auslieferung ebenfalls erlischt, dann ist das endgültig. Denn in der Anerkennung, dass das Recht der Schweiz betreffend die Verjährung den „Anspruch“ des ausländischen Staates limitiert, liegt auch die Anerkennung, dass die in der Schweiz geltenden Rechtsprinzipien betreffend Grenzen der nachträglich Verlängerung von Verjährungsfristen respektiert wird. Das bedeutet, dass ein „Anspruch“ auf Auslieferung, wenn er einmal wegen der Verjährung nach schweizerischem Recht erloschen ist, nicht

wieder erstehen kann.

B. Konsequenzen für das intertemporale Vertragsrecht

Wird nach Eintritt der Verjährung gemäss schweizerischem Recht und damit dem Erlöschen des Rechtes auf Auslieferung in einem neuen Auslieferungsvertrag vereinbart, dass neu die Verjährung nach schweizerischem Recht einer Auslieferung nicht mehr entgegensteht, dann kann dies nur für Fälle gelten, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Vertrages noch nicht verjährt und damit noch auslieferungsfähig waren.

Auch eine ausdrückliche abweichende Regelung im neuen Auslieferungsvertrag - im AVUS findet sich keine solche, da Art. 22 AVUS die hier diskutierte Konstellation nicht anspricht - wäre unzulässig, da damit massiv gegen den Vertrauensgrundsatz verstossen würde, wie nachstehend dargelegt wird.

VI. Die Bedeutung des Grundrechtes auf Vertrauensschutz und Rückwirkungsverbot.

A. Bindung des Gesetzgebers

Der Grundsatz von Treu und Glauben ist ein grundlegendes Verfassungsprinzip. In der Bundesverfassung ist er gleich zweimal verankert.⁴⁶ Das Grundrecht auf Vertrauensschutz bindet nicht nur die rechtsanwendenden Behörden, sondern unter gewissen Voraussetzungen auch den Gesetzgeber.⁴⁷ Grundrechte binden alle staatlichen Organe. Aus dem grundrechtlichen Charakter von Treu und Glauben nach Art. 9 BV folgt daher die Bindung aller Organe, auch des Gesetzgebers an den Vertrauensschutz.⁴⁸ Der verfassungsrechtliche Vertrauensschutz bindet den Gesetzgeber unmittelbar.⁴⁹ Auch nach der Rechtsprechung des

⁴⁶ Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV.

⁴⁷ J. P. Müller/ M. Schefer, Grundrecht in der Schweiz, 4. A. Bern 2008, 31 mit Hinweisen; B. Weber-Dürler, Neuere Entwicklung des Vertrauensschutzes, ZBl 282 ff., 307.

⁴⁸ Vgl. E. Chiariello, Treu und Glauben nach Art. 9 BV der schweizerischen Bundesverfassung, Bern 2004, 143; J.-F. Aubert, Willkürverbot und Vertrauensschutz als Grundrecht, in: D. Merten/H.-J. Pieper (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte VII/2, Heidelberg und Zürich 2007, 723 ff. N 11 und 50.

⁴⁹ Chiariello (Fn. 48) 143.

Bundesgerichtes bindet der Grundsatz des Vertrauensschutzes den Gesetzgeber.⁵⁰

Auch das Rückwirkungsverbot ist in diesem Zusammenhang zu sehen. Es dient dem Schutz des kollektiven Vertrauens in die Geltung einer Norm.⁵¹

B. Rückwirkungsverbot im Bereich des Strafrechts

Fundamental ist das Rückwirkungsverbot im Bereich des Strafrechts, statuiert in Art. 2 Strafgesetzbuch, eine Bestimmung der von ihrem Gehalt her Verfassungsrang zukommt. Der Grundsatz findet sich auch in Art. 7 EMRK.

Welche Bedeutung das Rückwirkungsverbot für die Verjährung in der schweizerischen Gesetzgebungspraxis hat, wurde bereits dargelegt. Die Verjährungsfrist darf nur verlängert werden in Bezug auf Sachverhalte, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der neuen längeren Verjährungsfrist noch nicht verjährt waren.

C. Konsequenzen für die Auslieferung

In dieser ständigen Gesetzgebungspraxis kommt ein Verfassungsverständnis zum Ausdruck, das auch auf den vergleichbaren Fall der Verjährung im Recht der Auslieferung zu beachten ist. Ist die Auslieferungsgewalt erloschen, kann sie nicht nachträglich wiederhergestellt werden, weder durch Gesetz noch durch Vertrag.

Diese klare verfassungsrechtliche Schranke hatte die Schweiz beim Abschluss des neuen Auslieferungsvertrages mit den USA zu beachten und dies hat sie auch getan. Denn aus dem neuen Auslieferungsvertrag ist nichts Gegenteiliges ersichtlich. Im übrigen entspricht es einer elementaren Regel, dass in einen Staatsvertrag keine verfassungswidrige Lösung hineininterpretiert werden darf. Auf eine derartige rechtsstaatlich fragwürdige Vereinbarung hätte im übrigen in der Genehmigungsbotschaft ausdrücklich hingewiesen werden müssen. Diesbezüglich findet sich in der Botschaft aber kein Wort. Die Botschaft zählt die „wesentlichen Neuerungen“ auf, wobei sie sich nicht einmal generell zur Frage des Eintritts der Verjährung im ersuchten Staat äussert, geschweige denn zu

⁵⁰ BGE 128 II 112 E. 10.

⁵¹ T. Gächter, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, Zürich 2005, 162.

der hier diskutierten Rückwirkungsproblematik.⁵²

Im übrigen kann insoweit auch auf den sogenannten Helms-Report verwiesen werden.⁵³ Darin äussert man sich zu Art. 22 AVUS wie folgt: Wenn eine Verhaltensweise zum Zeitpunkt ihrer Begehung strafbar war, aber zu diesem Zeitpunkt *keine Vereinbarung* betreffend Auslieferung bestand, sei das Rückwirkungsverbot nicht verletzt, wenn erst nachträglich eine solche Vereinbarung getroffen werde. Ob dies zutrifft und ob eine solche amerikanische Auffassung für die Schweiz verbindlich wäre, sei hier dahingestellt.⁵⁴ Denn entscheidend ist, dass im altAVUS eine klare Vereinbarung getroffen wurde: Untergang der Auslieferungsgewalt mit Eintritt der Verjährung nach schweizerischem Recht. Die im Helms-Report genannte Voraussetzung, dass *keine* Auslieferungsvereinbarung vorliege, ist also offensichtlich nicht gegeben.

VII. Schlussbemerkung

Der Fall Polanski hat deutlich gemacht, wie gefährlich das immer stärker um sich greifende fraktionierte Schablonendenken sein kann. Die Auslieferung eines Individuums an einen ausländischen Staat und die damit in der Regel verbundene Auslieferungshaft sind massive Eingriffe in die Freiheitsrechte des Bürgers. Die Auslieferung ist nicht ein technischer Vorgang zwischen zwei Staaten, in dem der Betroffene nur das Objekt einer staatsvertraglichen Vereinbarung ist. Das Individuum ist heute als partielles Völkerrechtssubjekt anerkannt⁵⁵, weshalb ihm auch die Möglichkeit offen steht, gegen seine Auslieferung Rechtsmittel zu ergreifen. Der Vertrauensschutz und das Rückwirkungsverbot sind ihm gegenüber zu beachten. Das setzt aber voraus, dass man sich im Zusammenhang mit der Auslieferung mit den grundlegenden Rechtsprinzipien des

⁵² Botschaft zum AVUS, BBl 1991 I 79 ff., 85.

⁵³ Senate Executive Report 104-32 des Committee on Foreign Relations an den Senat vom 30. Juli 1996.

⁵⁴ Der Sache nach handelt es sich beim Helms-Report um eine einseitige Auslegungserklärung der USA. Eine solche vermag nach Völkergewohnheitsrecht die Schweiz nicht zu binden, da sie nicht nachträglich zu einer gemeinsamen Auslegungserklärung gemacht wurde.

⁵⁵ Vgl. dazu S. Hobe, Einführung in das Völkerrecht, 9. A. Tübingen und Basel 2008, 166 ff.

materiellen Rechtes und der Verfassung auseinandersetzt.