

---

BASLER KOMMENTAR

---

# Strafgesetzbuch II

Art. 111–401 StGB

Herausgeber

Marcel Alexander Niggli

Professor an der  
Universität Freiburg

Hans Wiprächtiger

Bundesrichter in  
Lausanne



Helbing & Lichtenhahn

Basel · Genf · München

fung, ob die angefochtene Entscheidung eidgenössisches Recht verletze (Art. 269 Abs. 1 BStP), ist nur möglich, wenn das Urteil – das dem Kassationshof einzusenden ist (Art. 274 Abs. 1 BStP) – schriftlich begründet wird und in der Begründung Tat- und Rechtsfragen auseinandergehalten werden. Daher ist bundesrechtlich zwingend vorgeschrieben, dass auch Urteile der Geschworenengerichte schriftlich begründet werden müssen (BGE 78 IV 134).

## Art. 366

**Parlamentarische Immunität. Strafverfolgung gegen Mitglieder der obersten Behörden**

<sup>1</sup> Die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 9. Dezember 1850 über die Verantwortlichkeit der eidgenössischen Behörden und Beamten und des Bundesgesetzes vom 26. März 1934 über die politischen und polizeilichen Garantien zugunsten der Eidgenossenschaft bleiben in Kraft.

<sup>2</sup> Die Kantone bleiben berechtigt, Bestimmungen zu erlassen, wonach:

a. die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder ihrer gesetzgebenden Behörden wegen Äusserungen in den Verhandlungen dieser Behörden aufgehoben oder beschränkt wird;

b. die Strafverfolgung der Mitglieder ihrer obersten Vollziehungs- und Gerichtsbehörden wegen Verbrechen oder Vergehen im Amte vom Vorentscheid einer nicht richterlichen Behörde abhängig gemacht und die Beurteilung in solchen Fällen einer besondern Behörde übertragen wird.

**Immunité parlementaire. Poursuite contre les membres des autorités supérieures**

<sup>1</sup> Demeurent en vigueur les dispositions de la loi fédérale du 9 décembre 1850 sur la responsabilité des autorités et fonctionnaires de la Confédération et celles de la loi fédérale du 26 mars 1934 sur les garanties politiques et de police en faveur de la Confédération.

<sup>2</sup> Les cantons conservent le droit d'édicter des dispositions:

a. Supprimant ou restreignant la responsabilité pénale des membres des autorités législatives des cantons à raison des opinions manifestées au cours des débats de ces autorités;

b. Subordonnant la poursuite pénale à l'autorisation préalable d'une autorité non judiciaire et attribuant le pouvoir de juger à une autorité spéciale, en ce qui concerne les crimes ou les délits commis dans l'exercice de leurs fonctions par les membres des autorités supérieures, exécutives ou judiciaires.

**Immunità parlamentare. Procedimento penale contro membri delle autorità**

<sup>1</sup> Rimangono in vigore le disposizioni della legge federale del 9 dicembre 1850 sulla responsabilità delle autorità e dei funzionari della Confederazione e quelle della legge federale del 26 marzo 1934 sulle garanzie politiche e di polizia in favore della Confederazione.

<sup>2</sup> I Cantoni conservano il diritto di emanare disposizioni:

a. che tolgono o limitano la responsabilità penale dei membri delle loro autorità legislative per espressioni usate durante deliberazioni di dette autorità;

b. che subordinano il procedimento penale per crimini o delitti commessi nell'esercizio delle loro funzioni da membri delle autorità amministrative e giudiziarie superiori cantonali all'autorizzazione preliminare di una autorità non giudiziaria, e deferiscono in tali casi il giudizio ad una autorità speciale.

Inhaltsübersicht	Note
I. Rechtsvergleichung .....	1
II. Geschichte .....	2
III. Immunität eidgenössischer Parlamentarier und Behörden .....	3
IV. Bundesrat, Bundesrichter und Bundesbeamte .....	7
V. Kantonale Parlamente .....	9
VI. Oberste kantonale Behörden .....	10
VII. Kasuistik .....	14

### Literatur

B. GADIENT, Die parlamentarische Immunität im Bund, FS der Bundesversammlung zur 700. Jahrfeier, Bern 1991, 281–298 (zit. Gadiant, FS-Bundesversammlung); M. WALLIMANN-BORNATICO, Die parlamentarische Immunität der Mitglieder des National- und Ständerates, ZBl 1988, 351–357 (zit. Wallimann-Bornatico, ZBl 1988); R. LANZ-BAUR, Die parlamentarische Immunität in Bund und Kantonen der CH, Diss. ZH-1963 (zit. Lanz-Baur, Immunität); A. MUFF, Die Strafverfolgung gegen die obersten administrativen und richterlichen Beamten der Kantone, Diss. ZH 1947 (zit. Muff, Strafverfolgung); N. RASELLI, Die Ermächtigung zur Strafverfolgung gegen Mitglieder der obersten kantonalen Behörden, FS SKG, 137–149 (zit. Raselli, FS-SKG).

### I. Rechtsvergleichung

- 1 Die parlamentarische **Immunität** stellt einen wesentlichen Bestandteil der Rechtsordnung praktisch aller europäischen und auch aussereuropäischen Staaten dar. Für Reden vor dem Parlament gilt in der Regel der Grundsatz der **Indemnität**, was bedeutet, dass der betreffende Parlamentarier für seine Reden in keinem Fall strafrechtlich zur Rechenschaft gezogen werden kann (vgl. Art. 46 Abs. 1 des deutschen Grundgesetzes, Art. 26 der französischen Verfassung, Art. 57 des österreichischen Bundes-Verfassungsgesetzes, Art. 68 der Verfassung von Italien). Für die übrige Tätigkeit sind die Parlamentarier in der Regel vor der Strafverfolgung geschützt, sofern nicht das Parlament selbst die Immunität aufhebt. In den oben erwähnten Staaten Deutschland, Frankreich, Österreich und Italien ist eine Strafverfolgung möglich, wenn der Abgeordnete auf frischer Tat bei der Begehung einer Straftat ergriffen wird. In Frankreich geniessen die Abgeordneten während der Dauer der Sessionen einen weitergehenden Schutz als in der übrigen Zeit, wo sie bloss gegen Verhaftungen geschützt sind und die Durchführung einer Strafverfolgung auch ohne Genehmigung des Parlaments möglich ist (Art. 26 der französischen Verfassung). In den übrigen genannten Staaten sind polizeiliche Ermittlungsverfahren oder Einleitung einer Strafverfolgung ohne Ermächtigung des Parlaments ausgeschlossen. Vor zivilrechtlichen Klagen und auch vor der Strafverfolgung wegen geringfügiger Übertretungen zum Beispiel im Bereich des Strassenverkehrsgesetzes, schützt die Immunität der Parlamentarier nicht. Keine Immunität geniessen in Deutschland Regierungsmitglieder, Beamte und Richter, währenddem in Österreich die Regierungsmitglieder des Bundes und der Länder für Amtsdelikte nur mit Beschluss des zuständigen Parlaments verfolgt werden dürfen. Über die Anklage entscheidet der Verfassungsgerichtshof (Art. 142 des österreichischen Bundes-Verfassungsgesetzes).

### II. Geschichte

- 2 Die Strafverfolgungsprivilegien sind in den Monarchien zum Schutz der Abgeordneten vor dem Zugriff der Regierenden entstanden. Nach französischem Vorbild fanden diese Privilegien auch in der Schweiz Eingang (MUFF, Strafverfolgung, 78 ff.). Diese Privile-

gien beschränkten sich allerdings nicht bloss auf die Mitglieder der Parlamente, sondern wurden auf Exekutivmitglieder und auf die Mitglieder der höchsten kantonalen Gerichte ausgedehnt und im Bund, wenn auch in etwas nuancierter Form, auch auf die Bundesbeamten (RASELLI, FS-SKG, 137).

### III. Immunität eidgenössischer Parlamentarier und Behörden

Art. 366 Abs. 1 verweist auf das Verantwortlichkeitsgesetz (VG) und auf das Garantiegesetz (GG). Gemäss Art. 2 des VG können National- und Ständeräte sowie Mitglieder des Bundesrates für Voten vor der Bundesversammlung und deren Kommissionen nicht strafrechtlich belangt werden (sog. **absolute Immunität oder Indemnität**). Gedeckt sind auch schriftliche Äusserungen zu Händen des Parlaments in Berichten oder parlamentarischen Vorstössen. Die Parlamentarier und Regierungsmitglieder sind für diese Äusserungen weder strafrechtlich noch zivilrechtlich verantwortlich (BGE 100 Ia 3).

Während der Sessionen der Bundesversammlung darf gegen die Mitglieder des Nationalrates und des Ständerates eine polizeiliche oder gerichtliche Verfolgung wegen Verbrechen oder Vergehen, welche sich nicht auf ihre amtliche Stellung beziehen, nur mit ihrer eigenen schriftlichen Zustimmung oder derjenigen des Rates, welchem sie angehören, eingeleitet werden (**Sessionsteilnahmegarantie oder Verfolgungsprivileg**, Art. 1 und 2 GG). Diese Immunität kann in einem relativ einfachen Verfahren aufgehoben werden. Es genügt das schriftliche Einverständnis des oder der Betroffenen und bei dessen Fehlen die Zustimmung des Rates, dem der oder die Betroffene angehört. Die vorsorgliche Verhaftung wegen Fluchtverdachts oder Ergreifens auf frischer Tat erfordert die nachträgliche Zustimmung des Rates, um die innerhalb von 24 Stunden nachgesucht werden muss, wenn der Verhaftete nicht sein schriftliches Einverständnis zur Haft gegeben hat. In den letzten Jahren ist Art. 1 GG selten zur Anwendung gekommen (vgl. WALLIMANN-BORNATICO, ZBI 1988, 353).

Die Parlamentarier, die Regierungsmitglieder und vom Parlament gewählte Behördenmitglieder geniessen weiter eine **relative Immunität** für strafbare Handlungen mit Bezug auf ihre amtliche Tätigkeit oder Stellung, die nur durch übereinstimmenden Beschluss beider Räte aufgehoben werden kann (Art. 14 VG). Diese Ermächtigung erfolgt in zwei Schritten: Zunächst ist der Zusammenhang zwischen der geltend gemachten strafbaren Handlung und der amtlichen Tätigkeit oder Stellung des Parlamentariers zu untersuchen, bevor anschliessend der eigentliche Entscheid über eine allfällige Aufhebung der Immunität gefällt wird. Bei diesem letzteren Entscheid ist eine Abwägung der in Frage stehenden öffentlichen Interessen vorzunehmen (vgl. BBI 2000, 649). Die Praxis der Räte war bisher recht grosszügig, indem den Ratsmitgliedern sehr weitgehende Immunität zuerkannt wurde und der Begriff der «amtlichen Tätigkeit» extensiv ausgelegt wurde (vgl. GADIANT, FS-Bundesversammlung, 292 ff. und die dort enthaltene Kasuistik).

Die Mehrheit der Rechtskommission des Ständerates wollte 1999 mit einer parlamentarischen Initiative die grosszügige Praxis der Räte in diesen Fällen einschränken, indem nur noch Handlungen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der amtlichen Tätigkeit stehen, der Ermächtigung beider eidgenössischen Räte bedürfen, um verfolgt werden zu können (BBI 2000, 654). Der Bundesrat hatte sich dieser Auffassung angeschlossen (BBI 1999, 9880). Der Nationalrat trat allerdings auch im Differenzbereinigungsverfahren nicht auf die Initiative ein und beschloss beim bisherigen Rechtszustand zu bleiben, womit dieses Thema endgültig vom Tisch war (AmtlBull NR vom 5.10.2000). Damit muss weiterhin von Fall zu Fall entschieden werden. Es entspricht offensichtlich dem

politischen Willen der grossen Kammer, den Immunitätsschutz möglichst weit auszuweiten, was den Volksvertretern zum Vorteil gereichen mag, aber letztlich die durch deren strafbare Handlungen Verletzten benachteiligt.

#### IV. Bundesrat, Bundesrichter und Bundesbeamte

- 7 Mitglieder des Bundesrates, der Bundeskanzler, eidgenössische Repräsentanten oder Kommissare sowie die Mitglieder des BGer können nur mit ihrer eigenen schriftlichen Zustimmung oder derjenigen des Bundesrates bzw. des Gesamtbundesgerichtes wegen Delikten verfolgt werden, die sich nicht auf ihre amtliche Stellung beziehen (Art. 4 GG).
- 8 Auch die eidgenössischen Beamten geniessen ein beschränktes Strafverfolgungsprivileg. Bezieht sich die strafbare Handlung auf ihre amtliche Tätigkeit oder Stellung (Ausnahme: SVG-Delikte), so können sie nur verfolgt werden, wenn eine Ermächtigung des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes vorliegt (Art. 15 VG). Als Prozessvoraussetzung (BGE 111 IV 40 E. 2c; 110 IV 47 E. 3a) ist diese Ermächtigung jener ähnlich, welche die Kantone gemäss Art. 366 Abs. 2 lit. b für die Mitglieder ihrer obersten Vollziehungs- und Gerichtsbehörden einführen können. Sie unterscheidet sich von dieser nur insofern, als sie «nur in leichten Fällen verweigert werden darf und sofern die Tat nach allen Umständen durch eine disziplinarische Massnahme des Fehlbaren als genügend geahndet erscheint» (Art. 15 Abs. 3 VG, vgl. RASELLI, FS-SKG, 139). De lege ferenda sollte dieses Privileg der Bundesbeamten abgeschafft werden. Es ist heute kaum verständlich, dass die Strafverfolgungsbehörden einen Lokomotivführer der SBB erst nach einem Ermächtigungsverfahren ins Recht fassen dürfen, währenddem ein von einer Privatbahn angestellter Lokomotivführer dieses Strafverfolgungsprivileg nicht geniesst. Während die Zweckmässigkeit der Immunität der Parlamentarier, des Bundesrates und der obersten Richter kaum angezweifelt wird, macht das Strafverfolgungsprivileg der Bundesbeamten kaum noch Sinn, da mit dem neuen Personalgesetz des Bundes auch die übrigen Beamtenprivilegien weitgehend abgeschafft wurden.

#### V. Kantonale Parlamente

- 9 Der Vorbehalt von Art. 366 Abs. 2 lit. a ist recht eng gefasst und gestattet es den Kantonen nur, den Mitgliedern ihrer Parlamente für die Reden vor dem Parlament absolute Immunität oder ein Strafverfolgungsprivileg zu gewähren. Für andere strafbare Handlungen können kantonale Parlamentsmitglieder auch während der Session ohne weiteres strafrechtlich verfolgt werden. Die Immunität gemäss Art. 366 Abs. 2 lit. a bezieht sich ebenfalls nicht auf Reden der kantonalen Regierungsmitglieder vor den Kantonsparlamenten. Regierungsmitglieder sind nur im Rahmen von Art. 366 Abs. 2 lit. b geschützt (vgl. N 10 ff.). Damit dürfen die Kantone ihren Exekutivmitgliedern keine absolute Immunität gewähren (RASELLI, FS-SKG, 138 f).

#### VI. Oberste kantonale Behörden

- 10 Art. 366 Abs. 2 lit. b belässt den Kantonen das Recht, in Abweichung vom Legalitätsprinzip ein **Ermächtigungsverfahren** für Verbrechen oder Vergehen der obersten kantonalen Behörden vorzusehen. Mit der Beschränkung auf die obersten kantonalen Behörden, soll den Kantonen verwehrt werden, das Strafverfolgungsprivileg auf sämtliche Behörden und Beamte auszudehnen. Das Verfolgungsprivileg gilt nach dem Ausscheiden aus dem Amt weiter (TRECHSEL, Kommentar, Art. 366 N 5; KGer GR, 3.4.1979, PKG 1979, Nr. 37). Für diesen Entscheid dürfen auch Gründe der politischen Opportu-

nität beigezogen werden (BGE 106 IV 43, 44 f.). Das BGer hat in BGE 120 IV 78 offen gelassen, ob die Kantone allenfalls berechtigt sind, die Strafverfolgung gegen untere kantonale Beamte oder gegen Gemeindebeamte vom Vorentscheid einer **richterlichen** Behörde abhängig zu machen. Mit TRECHSEL, Kommentar, Art. 366 N 5, ist diese Frage zu verneinen, da Art. 366 Abs. 2 lit. b ausdrücklich nur die obersten kantonalen Behörden erwähnt und die Einführung von Sondergerichten für subalterne kantonale Beamte oder Gemeindebeamte in dieser Bestimmung keine Stütze findet.

Nicht geklärt ist die Frage, wie sich das Strafverfolgungsprivileg zum eidgenössischen Opferhilfegesetz verhält. Gestützt auf Art. 8 Abs. 1 lit. b OHG kann das Opfer den Entscheid eines Gerichts verlangen, wenn das Verfahren nicht eingeleitet oder eingestellt wird. Diese Bestimmung wäre zweifellos dann erfüllt, wenn eine gerichtliche Behörde über die Ermächtigung entscheidet. Sofern eine politische Behörde entscheidet, entsteht ein unlösbarer Konflikt mit dem OHG, das dem Opfer den Anspruch auf einen Gerichtsentscheid gibt. Dieser Konflikt könnte nur so gelöst werden, dass die Bestimmung von Art. 366 Abs. 2 lit. b dem OHG als Spezialbestimmung vorgeht. Ein Weiterzug des Entscheides eines kantonalen Parlaments in einer Ermächtigungssache an ein kantonales Gericht in OHG-Sachen ist ausgeschlossen. Dagegen spricht gerade auch der Konflikt mit dem OHG dafür, die Bestimmung restriktiv auszulegen und das Strafverfolgungsprivileg strikt auf die obersten Vollziehungs- und Gerichtsbehörden zu beschränken.

Die Kantone haben hier ganz unterschiedliche Regelungen gefunden, die sogar zum Teil gegen die Einschränkungen von Art. 366 2 lit. b verstossen, indem sie allen Behörden oder Beamten das Privileg zukommen lassen (zB. SG und OW, vgl. RASELLI, FS-SKG, 142), oder indem sie das Verfolgungsprivileg auf alle Delikte, also auch die Übertretungen ausdehnen (z. B. ZH, TG, AR, JU etc., vgl. RASELLI, FS-SKG, 143). Diese Ausdehnungen sind dann problematisch, wenn eidgenössische Strafbestimmungen zur Anwendung kommen, was bei den meisten Delikten der Fall ist. So wäre zum Beispiel eine staatsrechtliche Beschwerde eines Bürgers nicht aussichtslos, wenn er gegen einen kantonalen Beamten Strafanzeige wegen Widerhandlungen gegen Bundesgesetze einreicht und der betreffende Kanton auf die Strafverfolgung verzichtet. Zu den OHG-Fällen kann auf N 11 oben verwiesen werden.

Andere Kantone machen vom Ermächtigungsprivileg überhaupt keinen Gebrauch, so z. B. die Kantone SH, GL, UR, NW, TI VS und VD (RASELLI, FS SKG, 140). Es wäre auch nicht ausgeschlossen, für die Beurteilung der obersten Behörden Sondergerichte vorzusehen. Diese Lösung steht mit der EMRK nicht im Widerspruch (vgl. TRECHSEL, Kommentar, Art. 366 N 6).

## VII. Kasuistik

Die umfangreichste Kasuistik besteht zur Frage der relativen Immunität der Parlamentarier. Wie in N 5 oben ausgeführt, wird der Begriff der amtlichen Tätigkeit extensiv ausgelegt. Bei der Frage, ob sich eine Straftat auf die amtliche Stellung oder auf die private Tätigkeit eines Ratsmitgliedes bezieht, ist es nicht massgebend, ob im konkreten Fall der amtliche Charakter der fraglichen Tätigkeit überwiegt; vielmehr besteht Immunität, wenn die Beziehung zum Amt nicht eindeutig ausgeschlossen werden kann (GADIANT, FS Bundesversammlung, 292). Von Bedeutung sei, ob jemand als Parlamentarier in Erscheinung trete und ob die allfällige Straftat politischer Natur sei (Votum des Kommissionspräsidenten Steinegger im Immunitätsfall von Nationalrat Oehler, Amt-Bull NR 1986, 1020). Die häufigsten Fälle sind Ehrverletzungsdelikte, die nicht nur

mündlich, sondern auch im Rahmen von privaten Veröffentlichungen der Parlamentarier begangen werden (GADIENT, FS-Bundesversammlung, 292 f.).

- 15 Häufig hatte sich das Parlament in der Vergangenheit auch mit Gesuchen zu befassen, welche die Aufhebung der Immunität von Bundesrichtern und von Bundesräten bezweckten. Mit Ausnahme des Verfahrens gegen Frau Bundesrätin KOPP wurden diese Gesuche bisher regelmässig abgewiesen (vgl. GADIENT, FS-Bundesversammlung, 294).
- 16 In Ermächtungsverfahren gegenüber obersten kantonalen Magistraten und Gerichten stellte sich die Frage, nach welchen Kriterien die kantonalen Behörden ihren Ermächtigungsentscheid zu treffen haben. Weil der Bundesgesetzgeber den Kantonen die Möglichkeit einräumt, den Ermächtigungsentscheid auch einer nicht richterlichen Behörde zu übertragen, schloss das BGer, dass im Bereich staatlicher Tätigkeit auch aufgrund ausserhalb des Strafrechts liegender Überlegungen auf ein Strafverfahren verzichtet werden könne. Als zulässige Entscheidungskriterien nannte das BGer ausdrücklich Opportunitätsgründe und staatspolitische Erwägungen (BGE 106 IV 44). Noch einen Schritt weiter geht die Praxis des Zürcher Kantonsrates, der in der Regel das Strafprivileg stützt, wenn nicht ausnahmsweise das Interesse des Gemeinwesens an einer Strafverfolgung grösser als der Vorteil der unbehinderten Amtsausübung der Magistraten ist. Mit dieser Begründung wurden sogar Ermächtigungsgesuche wegen Freiheitsberaubung und Ehrverletzung von der Hand gewiesen (RASELLI, FS-SKG, 146).
- 17 In denjenigen Kantonen, in welchen eine richterliche Behörde über den Ermächtigungsentscheid befindet, wird der Entscheid vielfach nach strafrechtlichen Kriterien getroffen und die Ermächtigung erteilt, auch wenn aus Opportunitätsgründen verzichtet werden könnte. Das Ermächtigungsprivileg erschöpft sich in diesen Fällen in der Abwehr auf den ersten Blick haltloser und missbräuchlicher Anzeigen (vgl. Kantone OW und SG; RASELLI, FS-SKG, 147).

## Art. 367

### Verfahren bei Übertretungen

Die in diesem oder in andern Bundesgesetzen vorgesehenen Übertretungen sind, soweit sie der kantonalen Gerichtsbarkeit unterliegen, nach dem Verfahren zu behandeln, das der Kanton für Übertretungen vorschreibt.

Procédure en matière de contraventions

Pour autant qu'elles sont soumises à la juridiction cantonale, les contraventions prévues au présent code ou dans d'autres lois fédérales seront poursuivies et jugées d'après la procédure instituée par le canton pour les contraventions.

Procedura per le contravvenzioni

Le contravvenzioni previste nel presente Codice od in altre leggi federali, se soggiacciono alla giurisdizione cantonale, sono perseguite e giudicate secondo la procedura istituita dal Cantone per le contravvenzioni.

- 1 Die Vorschrift besitzt keine über Art. 343 hinausgehende Bedeutung und stellt nur klar, dass auch die bundesrechtlichen Übertretungen im gleichen Verfahren zu behandeln sind wie die entsprechenden kantonalen. Damit wird klargestellt, dass die Kantone die Möglichkeit besitzen, auch die eidgenössischen Übertretungen des Strafgesetzbuches und des Nebenstrafrechts in einem vereinfachten summarischen Verfahren zu beurteilen (Strafbefehls- oder Strafmandatsverfahren).