

Memorandum

Die Weitergabe von schweizerischem Kriegsmaterial im Eigentum von NATO Staaten und ihren Verbündeten an die Ukraine ist nach geltendem Recht zulässig

Thomas Cottier*

Bern, den 2.2.2023

1. Art. 18 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Kriegsmaterial (KMG, SR 514.51) legt fest, dass eine Ausfuhrbewilligung für die Lieferung an eine ausländische Regierung oder eines für diese tätige Unternehmung in der Regel nur erteilt wird, wenn eine Erklärung dieser Regierung vorliegt, dass das Material nicht wieder ausgeführt wird (Nichtwiederausfuhr-Erklärung). Der Wortlaut «in der Regel» impliziert bei Erstbewilligungen mögliche Ausnahmen vom Grundsatz des Verbotes des Weiterexportes an Drittstaaten. Die in Art. 18 Abs. 2 enthaltene Aufzählung ist nicht abschliessend formuliert. Art. 18 beinhaltet auch die Möglichkeit, nachträglich einem Weiterexport zuzustimmen und damit von der ursprünglichen Weiterexportbeschränkung abzusehen. Art. 5a Abs. 2 KMV (RS 514.511) impliziert diese Möglichkeit, wenn festgehalten wird, dass eine Wiederausfuhr nicht ohne Zustimmung der Bewilligungsbehörde erfolgen darf. Der Bundesrat kann die ursprüngliche Verfügung gemäss Art. 66 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) auf Antrag formell oder materiell anpassen, wenn neue erhebliche Tatsachen vorgebracht werden. Der verwaltungsrechtliche Widerruf umfasst auch die Änderung ursprünglich fehlerfreier Verfügungen und wird auch als Revision bezeichnet (Häfelin, Haller, Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage 2016, S. 262). Der Umstand eines offenen Angriffskriegs in Europa, mit dem das KMG und seine Revision nicht gerechnet hat, kann in Verbindung mit den nachstehend dargelegten völkerrechtlichen Wirkungen der Aggression (Ziff. 7 ff.) als erhebliche Tatsache herangezogen werden. Der Aussenpolitische Bericht des Bundesrates vom 1. 2. 2023 hält den Paradigmenwechsel klar fest: «Während die europäische Sicherheit seit Langem starke Krisensymptome zeitigte, hat Russland mit dem völkerrechtswidrigen Angriffskrieg eine neue Ausgangslage geschaffen» (S. 5).

2. Art. 19 Abs. 2 KMG legt fest, dass die Bewilligung suspendiert oder widerrufen werden kann, wenn ausserordentliche Umstände es erfordern. Die Bestimmung bezieht sich in erster Linie auf den Widerruf bereits erteilter Ausfuhrbewilligungen nach Art. 12 bis 17 KMG. Sie kann aber auch herangezogen werden, um erteilte Bewilligungen zu modifizieren und darin gemachte Auflagen im Sinne der in Art. 18 Abs. 1 enthaltenen Ausnahme von der Regel abzuändern. Die Bestimmung war nicht Gegenstand der Revision des KMG

* Prof. Dr. iur. Dr. h.c. mult., LL.M., Fürsprecher, Senior Research Fellow, World Trade Institute, Universität Bern, emeritierter Ordinarius für Europa- und Wirtschaftsvölkerrecht, Appellationsrichter an der WTO (MPIA). Dr. iur. Markus Mohler danke ich für Anregungen und kritische Durchsicht.

von 2021 (BBL 2021 623). Sie hat mit andern Worten nicht nur verschärfende Wirkung, sondern kann objektiv auch zu Erleichterungen herangezogen werden. Auch sie erlaubt daher die nachträgliche Bewilligung und Aufhebung eines Wiederausfuhrverbotes, wenn ausserordentliche Umstände vorliegen.

3. Das Gesetz definiert den Begriff der ausserordentlichen Umstände nicht und belässt ihn der Einzelfallentscheidung durch den Bundesrat. Die in Art. 22a KMG aufgelisteten Beurteilungskriterien beziehen sich ausdrücklich allein auf neue bewilligungspflichtige Ausfuhren nach Art. 20 und 22 KMG. Art. 18 und 19 KMG werden in der Bestimmung nicht aufgeführt. Der neue Art. 22a KMG kann nicht rückwirkend auf frühere Verträge angewendet werden. Die Bestimmung kommt auf bereits abgewickelte Verträge nach erfolgter Lieferung und Übertragung des Eigentums und der Verfügungsgewalt am Kriegsmaterial nicht zum Tragen. Art. 24b KMG bestätigt das Rückwirkungsverbot. Das in Art. 22a Abs. 2 lit. a KMG neu enthaltene absolute und ohne Rücksicht auf Angriffskriege geltende Ausfuhrverbot an ein Bestimmungsland, das in einem zwischenstaatlichen Konflikt verwickelt ist, kommt vorliegend daher nicht zur Anwendung. Massgebend ist für die Beurteilung eines Gesuches um Wiederausfuhr vielmehr der in der Präambel und in Art. 22 KMG enthaltenen Rekurs auf das Völkerrecht, die internationalen Verpflichtungen der Schweiz und ihre Grundsätze der Aussenpolitik, wie sie in Art. 54 BV festgehalten werden. Die gesetzliche Regelung sieht damit unter diesen Voraussetzungen grundsätzlich die Möglichkeit der Zustimmung zur Weitergabe von verkauftem Kriegsmaterial an eine Kriegspartei auf Grund der Einzelfallgerechtigkeit vor.

4. Der Angriffskrieg Russlands auf die Ukraine vom 24. Februar 2022 ist klarerweise als kaum vorsehbarer und erwarteter ausserordentlicher Umstand gemäss Art. 19 Abs. 2 KMG einzustufen, der eine Revision der Verfügung im Rahmen von Art. 18 Abs. 1 und von Art. 19 Abs. 2 KMG zulässt. Es liegt eine krasse Verletzung von Art. 2 Abs. 4 und weiterer Bestimmungen der UN Charta vor. Die Generalversammlung der Vereinten Nationen verurteilte das Vorgehen der Russischen Föderation umgehend am 2. März 2022 mit einer Mehrheit von 141 Staaten, darunter auch der Schweiz, 35 Enthaltungen und 5 Gegenstimmen (Resolution A/RES/ES 11/1). Sie verurteilte am 12. Oktober 2022 die Annexion von vier Regionen der Ukraine (Donetsk, Kherson, Luhansk und Zaporizhzhia) mit 143 Staaten, darunter auch der Schweiz, und 35 Enthaltungen (A/RES/ES11/4). Der Internationale Gerichtshof wies bereits am 16. März 2022 mit 13 zu 2 Stimmen Russland im Rahmen vorsorglicher Massnahmen an, die militärischen Operationen in der Ukraine unverzüglich einzustellen (*Ukraine v. Russische Föderation*, Order vom 16. März 2022). Das Verhalten der russischen Streitkräfte verletzt ebenso Art. 8 (Kriegsverbrechen) und Art 8bis (Verbrechen der Aggression) des Römer Statuts des Internationalen Strafgerichtshofes (SR 0.312.1) und wohl auch Bestimmungen der Genfer Abkommen über den Schutz von Zivilpersonen in Kriegszeiten (SR 0.518.51).

5. Der Bundesrat hat die Völkerrechtsverletzung Russlands wiederholt in einseitigen Erklärungen auch vor dem Sicherheitsrat der Vereinten Nationen und in seinem Aussenpolitischen Bericht vom 1.2.23 (oben Ziff. 1) bestätigt. Der Aussenminister hat mehrmals bekräftigt, dass sich die schweizerische Aussenpolitik an der Verteidigung des Völkerrechts und der multilateralen Ordnung orientiert. Selten war in den letzten Jahren eine völkerrechtliche Lage derart klar und unbestritten und in vollem Gegensatz zu den erklärten Zielen der schweizerischen Aussenpolitik (Art. 54 BV). Neben der Unabhängigkeit der Schweiz, aber ohne die Neutralität als Ziel zu nennen, trägt der Bund «namentlich bei zur Linderung von Not und Armut in der Welt, zur Achtung der Menschenrechte und zur Förderung der Demokratie.». Dazu trägt angesichts der heutigen Kriegslage und Haltung

Russlands der Einsatz von Munition und Waffen und anderem Kriegsmaterial wesentlich bei zum Schutz der Zivilbevölkerung der Ukraine auf deren Territorium, zum Schutz von Weizentransporten auf dem Schwarzen Meer auch zur Linderung des Hungers in Afrika, und zum Schutz der angegriffenen und durch Gewaltanwendung gefährdeten jungen ukrainischen Demokratie.

6. Dennoch hat der Bundesrat die eingegangenen Gesuche Deutschlands und Spaniens (Marder Munition) und Dänemarks (Mowag Fahrzeuge) teils wiederholt aus neutralitätspolitischen Gründen abgelehnt. Er tat dies zuerst unter Hinweis auf das KMG und in der Folge auf das Abkommen betreffend die Rechte und Pflichten der neutralen Mächte und Personen im Falle eines Landkrieges (5. Haager Abkommen, SR 0.515.21).

7. Art. 9 des 5. Haager Abkommens schreibt vor, dass alle Beschränkungen und Verbote u.a. im Bereich der Ausfuhr von Kriegsmaterial auf alle kriegsführenden Parteien gleichmässig anzuwenden. Das gilt nach vorherrschender Auffassung auch dort, wo landesrechtliche Vorschriften zum Handel mit Kriegsmaterial über das Neutralitätsrecht hinausgehen, einschliesslich der Einschränkungen privater Waffengeschäfte mit ausländischen Regierungen, die der Neutralitätspflicht nach Art. 7 Haager Konvention nicht unterstehen, aber nach Art. 2 und Art. 12 bis 18 KMG einer Ausfuhrbewilligung unterliegen. Der Bundesrat vertritt die Auffassung, dass einer Bewilligung der Gesuche Exportfreigaben in der Folge auch der Russischen Föderation gewährt werden müssten.

8. Das Haager Abkommen von 1907 entstammt der Zeit des europäischen Imperialismus, als Angriffskriege legitim und völkerrechtlich als Fortsetzung der Politik zulässig waren. Es spielte vor dem Ersten Weltkrieg überhaupt keine Rolle, ob ein Staat Angreifer oder Verteidiger seines Territoriums ist. Mit dem Brian-Kellogg Pakt von 1928 zwischen Frankreich und den USA (die nicht Mitglied des Völkerbundes war) begann sich die Ächtung des Angriffskrieges durchzusetzen. Sie fand ihre Verankerung in Artikel 2. Abs. 4 und weiteren Bestimmungen der Charta der Vereinten Nationen von 1945. Das Angriffsverbot fand in der Folge bald Eingang in das Völkergewohnheitsrecht und galt auch für die Schweiz als Nichtmitgliedsstaat der UNO. Seit ihrem Beitritt zur UNO am 10. September 2002 gilt es für die Schweiz auch als vertraglicher Grundsatz und Verpflichtung. Artikel 51 der UNO Charta erlaubt im Falle eines Angriffs und Verletzung von Art. 2 Abs. 4 UN Charta nicht nur die auch gewohnheitsrechtliche rechtmässige Selbstverteidigung des angegriffenen Staates. Alle Mitglieder der Vereinten Nationen sind vielmehr berechtigt, aber nicht verpflichtet, sich an der kollektiven Selbstverteidigung zu beteiligen und sich dem Angegriffenen zur Seite zu stehen. Das gilt auch für die Schweiz.

9. Das Recht der UNO und damit das moderne Völkerrecht unterscheiden damit klar zwischen Angreifer und angegriffenem Staat. Dieser Unterschied muss bei einer Anwendung und Auslegung von Art. 9 der 5. Haager Konvention zwingend berücksichtigt werden. Die Rechtsgleichheit besagt, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln (BGE 117 I a 257 E.3b). Dieser aristotelische Grundsatz verbietet eine formale Gleichheit allein gestützt auf die Staatlichkeit der Empfängerstaaten. Der Bundesrat hat auch in der Vergangenheit nicht auf Grund formaler Gleichheit entschieden. Er lieferte den Achsenmächten im Zweiten Weltkrieg weit mehr Kriegsmaterial auch aus staatlicher Schweizer Produktion als an die Alliierten (Schlussbericht der Unabhängigen Expertenkommission Schweiz – Zweiter Weltkrieg, 2. Aufl., Zürich 2002, S. 416-419). Bereits vor Geltung des völkerrechtlichen Angriffsverbotes berücksichtigte die Neutralitätspraxis so Kontext und die geopolitische Lage im Rahmen von Art. 7 der Haager Konvention, wenn auch aus heutiger Sicht aus zweifelhaften Motiven.

10. Heute dürfen Angreifer und Verteidiger rechtlich auf Grund des UN Rechts klarerweise nicht mehr gleichbehandelt werden. Die Erteilung einer Ausfuhrbewilligung an NATO Staaten und ihren Verbündeten (insbesondere Schweden und Finnland), welche der Ukraine im Rahmen der kollektiven Selbstverteidigung und im Rahmen ihres Verteidigungsbündnisses beistehen, führt nicht zur notwendigen Gleichbehandlung Russlands in der Anwendung von Art. 19 Abs. 2 KMG. Im Gegenteil. Die Bestimmung muss im Lichte der Einzelfallgerechtigkeit und im Einklang mit dem UN Rechts beurteilt werden. Denn gemäss Artikel 30 Abs. 3 der Wienervertragsrechtskonvention (VRK, SR 0.111) darf ein früherer Vertrag nur insoweit angewendet werden, als er mit dem späteren Vertrag – hier der UN Charta – vereinbar ist. Diese genießt Vorrang auch gemäss Art. 103 der Charta, wonach deren Verpflichtungen andern internationalen Übereinkünften vorgehen. Auch wenn sich die Schweiz nicht direkt an militärischen Massnahmen der kollektiven Selbstverteidigung beteiligt, darf sie den Aggressor nicht unterstützen. Art. 9 der Haager Konvention ist daher im Kontext offener Angriffskriege obsolet und mit dem modernen Völkerrecht nicht vereinbar. Und selbst wenn die Bestimmung weiterhin anwendbar wäre, so muss die Unterscheidung von Angreifer und angegriffenem Staat in der Auslegung der Rechtsgleichheit in Art. 9 der 5. Haager Konvention zwingend beachtet werden. Das gleiche gilt für das KMG, das völkerrechtskonform ausgelegt werden muss, so dass ein Widerspruch mit dem Völkerrecht nicht besteht (grundlegend BGE 94 I 669, 678). Die Unterscheidung von Angreifer und Verteidiger, einschliesslich Staaten in kollektiver Selbstverteidigung, muss so auch bei der Auslegung von Art. 18 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 2 KMG und den übrigen Bestimmungen des KMG zwingend Beachtung finden. Das gleiche gilt für Lieferungen von Gütern, die Art. 5 KMG nicht unterstehen (vgl. Anhang 1, KMV), aber gleichwohl kriegsrelevant sind (Winterkleidung, Sanitätsmaterial etc.). Sie können dem angegriffenen Staat zur Verfügung gestellt werden, ohne dass das Neutralitätsrecht im Rahmen des UN Rechts verletzt wird.

11. Der Bundesrat hat damit klarerweise die Kompetenz und den rechtlichen Spielraum im heutigen Recht, die Exportbewilligungen an NATO Staaten und ihre Verbündeten in kollektiver Selbstverteidigung an die Ukraine zu erteilen und sich in diesem sehr beschränkten Masse an derselben als UN Mitglied zu beteiligen. Sie kann in diesem Rahmen auch Material direkt an die Ukraine liefern, das nicht dem KMG untersteht. Der Bundesrat kann sich weder hinter dem KMG noch dem Neutralitätsrecht verstecken.

12. Nimmt der Bundesrat seine Kompetenzen trotz einer klaren Rechtslage weiterhin nicht wahr, so steht den betroffenen NATO Staaten die Möglichkeit zu, sich auf die völkerrechtlich anerkannten Grundsätze der *clausula rebus sic stantibus* und den Grundsatz der Billigkeit zu berufen und ihre im Rahmen von Art. 18 Abs. 1 KMG abgegebene Erklärung als Eigentümer des Materials im Einzelfall zurückzunehmen und zu übergeben.

13. Einseitige Erklärungen im Völkerrecht entfalten u.U. rechtliche Wirkungen des Vertrauensschutzes (*estoppel*), setzen aber voraus, dass sich die Lage nicht grundsätzlich verändert hat. Trifft eine grundlegende Veränderung ein, besteht eine Bindungswirkung nicht mehr. Niemand rechnete damals mit einem offenen Angriffskrieg in Europa. Man ging vielmehr von hybriden, oft innerstaatlichen Konflikten auf andern Kontinenten aus, die keine kollektive Selbstverteidigung auslösen. Das gilt auch für den eingefügten Art. 22a, KMG, der die Anliegen der Volksinitiative «Gegen Waffenexporte in Bürgerkriegsländer/Korrektur-Initiative» aufnahm.

14. Die Billigkeit ihrerseits erlaubt es, angesichts einer klaren Rechtswidrigkeit seitens der Schweiz in der Anwendung von Art. 9 der Haager Konvention und Missachtung des UN

Rechts, die an die Schweiz abgegebene Erklärung angesichts veränderter Umstände zurückzunehmen und die Rechtslage im Einzelfall eigenständig zu korrigieren (*Billigkeit contra legem*). Die Verteidigung der multilateralen Ordnung des Völkerrechts, auf die sich auch der Bundesrat beruft, der humanitäre Schutz der Zivilbevölkerung und von Versorgungswegen vor gewaltsamen Einwirkungen geniessen hier klar einen Vorrang gegenüber verwaltungsrechtlich und völkerrechtlich widerlegbaren neutralitätspolitischen Bedenken des Bundesrates.

15. Die rasche und somit heute und jetzt wirksame Freigabe der Weitergabe schweizerischer Kriegsmaterial an die Ukraine durch den Bundesrat erlaubt es der politischen Debatte, sich in Ruhe auf die zentralen Fragen der Zukunft der Neutralität im Kontext veränderter geopolitischer Verhältnisse zu konzentrieren. Diese sind nicht rechtlicher, sondern staatspolitischer Natur. Sie umfasst die Frage, ob eine neutrale Schweiz ihre Sicherheit und den Schutz ihrer Bevölkerung im Alleingang und ohne Bündnis gewährleisten kann und welchen Beitrag sie in Europa zur Gewährleistung ihrer Sicherheit und die des Kontinents leisten muss. Gestützt darauf werden sich auch Anpassungen des KMG aufdrängen, die aber allein für die Weitergabe von Kriegsmaterial durch NATO Staaten an die Ukraine nicht nötig sind. Der Bundesrat kann heute handeln und muss dazu die notwendige sicherheitspolitische Debatte zu Kriegsmaterial, Neutralität und Bündnispolitik in einem veränderten Europa nicht abwarten.
