

S. 113 / Nr. 15 Kompetenzausscheidung zw. Zivil- und Militärgerichtsbarkeit (d)

BGE 61 I 113

15. Urteil vom 10. April 1935 i.S. Hagenbuch gegen Eidgenössisches Militärdepartement.

Seite: 113

Regeste:

Anstände über die Zuständigkeit der militärischen und der bürgerlichen Gerichtsbarkeit. Legitimation des Angeschuldigten zur Anrufung des Bundesgerichts gemäss Art. 223 Mil.StrG. Zeitliche Schranken für die Beschwerdeführung nach diesem Artikel. Kompetenzausscheidung zwischen der militärischen und der bürgerlichen Gerichtsbarkeit in Bezug auf Ehrverletzungsdelikte.

A. - Mitte Oktober 1934 erhielten Nationalrat Schneider in Basel, Redaktor der Basler «Arbeiterzeitung», und Nationalrat Reinhard in Bern, Mitarbeiter der «Berner Tagwacht», je ein anonymes Schreiben folgenden Inhalts: «Freiburg, den 14. Oktober. Sehr geehrter Herr Nationalrat, Ich hätte da etwas für Sie, resp. für Ihre Zeitung. Der Brief, dessen Abschrift ich Ihnen vorlege, ist ausserordentlich aufschlussreich; die darin gemachten materiellen Angaben sind absolut zutreffend und übrigens leicht feststellbar. Der Grund, der mich zu dem für einen Offizier merkwürdigen Schritt veranlasst, ist sehr einfach. Nous, les Suisse à l'ouest de la Sarine, nous n'en voulons pas, nous refusons de nous plier sous la cravache germanique de Wille II. Man muss handeln et le limoger, ehe es zu spät ist...»

Am Schluss des Schreibens war gesagt, der Schreibende könne natürlich weder seinen Namen, noch den Namen des Briefverfassers nennen; der Brief stamme von einem

Seite: 114

Generalstabsoffizier und sei an einen Freund gerichtet. Sowohl das Schreiben an Schneider, als dasjenige an Reinhard standen auf militärischem Dienstpapier mit vorgedrucktem Briefkopf «Schweizerische Armee». Beigelegt war je eine angebliche Abschrift des genannten Briefes (ohne Namensunterschrift). Er unterzieht die politische Haltung von Oberstkorpskommandant Wille einer scharfen Kritik, bespricht dessen Beziehungen zu massgebenden Kreisen des «Dritten Reiches» eingehend und unter Verwendung abschätziger Ausdrücke («Konspirieren mit Nazihauptlingen») und erhebt ferner den Vorwurf, Wille habe vom Begriff der Neutralität keinen «Hochschein», sei kein Eidgenosse usw.

Nationalrat Reinhard gab der an ihn gerichteten Zuschrift keine Folge. Dagegen machte Nationalrat Schneider den Brief zum Gegenstand einer «Kleinen Anfrage» an den Bundesrat und veröffentlichte diese mit dem vollständigen Text des «Generalstäblerbriefes» und einem verkleinerten Faksimileabdruck der Vorderseite des Begleitschreibens (d. h. soweit es soeben im Wortlaut wiedergegeben wurde) in der Basler Arbeiterzeitung vom 17. Oktober 1934.

Kurz nachher stellte sich heraus, dass sowohl das Begleitschreiben an die beiden Redaktoren, als auch der «Generalstäblerbrief» von Dr. jur. Hermann Hagenbuch, Oberleutnant in der Füs. Kp. II/59 und im Zivilleben Journalist, verfasst worden waren. Das Eidgenössische Militärdepartement wies darauf am 24. Oktober 1934 den Untersuchungsrichter des Divisionsgerichts 4 an, in der Angelegenheit eine vorläufige Beweisaufnahme gemäss Art. 108 der Militärstrafgerichtsordnung von 1889 (MStGO) durchzuführen. In diesem Verfahren bestätigte Hagenbuch, der Urheber der fraglichen Schreiben zu sein; er habe sie am 14. Oktober 1934 an seinem Wohnort Baden verfasst und am folgenden Tag in Zürich zur Post gebracht. Auf Antrag des Untersuchungsrichters vom 5. November verfügte das Militärdepartement am

Seite: 115

13. November 1934 die Eröffnung der Voruntersuchung gegen Hagenbuch (Art. 110 MStGO). Die Untersuchung wurde wieder vom Untersuchungsrichter der 4. Division geführt und am 13. Dezember 1934 abgeschlossen.

B. - Schon am 2. November 1934 hatte Hagenbuch den Bundesrat gestützt auf Art. 113 MStGO ersucht, die Militärgerichte zur Durchführung des eingeleiteten Verfahrens als unzuständig zu erklären. Der Bundesrat beschloss am 13. November 1934, auf das Gesuch nicht einzutreten, aus folgender Erwägung: Seit dem Inkrafttreten des Militärstrafgesetzes von 1927 (MStG) falle die Entscheidung über Kompetenzkonflikte zwischen militärischer und bürgerlicher Gerichtsbarkeit nicht mehr wie früher unter Art. 8 MStGO in die Zuständigkeit des Bundesrates, sondern gemäss Art. 223 MStG in diejenige des Bundesgerichts. Demnach könne sich das eingereichte Begehren nicht mehr auf Art. 113 MStGO stützen, «indem dieser jetzt, seit der Aufhebung von Art. 8, den Entscheid dem

Bundesrat nur mehr in denjenigen Fällen überträgt, wo nicht die grundsätzliche Zuständigkeit der Militärgerichte im allgemeinen, sondern nur die Zuständigkeit eines bestimmten Gerichtes unter diesen Militärgerichten in Frage steht».

C. - Am 6. Dezember 1934 hat Hagenbuch eine Beschwerde an das Bundesgericht als Kompetenzkonfliktshof gemäss Art. 223 MStG erhoben und folgende Begehren gestellt:

1) Das Bundesgericht wolle die Unzuständigkeit der militärischen Gerichtsbarkeit zur Entscheidung über die dem Rekurrenten zur Last gelegten Delikte aussprechen.

2) Die gegen den Rekurrenten angehobene militärgerichtliche Untersuchung sei daher aufzuheben, eventuell einzustellen.

In der Beschwerdebegründung wird dann aber bemerkt: «Der vom Beschwerdeführer geltend gemachte Kompetenzkonflikt bezieht sich nicht auf die unberechtigte Verwendung eines Armeeblocks mit dem

Seite: 116

Armeebriefkopf, für welchen Disziplinarfehler, eventuell Dienstverletzung der Rekurrent sich der Beurteilung der militärischen Disziplinar- oder eventuell Gerichtsbehörden unterzieht».

Die Ausführungen der Beschwerde lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Die eingeleitete militärische Voruntersuchung habe zum Ziel, festzustellen, ob sich der Rekurrent gegenüber Oberstkorpskommandant Wille einer Ehrverletzung im Sinne der Art. 145/48 MStG schuldig gemacht habe. und ausserdem, ob ihm eine Dienstpflichtverletzung gemäss Art. 72 MStG vorgeworfen werden könne. Da er sich zu der Zeit, als er die Briefe verfasste und absandte, nicht im Militärdienst befunden habe, frage es sich lediglich, ob die Kompetenz der Militärjustiz auf Art. 2 Ziff. 4 MStG gestützt werden können, wonach Dienstpflichtige ausserhalb des Dienstes mit Bezug auf ihre militärische Stellung und ihre dienstlichen Pflichten dem Militärstrafrecht unterstünden. Das sei (abgesehen vom eben erwähnten Vorbehalt hinsichtlich der unberechtigten Verwendung von Dienstpapier) nicht der Fall.

Der Rekurrent habe sich allerdings in seinem Begleitschreiben an die beiden Redaktoren als «Offizier» bezeichnet und die Richtigkeit dieser Bezeichnung durch die Verwendung von Armeepapier darzutun gesucht. Er habe so den Schreiben ein besonderes Gewicht geben wollen, damit ihnen nicht, wie das bei anonymen Zuschriften üblich sei, die Aufnahme ohne weiteres verweigert werde. Keineswegs aber habe er beabsichtigt, der Öffentlichkeit gegenüber auf seine militärische Stellung Bezug zu nehmen. Das Begleitschreiben sei nicht zur Veröffentlichung bestimmt gewesen, und er habe mit dessen Wiedergabe in der Zeitung nicht rechnen müssen. Dafür, dass die Arbeiterzeitung trotzdem einen Teil davon in Faksimileabdruck veröffentlicht habe, sei nur sie selber verantwortlich.

Im angebliehen «Brief eines Generalstabsoffiziers» habe der Rekurrent das politische Verhalten von Oberst Wille

Seite: 117

kritisiert, ohne dessen militärische Amtsführung zu berühren. Ein solcher Artikel stehe unter dem Schutz der Pressefreiheit. Der Rekurrent habe die darin enthaltene Meinungsäusserung nicht aus seiner militärischen Tätigkeit heraus, sondern in seiner zivilen beruflichen Stellung als Journalist getan.

D. - Der Oberauditor der Armee beantragt Nichteintreten auf die Beschwerde, eventuell Abweisung.

Der Kompetenzkonflikt nach Art. 223 MStG könne nach richtiger Auffassung nur von den beteiligten Behörden, nicht aber vom Angeschuldigten anhängig gemacht werden. Früher, als der Bundesrat noch Kompetenzkonfliktbehörde bei Streitigkeiten zwischen der militärischen und der bürgerlichen Gerichtsbarkeit gewesen sei (Art. 8 MStGO), habe allerdings nach Art. 113 MStGO die Möglichkeit bestanden, bei vorhandenen Zweifeln über die sachliche, wie über die örtliche Zuständigkeit der Militärgerichte den Entscheid des Bundesrates einzuholen. Seit dem Inkrafttreten des neuen MStG gelte aber Art. 113 MStGO nur noch für Fragen der örtlichen Zuständigkeit von Militärgerichten, und eine entsprechende Bestimmung über Anrufung des Bundesgerichts bei Zweifeln über die sachliche Kompetenz der Militärgerichtsbarkeit sei nicht geschaffen worden. Der Angeschuldigte könne, wenn ein Kompetenzkonfliktverfahren vor Bundesgericht nicht durchgeführt worden sei, die Zuständigkeit der Militärjustiz bei Eröffnung der Hauptverhandlung vor Divisionsgericht bestreiten und nötigenfalls auf dem Wege der Beschwerde an das Militärkassationsgericht die Aufhebung des divisionsgerichtlichen Urteils wegen sachlicher Inkompetenz der Militärgerichte beantragen (Art. 188 Ziff. 3 MStGO). Ebenso stünden ihm, wenn er die Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte nicht anerkennen wolle, die Rechtsmittel des bürgerlichen Strafprozesses zur Verfügung. Es sei nicht anzunehmen, dass ihm der Gesetzgeber daneben noch das Recht zur Anhebung des Kompetenzkonflikts beim Bundesgericht habe geben

Seite: 118

wollen. Die Anerkennung eines solchen weiteren Rechtsmittels neben den ohnehin bestehenden hätte mannigfache praktische Unzukömmlichkeiten zur Folge.

In der Sache selber sei die Zuständigkeit der Militärjustiz nicht nur, wie der Rekurrent annehme, für die Beurteilung der Dienstverletzung, begangen durch missbräuchliche Verwendung von Dienstpapier, gegeben, sondern auch für die Beurteilung der Ehrverletzung gegenüber Oberstkorpskommandant Wille. Für beide Vergehen treffe die Voraussetzung von Art. 2 Ziff. 4 MStG zu, wie sie im Urteil des Militärkassationsgerichtes vom 2. Juli 1934 i. S. Wullschleger und Kons. ausgelegt werde. Der Rekurrent habe durch die Betonung seiner Wehrmannseigenschaft und des Offiziersgrades seinem Angriff gegen Oberstkorpskommandant Wille - der übrigens als Kommandant des II. Armeekorps sein dienstlicher Vorgesetzter sei - ein besonderes Gewicht geben wollen. Damit sei die Beziehung zur militärischen Stellung und zu den dienstlichen Pflichten im Sinne von Art. 2 Ziff. 4 MStG hergestellt. Dies umso mehr, als in der Art, wie Hagenbuch vorgegangen sei, zugleich eine Verletzung der aus Ziff. 24 des Dienstreglements sich ergebenden militärischen Pflicht liege, «auch ausser Dienst Anstand und Pflichtgefühl zu beweisen und für die Armee und seinen Truppenteil Ehre einzulegen».

Sollte aber das Bundesgericht zur Beurteilung der begangenen Ehrverletzung die Militärgerichte grundsätzlich als unzuständig betrachten, so müsse doch bei deren unbestrittener Kompetenz in Bezug auf die Dienstverletzung (Missbrauch von Dienstpapier) die Befugnis des Bundesrates vorbehalten werden, nach Art. 221 MStG die Beurteilung aller, auch der bürgerlichen Delikte dem Militärgericht zu übertragen.

E. - Das Eidgenössische Militärdepartement hat sich dem Antrag des Oherauditors und der von ihm gegebenen Begründung angeschlossen.

E. - Oberstkorpskommandant Wille hat dem

Seite: 119

Bundesgericht mitgeteilt, dass er sich als am vorliegenden Verfahren nicht beteiligt betrachte.

G. - Aus den Akten geht hervor, dass sich bisher noch kein bürgerliches Strafgericht mit der Angelegenheit befasst hat.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- ...

2.- Bis zum Inkrafttreten des Militärstrafgesetzes von 1927 waren nach Art. 8 der Militärstrafgerichtsordnung von 1889 Kompetenzanstände zwischen bürgerlichen und militärischen Gerichtsbehörden vom Bundesrat zu entscheiden. Art. 113 MStGO bestimmte: «Bestehen Zweifel über die Zuständigkeit des Gerichts oder tritt einer der in den Art. 8 und 51 vorgesehenen Fälle ein, so ist der Entscheid des Bundesrates einzuholen». Aus diesen Bestimmungen wurde gefolgert, dass die Kompetenzkonfliktsbeschwerde im Sinne von Art. 8 MStGO nicht nur den beteiligten Behörden, sondern auch dem Angeschuldigten offen stehe, dass im besondern derjenige, der die Zuständigkeit der Militärgerichtsbarkeit zur Durchführung eines gegen ihn eröffneten Strafverfahrens bestreiten wolle, den Entscheid des Bundesrates anrufen könne (FLEINER, Bundesstaatsrecht, S. 221 Anm. 25, S. 234; aus der Praxis des Bundesrates: SALIS, Bundesrecht Bd. III Nr. 1257; hiezue KIRCHHOFER, Der Kompetenzkonflikt zwischen militärischer und bürgerlicher Gerichtsbarkeit, in der Schweiz. Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 46 (1932) S. 22 Anm. 1, wo gesagt ist, dass es sich in dem genannten, vom Bundesrat entschiedenen Fall nicht etwa um eine Disziplinarbeschwerde gehandelt habe).

Bei der Ausarbeitung des neuen Militärstrafgesetzes bestand zunächst die Absicht, das in Art. 8 MStGO vorgeschriebene Konfliktverfahren beizubehalten und lediglich die Befugnis des Bundesrates zur Aufhebung auch bereits ergangener Strafurteile noch ausdrücklich festzulegen (Art. 221 des bundesrätlichen Entwurfs vom

Seite: 120

26. November 1918.) In der Bundesversammlung erhoben sich Bedenken dagegen, dem Bundesrat die Kompetenz zur Kassation rechtskräftig gewordener Strafurteile zuzuerkennen. Darauf wurde bei Bereinigung der Differenzen zwischen den beiden Räten beschlossen, den Bundesrat als Kompetenzkonfliktsbehörde durch das Bundesgericht zu ersetzen (Stenographisches Bulletin 1926, Ständerat S. 256/7, Nationalrat S. 796). Der fragliche Artikel erhielt folgende endgültige Fassung: «(Abs. 1:) Anstände über die Zuständigkeit der militärischen und der bürgerlichen Gerichtsbarkeit werden vom Bundesgericht endgültig entschieden. (Abs. 2:). Das Bundesgericht hebt Verfahren oder Urteile auf, die einen Übergriff der bürgerlichen in die militärische Gerichtsbarkeit oder der militärischen in die bürgerliche Gerichtsbarkeit enthalten. Es trifft nötigenfalls vorsorgliche Massnahmen. (Abs. 3:). Die infolge des aufgehobenen Urteils vollzogene Strafe wird auf eine infolge des andern Urteils zu erstehende Strafe angerechnet». Die Bestimmung wurde als Art. 223 unter dem Randtitel «Kompetenzkonflikte» in das am 13. Juni 1927 erlassene Gesetz aufgenommen.

Durch die Übertragung der Kompetenzkonfliktsentscheidung vom Bundesrat an das Bundesgericht

verlor neben Art. 8 MStGO (s. Art. 233 MStG) auch die Vorschrift von Art. 113 MStGO ihre Geltung, soweit sie die Anrufung des Bundesrates durch den Angeschuldigten bei Streitigkeiten über die Kompetenzabgrenzung zwischen bürgerlicher und militärischer Gerichtsbarkeit vorsah (vgl. den bundesrätlichen Nichteintretensbeschluss vom 13. November 1934 in der Sache Hagenbuch, sowie die vorliegende Vernehmlassung des Obergerichtes; ferner KIRCHHOFER, I.c. S. 14 Anm. 1). Hieraus folgt jedoch nicht, dass damit überhaupt die Möglichkeit einer Erhebung der Kompetenzkonfliktsbeschwerde durch den Angeschuldigten dahingefallen wäre. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Angeschuldigte, wie früher beim Bundesrat nach Art. 8 und 113 MStGO, so heute gemäss Art. 223

Seite: 121

MStG beim Bundesgericht Beschwerde zu führen legitimiert ist (vgl. in diesem Sinne die Ausführungen von KIRCHHOFER, I.c. S. 29 ff.; zustimmend GIACOMETTI, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 132 Anm. 9; a. A. GUIBAN, Le champ d'application du Code pénal militaire, in Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 41 (1928) S. 268):

a) Bei den Beratungen der eidgenössischen Räte, die zur Übertragung der Kompetenzkonfliktsentscheidung vom Bundesrat an das Bundesgericht führten, war nach den Protokollen nie die Rede davon, dass die prozessuale Stellung des Angeschuldigten (oder Verurteilten) gegenüber dem bisherigen Rechtszustand verschlechtert werden solle. Zur Begründung der Neuerung wurden im wesentlichen staatsrechtliche Bedenken gegen die Betrauung des Bundesrates mit einer Kompetenz, die sogar zur Aufhebung rechtskräftiger Gerichtsurteile führen kann, geltend gemacht. Es darf daher angenommen werden, dass es zum mindesten nicht in der Absicht der das Gesetz ausarbeitenden Behörde lag, dem Angeschuldigten die Möglichkeit zur Erhebung der Konfliktsbeschwerde zu entziehen.

b) Eine solche Einschränkung des Rechtsschutzes wäre aber auch sachlich nicht gerechtfertigt. Wohl hat der Angeschuldigte, der die Kompetenz der bürgerlichen oder der militärischen Gerichte bestreiten will, je die Rechtsmittel der betreffenden Gerichtsbarkeit zu seiner Verfügung, bei den Militärgerichten die Unzuständigkeitseinrede am Beginn der Hauptverhandlung (Art. 142 MStGO, s. auch Abs. 2 dieser Bestimmung) und die Beschwerde an das Militärkassationsgericht (Art. 188 Ziff. 3 MStGO). Gerade in dem praktisch wichtigen Fall aber, da sich der Angeschuldigte gegen die Unterstellung unter die Militärgerichtsbarkeit wehrt und seine Aburteilung durch ein kantonales bürgerliches Gericht verlangt, wird die Entscheidung der Streitfrage durch das Militärkassationsgericht, d. h. durch eine Instanz der vom Betroffenen abgelehnten Gerichtsbarkeit, nicht das gleiche Gewicht

Seite: 122

besitzen wie das Urteil des unbeteiligten Bundesgerichtes. Die Zuerkennung des Beschwerderechts an den Angeschuldigten entspricht denn auch insofern dem Art. 58 BV, als dadurch der Grundsatz, dass niemand seinem verfassungsmässigen, d. h. dem natürlichen, ordentlichen Richter entzogen werden soll, im Verhältnis des Bürgers zur Militärgerichtsbarkeit erst eine vollwertige Garantie erhält (vgl. KIRCHHOFER, I.c. S. 30).

c) Die praktischen Unzukömmlichkeiten, die der Obergericht als Folge des Nebeneinanderbestehens ähnlicher Rechtsmittel befürchtet, fallen nicht entscheidend in Betracht. Der Gefahr einer Behinderung militärischer Untersuchungen durch missbräuchliche Anrufung des Bundesgerichts kann durch Zurückhaltung beim Entscheid über das Sistierungsbegehren begegnet werden. Ferner wird dem Angeschuldigten die Erhebung der Konfliktsbeschwerde möglicherweise nicht bis zum Ende des fraglichen militärgerichtlichen oder bürgerlichen Strafprozesses, sondern nur bis zu einem früheren Zeitpunkt gestattet werden können (in diesem Sinne schon unter der Herrschaft von Art. 8 MStGO: FLEINER, Bundesstaatsrecht S. 234 Anm. 21; heute: KIRCHHOFER, I.c. S. 36 ff.). Im übrigen lässt sich ein Zwischenverfahren wie dasjenige von Art. 223 MStG ganz unabhängig vom engem oder weitem Kreis der Beschwerdelegitimierten nie ohne gewisse praktische Schwierigkeiten durchführen. Sie sind als Folge jedes Kompetenzkonfliktsverfahrens in Kauf zu nehmen.

d) Die Zuerkennung des Beschwerderechts gemäss Art. 223 MStG an den Angeschuldigten bedeutet freilich eine Abweichung gegenüber der Regel, die für den Kompetenzkonflikt zwischen dem Bund und den Kantonen nach Art. 113 Ziff. 1 BV gilt (vgl. darüber, dass die Legitimation zum Konflikt nach Art. 113 Ziff. 1 auf den Bund einerseits und die Kantone andererseits beschränkt ist: BURCKHARDT, Kommentar, S. 776). Doch kann jene Regel für das Verfahren nach Art. 223 MStG schon deshalb nicht

Seite: 123

ohne weiteres massgebend sein, weil der Kompetenzkonflikt nach Art. 113 Ziff. 1 BV eine bundesstaatliche Streitigkeit ist, eine Streitigkeit, bei der ausschliesslich über die Zuständigkeiten von Bund und Kantonen gestritten wird, während bei Konflikten nach Art. 223 MStG die

Ausscheidung der eidgenössischen und der kantonalen Kompetenzen zurücktritt gegenüber der Grenzziehung zwischen der militärischen Gerichtsbarkeit einerseits und der bürgerlichen, sei sie kantonal oder bundesrechtlich, andererseits. Aus dieser Unterscheidung kann sich sehr wohl eine abweichende Behandlung der Legitimationsfrage ergeben.

e) Der Wortlaut von Art. 223 MStG spricht keineswegs derart eindeutig für die Auffassung des Oberauditors, dass dadurch die angeführten gegenteiligen Erwägungen entkräftet würden. Zuzugeben ist zwar, dass der französische und der italienische Text des Artikels: «en cas de conflit de compétence entre la juridiction ordinaire et la juridiction militaire», «i conflitti di competenza fra la giurisdizione militare e la giurisdizione ordinaria» auf ein Verfahren hinzudeuten scheinen, bei welchem sich die Behörden ohne Beteiligung einer Privatperson über ihre Kompetenzen auseinandersetzen. Der Kompetenzkonflikt des Art. 223 könnte darnach nur entstehen, wenn in Bezug auf einen Streitfall sowohl die militärische als die bürgerliche Gerichtsbarkeit je ihre Kompetenz bejahen oder verneinen (sog. aktueller Konflikt), und nicht, wie das bei Zuerkennung des Beschwerderechts an den Angeschuldigten im Sinne der obigen Erwägungen notwendig der Fall ist, schon dann, wenn der Angeschuldigte die sachliche Kompetenz der gegen ihn vorgehenden Gerichtsbarkeit ohne Rücksicht auf das Verhalten der andern bestreiten will. Neben dem französischen und italienischen steht aber der deutsche Text, in welchem von «Anständen über die Zuständigkeit der militärischen oder der bürgerlichen Gerichtsbarkeit» die Rede ist. Ein solcher Anstand liegt auch vor, wenn der Angeschuldigte lediglich

Seite: 124

geltend macht, er sei der Gerichtsbarkeit, die gegen ihn tätig geworden ist, nicht unterstellt. Ebenso steht der Randtitel «Kompetenzkonflikte» mit diesem weiteren Begriff der fraglichen Anstände insofern nicht in Widerspruch, als der Angeschuldigte, der die Zuständigkeit der einen Gerichtsbarkeit bestreitet, in der Regel wenn nicht auf ein positives Vorgehen der andern, so doch auf deren theoretische Zuständigkeit (Jurisdiktionsgewalt in thesi) verweisen kann, womit der Tatbestand des «virtuellen Konfliktes» geschaffen ist (vgl. über den Begriff des virtuellen Konfliktes: KIRCHHOFER, l.c. S. 7 und besonders S. 18/19).

3.- Es mag dahingestellt bleiben, ob die Anhebung des Kompetenzkonflikts stets schon von der ersten gegen den Angeschuldigten gerichteten Handlung der militärischen, bezw. bürgerlichen Gerichtsbarkeit an zulässig ist oder ob nicht unter Umständen zugewartet werden muss, bis die Untersuchung eine Übersicht über die in Frage kommenden Straftatbestände erlaubt. Im heutigen Fall ist diese Übersicht bei Einreichung der Konfliktsbeschwerde, am 6. Dezember 1934, bereits möglich gewesen. Umgekehrt erscheint die Beschwerde aber auch nicht als verspätet. Die Anwendung der dreissigtägigen Frist von Art. 178 Ziff. 3 OG auf die Beschwerde nach Art. 223 MStG ist vom Bundesgericht schon in einem Urteil vom 22. Mai 1931 abgelehnt worden (BGE 57 I 125), und die zeitliche Schranke, die statt dessen für die Anrufung des Bundesgerichts durch den Angeschuldigten möglicherweise gelten muss, kann selbst in dem für ihn ungünstigsten Fall nicht die Meinung haben, dass eine Beschwerde, mit welcher wie hier die militärgerichtliche Zuständigkeit noch vor Abschluss der militärischen Voruntersuchung bestritten wird, bereits nicht mehr rechtzeitig wäre.

4.- Nach Art. 1 der Militärstrafgerichtsordnung von 1889, welche Bestimmung bis 1927 in Kraft stand (Art. 233 MStG), waren der Militärstrafgerichtsbarkeit und dem

Seite: 125

Militärstrafgesetz des Bundes u. a. unterworfen: Ziff. 5 «militärpflichtige Personen ausserhalb des Dienstes mit Bezug auf ihre dienstlichen Pflichten». Aus der seinerzeit erlassenen bundesrätlichen Botschaft vom 10. April 1888 geht hervor, dass von dieser Vorschrift z. B. die Vernachlässigung der Pflicht zur Erhaltung der Militäreffekten, die Unterlassung der Anzeige des Wohnungswechsels, Fehler im Rapportwesen ausser Dienst getroffen werden sollten; «dagegen wollten wir nicht unter das Militärgesetz stellen kritische Meinungsäusserungen, zu welchen Wehrpflichtige ausserhalb des Dienstes und ausserhalb ihrer dienstlichen Beziehungen zu militärischen Vorgesetzten und Behörden sich etwa veranlasst sehen, indem es uns daran liegt, jeden Schein zu vermeiden, als ob der Freiheit der Meinungsäusserung zu nahe getreten werden dürfe» (Bundesblatt 1888 II S. 348; SALIS, Bundesrecht Bd. III S. 545 Nr. 1254). Am 4. November 1890 erliess der Bundesrat über die Interpretation von Art. 1 Ziff. 5 MStGO folgenden Beschluss: «Der Art. 1 Ziff. 5 ist nicht anwendbar auf solche Fälle, in welchen militärische Obere oder militärische Behörden sich durch Zeitungsartikel, welche ausserhalb des Dienstes publiziert werden, beschimpft oder verleumdet glauben; die Beleidigten haben vielmehr in solchen Fällen den Weg der Klage vor den bürgerlichen Gerichten zu beschreiten» (Bundesblatt 1890 IV S. 748; SALIS, Bundesrecht Bd. II Nr. 383, III Nr. 1254). Diese Interpretation wurde in der bundesrätlichen Praxis zu Art. 1 Ziff. 5 stets festgehalten und über das Gebiet der Zeitungsartikel hinaus auch auf andere, ähnlich geartete Beleidigungen angewendet (Bundesblatt 1893 IV S. 38; 1894 I S. 930; 1895 II S. 362; 1899 II S. 128; 1900 II S. 124; SALIS

Bundesrecht Bd. III Nr. 1255). Als der Militärgerichtsbarkeit unterstehend wurden lediglich Ehrverletzungen betrachtet, die zwar ausserhalb des Dienstes, aber im dienstlichen Verkehr begangen wurden (Entscheid des Bundesrates vom 22. Juni 1903, erwähnt in Schweiz.

Seite: 126

Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 23 (1910) S. 318/19; BGE 25 I S. 4 ff; entsprechend die Urteile des Militärkassationsgerichts in der vom Oberauditor der Armee herausgegebenen Sammlung 1915/25 Nr. 63 und 151). Über die damalige Rechtslage vgl. MARTIN, L'article 65 de la loi fédérale sur la justice pénale pour les troupes fédérales, in Schweiz. Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 23 (1910) S. 313 ff.; STOOS, Kommentar zur MStGO, S. 8; EUGSTER, Die persönliche und sachliche Zuständigkeit der schweizerischen Militärgerichte, S. 75/76.

Die Praxis des Bundesrates war nicht unbestritten geblieben (s. EUGSTER, l.c. S. 73), und bei der Ausarbeitung des Militärstrafgesetzes von 1927 herrschte die Auffassung vor, es sollten durch eine Neuformulierung der massgebenden gesetzlichen Vorschriften die ausserdienstlichen Ehrverletzungen in einem weiteren Umfang als bis dahin der Militärgerichtsbarkeit unterstellt werden. Die vorberatende Expertenkommission beschloss zunächst, über die Ehrverletzungen folgende Sonderbestimmung in Art. 2 MStG aufzunehmen: Ziff. 6: «Für die Vergehen der Verleumdung, der üblen Nachrede und der Beschimpfung unterstehen die Militärpersonen diesem Gesetz nur, wenn der Täter und der Verletzte gleichzeitig sich im Dienst befinden oder wenn die Beleidigung das dienstliche Verhältnis der Beteiligten berührt oder sich auf dienstliche Vorgänge bezieht oder wenn der Täter in Uniform auftritt». Im weitem Verlauf der Beratungen (s. das Protokoll vom November 1917) liess die Kommission diese Vorschrift wieder fallen, da sich das darin Gesagte bereits aus den übrigen Bestimmungen von Art. 2 ergebe; «berührt die Beleidigung das dienstliche Verhältnis, so genügt Ziff. 3» (heute Ziff. 4). Um zum Ausdruck zu bringen, dass die militärgerichtliche Zuständigkeit in Bezug auf ausserdienstliche Ehrverletzungen in dem genannten Sinne gegenüber der bisherigen bundesrätlichen Praxis erweitert werden solle, erhielt dann die heutige Ziff. 4 die zum Gesetz gewordene endgültige

Seite: 127

Fassung: (Dem Militärstrafrecht unterstehen:) Ziff. 4 «Dienstpflichtige ausserhalb des Dienstes mit Bezug auf ihre militärische Stellung und ihre dienstlichen Pflichten».

Bei der Untersuchung, ob Art. 2 Ziff. 4 auf den vorliegenden Fall zutrifft, darf die geschilderte Entstehungsgeschichte nicht ausserachtgelassen werden, zumal sie im Vergleich zu der sehr unbestimmten Formulierung der Vorschrift eine konkretere, engere Begrenzung der militärgerichtlichen Zuständigkeit nahelegt und bei der Kompetenzausscheidung zwischen einer Sondergerichtsbarkeit, wie sie die Militärjustiz darstellt, und der gewöhnlichen Gerichtsbarkeit die Unklarheit des Gesetzestextes sich im allgemeinen zu Gunsten der letzteren auszuwirken hat.

Hievon ausgehend ist die erforderliche Beziehung zwischen der angeblich ehrverletzenden Handlung Hagenbuchs einerseits, «seiner militärischen Stellung und seinen dienstlichen Pflichten», bezw. «dem dienstlichen Verhältnis oder dienstlichen Vorgängen» andererseits als nicht vorhanden zu betrachten. Der Artikel Hagenbuchs stand weder hinsichtlich seiner Veranlassung, noch seines Inhalts in einem Zusammenhang mit der Eigenschaft des Verfassers als eines schweizerischen Offiziers. Die streitigen Darlegungen bezogen sich auf eine allgemeine, ebensowohl politische wie militärische Angelegenheit, zu welcher jeder andere Schweizer, ob dienstpflichtig oder nicht, seine Meinung hätte äussern können. Wollte man einen Offizier, der sich ausserdienstlich zu einer solchen Frage öffentlich vernehmen lässt, für die dabei allenfalls begangenen Ehrverletzungen der Militärgerichtsbarkeit unterstellen, so würde der Eigenart der schweizerischen Milizarmee zu wenig Rechnung getragen. Dem Dienstpflichtigen, auch dem Offizier, soll nach beendetem Dienst grundsätzlich wieder die Ausübung der vollen bürgerlichen Rechte gewahrt sein. Dazu gehört, dass er für Meinungsäusserungen der hier streitigen Art nicht vor den Militärgerichten, sondern wie ein Nicht-Dienstpflichtiger nur im gewöhnlichen Ehrverletzungsprozess soll zur Verantwortung gezogen

Seite: 128

werden können. Allerdings ergibt sich diese Folgerung nicht, wie Hagenbuch anzunehmen scheint, ohne weiteres aus dem Grundsatz der Pressfreiheit (vgl. BGE 25 I S. 11 Erw. 3). Massgebend für die Kompetenzabgrenzung zwischen militärischer und bürgerlicher Jurisdiktion sind allein die Art. 2 ff. MStG. Soweit aber diese Bestimmungen eine klare Antwort auf die Frage der Kompetenzgrenze vermissen lassen, darf bei der Auslegung sehr wohl auf die verfassungsmässige Garantie jenes Freiheitsrechtes Rücksicht genommen werden.

Dass der Rekurrent dem angegriffenen Oberstkorpskommandanten dienstlich unterstellt ist, tritt demgegenüber an Bedeutung zurück. Ebenso wird durch die im Begleitschreiben enthaltene Berufung auf die Offizierseigenschaft und durch die Verwendung militärischen Dienstpapiers für jenes Schreiben die Beziehung zur militärischen Stellung und zu den dienstlichen Pflichten Hagenbuchs

nicht in dem Masse hergestellt, dass die militärischen Behörden aus diesem Grunde für die Beurteilung der angeblich begangenen Ehrverletzung als zuständig betrachtet werden dürften. Es erscheint nach den Akten als möglich, dass sich Hagenbuch nur der Redaktion gegenüber, nicht aber vor der Öffentlichkeit als Offizier ausgeben wollte. Dass sodann die Unterschreibung, der fingierte Brief sei von einem Generalstabsoffizier geschrieben worden, die Voraussetzung von Art. 2 Ziff. 4 MStG nicht zu erfüllen vermag, steht angesichts der Tatsache, dass Hagenbuch selber gar nicht Generalstabsoffizier ist, ausser Frage.

Die Folgerungen, die der Oberauditor aus dem Urteil des Militärkassationsgerichts vom 2. Juli 1934 i. S. Wullschleger und Kons. für den heutigen Fall ziehen will, sind schon abgesehen davon, dass das Bundesgericht an die Gesetzesauslegung jener Instanz nicht gebunden wäre, keineswegs zwingend. Es handelte sich dort nicht um eine Ehrverletzung, sondern um Untergrabung der militärischen Disziplin, bei welchem Vergehen die Frage

Seite: 129

nach der Beziehung zur militärischen Stellung und zu den dienstlichen Pflichten sich nicht notwendig gleich wie bei Ehrverletzungen stellt. Zudem hatten sich Wullschleger und Konsorten in wesentlich anderer Weise als Hagenbuch auf ihre Wehrmannseigenschaft berufen.

Der Oberauditor nimmt schliesslich an, die Beziehung zwischen der Handlungsweise Hagenbuchs einerseits, seiner militärischen Stellung und seinen dienstlichen Pflichten andererseits sei deshalb gegeben, weil der Rekurrent durch die Art seines Vorgehens die militärische Pflicht, auch ausser Dienst Anstand und Pflichtgefühl zu beweisen und für die Armee Ehre einzulegen, verletzt habe (Ziff. 24 des Dienstreglements für die Schweizerische Armee). Betrachtet man nur den Wortlaut von Art. 2 Ziff. 4 MStG, so könnte man sich allerdings fragen, ob nicht diese Auffassung tatsächlich zutrefte. Die oben geschilderte Entstehungsgeschichte von Art. 2 Ziff. 4 zeigt aber, dass damit der wahre Sinn der Bestimmung verkannt würde. Hätte der Ausdruck «Bezug auf dienstliche Pflichten» tatsächlich die genannte weitgehende Bedeutung, so wäre auch unter der Herrschaft von Art. 1 MStGO, wo dieser Ausdruck bereits verwendet wurde, d. h. von 1889 bis 1927, die Beurteilung der in Frage stehenden ausserdienstlichen Ehrverletzungen in grossem Umfang den Militärgerichten zugekommen, hätte doch schon damals in vielen Fällen dem Täter ein Verstoß gegen die Dienstpflicht in dem umfassenden Sinne, wie sie heute Ziff. 24 des Dienstreglements umschreibt, zum Vorwurf gemacht werden können. Der Bundesrat hat aber in seiner erwähnten Praxis eine so weite Auslegung von Art. 1 Ziff. 5 MStGO stets abgelehnt. Die Neufassung der Bestimmung in Art. 2 Ziff. 4 MStG sodann hatte nach den betreffenden Protokollen nicht die Meinung, es solle von nun an der Begriff der «dienstlichen Pflichten» eine weitere Auslegung erhalten, sondern man wollte durch Hinzufügung der Worte «militärische Stellung» eine Ausdehnung der militärgerichtlichen Kompetenz in dem

Seite: 130

Umfang herbeiführen, wie er in der seinerzeit formulierten und hernach als unnötig fallen gelassenen Ziff. 6 festgelegt war. Nach jener Umschreibung fällt die Handlungsweise Hagenbuchs, soweit sich das Bundesgericht heute mit ihr zu befassen hat, wie dargetan nicht unter die Zuständigkeit der Militärgerichte.

Vorbehalten bleibt die unbestrittene Zuständigkeit der militärischen Instanzen zur Ahndung des Missbrauchs von Dienstpapier. Ob im Hinblick hierauf eine Anwendung von Art. 221 MStG durch den Bundesrat in Frage kommt, hat das Bundesgericht nicht zu entscheiden.

Die Zuständigkeit der Militärgerichtsbarkeit, die Frage zu prüfen, ob nicht der Rekurrent wegen unwürdiger Lebensführung von der Erfüllung der Dienstpflicht auszuschliessen sei (Art. 16 der Militärorganisation), bleibt vom vorliegenden Entscheid unberührt (vgl. BGE 57 I S. 120 ff).

5.- Die Beschwerde ist daher im Sinne der Erwägungen gutzuheissen, d. h. die Militärgerichtsbarkeit ist zur Verfolgung der dem Rekurrenten zur Last gelegten Ehrverletzung als unzuständig zu erklären, unter den in den Erwägungen angeführten Vorbehalten. Dagegen ist die militärgerichtliche Untersuchung nicht einfach aufzuheben, da sie insoweit gerechtfertigt war, als erst ermittelt werden musste, ob Hagenbuch mit Bezug auf seine militärische Stellung und seine dienstlichen Pflichten gehandelt hat.

Demnach erkennt das Bundesgericht: Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen gutgeheissen