

# Bundesblatt

Bern, 21. März 1977 129. Jahrgang Band I

Nr. 12

Erscheint wöchentl. Preis: Inland Fr 85.– im Jahr, Fr. 48.50 im Halbjahr; Ausland Fr 103.– im Jahr, zuzüglich Nachnahme- und Postzustellgebühr. Inseratenverwaltung: Permedia, Publicitas-Zentraldienst für Periodika, Hirschmattstrasse 36, 6002 Luzern, Tel. 041/23 66 66

---

77.017

## Botschaft

### zu einem Bundesbeschluss über die dringliche Änderung des Militärstrafgesetzes (MStG)

Vom 2. März 1977

Sehr geehrte Herren Präsidenten,  
Sehr geehrte Damen und Herren,

Mit dem Antrag auf Zustimmung unterbreiten wir Ihnen den Entwurf zu einem Bundesbeschluss über die Änderung des Militärstrafgesetzes (MStG) betreffend den Weiterzug von Disziplinarstrafverfügungen.

Wir versichern Sie, sehr geehrte Herren Präsidenten, sehr geehrte Damen und Herren, unserer vorzüglichen Hochachtung.

Bern, 2. März 1977

Im Namen des Schweizerischen Bundesrates

Der Bundespräsident:

**Furgler**

Der Bundeskanzler:

**Huber**



## Übersicht

*Am 8. Juni 1976 fällte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Strassburg in Sachen Engel und andere (holländische Wehrmattsangehörige) einen Entscheid, nach dem geschlossen werden muss, dass scharfer und auch einfacher Arrest einen Freiheitsentzug nach Artikel 5 Ziffer 1 Buchstabe a der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) darstellt und demnach nur zulässig ist, wenn ein Wehrmann durch ein zuständiges Gericht rechtmässig verurteilt worden ist.*

*Die Schweiz hat die EMRK am 28. November 1974 ratifiziert. Da im schweizerischen Disziplinarstrafrecht keine Gerichtsinstanzen vorgesehen sind, stellt sich die Frage seiner Anpassung an die EMRK in der Auslegung durch die Strassburger Organe.*

*Diese Anpassung soll mit der Revision des Militärstrafgesetzes (MStG) und der Militärstrafgerichtsordnung (MStGO), die im Gang ist, vorgenommen werden. Sie werden noch dieses Jahr über die entsprechende Vorlage zu befinden haben.*

*Wir sind nach Prüfung der durch das Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte geschaffenen Lage davon ausgegangen, dass diese Revision abgewartet werden könne, und dass bis dahin landesrechtlich keine Veränderungen eintreten würden.*

*Anlässlich der mündlichen Verhandlung zu einem von der verwaltungsrechtlichen Kammer des Bundesgerichts behandelten Fall haben deren Mitglieder übereinstimmend die Ansicht vertreten, dass Artikel 5 Ziffer 1 Buchstabe a der EMRK als schweizerisches Recht unmittelbar angewendet werden müsse.*

*Demnach dürfte Arrest gegenüber einem Wehrmann erst nach Durchführung des Beschwerdeverfahrens und Bestätigung der Disziplinar massnahmen durch eine unabhängige richterliche Instanz vollzogen werden.*

*Über Disziplinarbeschwerden entscheidet letztinstanzlich der Oberauditor der Armee. Die Mitglieder der verwaltungsrechtlichen Kammer stimmten darin überein, dass ihm richterliche Unabhängigkeit nicht zukomme, weshalb die Anforderungen der Menschenrechtskonvention nicht erfüllt seien. Die Abweisung von Disziplinarbeschwerden durch den Oberauditor wäre somit rechtswidrig. Der Vollzug der Arreststrafe könnte nicht nur zur Beschwerde an die Europäische Menschenrechtskommission führen, sondern den Oberauditor auch Strafklagen wegen Freiheitsberaubung aussetzen.*

---

*Aufgrund dieser Betrachtungsweise war es dem Obergericht nicht mehr möglich, weiterhin über Disziplinarbeschwerden zu entscheiden. Damit ist ein Zustand eingetreten, der im Interesse der Handhabung der Disziplinarstrafgewalt raschestens beseitigt werden muss. Ernste staatspolitische Bedenken verbieten es, die Dinge in der Schwebe zu lassen, bis MStG und MStGO im ordentlichen Rechtssetzungsverfahren zu einer EMRK-konformen Regelung führen. In Form eines allgemein verbindlichen dringlichen Bundesbeschlusses soll deshalb die Möglichkeit geschaffen werden, den Entscheid über Disziplinarbeschwerden an die Grossrichter der Divisionsgerichte weiterzuziehen. Damit würde auch gewährleistet, dass die bereits hängigen Beschwerden zum grössten Teil noch vor Ablauf der Verjährung behandelt werden könnten.*

---

## Botschaft

### 1 Allgemeiner Teil

#### 11 Europäische Menschenrechtskonvention und militärisches Disziplinarstrafrecht

Vor der Ratifizierung der Europäischen Menschenrechtskonvention haben wir Ihnen einen Bericht, einen Ergänzungsbericht und eine Botschaft unterbreitet.

##### 111 Bericht vom 9. Dezember 1968 (BBl 1968 II 1057)

In diesem Bericht wurde dargelegt, wie sich die EMRK zur schweizerischen Rechtsordnung verhält. Es ergab sich, dass eine grosse Zahl landesrechtlicher Bestimmungen im Widerspruch zur EMRK zu stehen schienen. Die Frage, ob für alle diese Fälle ein Beitritt der Schweiz nur mit den entsprechenden Vorbehalten erfolgen könne, ist verneint worden. Es sollten nur in den wichtigsten Fällen Vorbehalte gemacht werden. Der Bericht führt aus, dass letzten Endes die Europäische Kommission für Menschenrechte oder der Gerichtshof beurteilen müssten, ob ein vorgelegter Sachverhalt eine Verletzung der der Schweiz durch die Konvention auferlegten Verpflichtungen bedeute.

In bezug auf das Militärstraf- und Strafprozessrecht wurde erkannt, dass ein Konflikt mit Artikel 5 EMRK eintreten könnte.

Im Bericht wird indessen nach Abwägung der Argumente und unter Bezugnahme auf die einschlägige Literatur wörtlich folgendes festgehalten:

*Wir glauben jedoch davon ausgehen zu können, dass aufgrund des besonderen Gewaltverhältnisses, durch welches die Militärpersonen an den Staat gebunden sind, diese gehalten sind, bei der Ausübung ihrer Rechte einschneidendere Beschränkungen auf sich zu nehmen als die übrigen Rechtsträger. Daraus folgt, dass sich die Konvention nicht im ganzen Umfange auf den Sonderfall diensttuender Militärpersonen anwenden lässt. ...*

Schliesslich dürfte noch von Interesse sein, dass die Europäische Menschenrechtskommission zum Schlusse gelangt ist, dass Artikel 6 der Konvention auf das Disziplinarstrafrecht keine Anwendung finden kann. Die Bestimmungen der Konvention sind ganz allgemein den Eigenheiten des Disziplinarrechts, das im militärischen Bereich die Aufrechterhaltung der Ordnung und Disziplin innerhalb der Truppe bezweckt, nicht angepasst. (BBl 1968 II 1093 f.)

Die in diesem Bericht festgehaltene Auffassung blieb massgebend, bis sie durch den Entscheid des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 8. Juni 1976 korrigiert worden ist. Seit diesem Datum besteht somit eine neue Situation.

Aufgrund der damaligen Beurteilung wurden im Bericht keine Vorbehalte in bezug auf das militärische Disziplinarstrafrecht vorgeschlagen. Solche Vorbehalte in bezug auf die Konvention und das erste Zusatzprotokoll erschienen uns lediglich angezeigt in bezug auf:

- die kantonalen Gesetze betreffend administrative Verwahrung
- Ausnahmen vom Grundsatz der Öffentlichkeit gewisser gerichtlicher Verhandlungen und Urteilsverkündigungen
- die konfessionellen Ausnahmeartikel
- die Ungleichheiten in bezug auf das Recht auf Unterricht
- die politische Stellung der Frau und die Ausnahmen vom geheimen Charakter der Wahlen (Landsgemeinde).

Der Nationalrat hat vom Bericht und der Schlussfolgerung, dass die Konvention mit den erwähnten Vorbehalten zu unterschreiben sei, mit 88:80 zustimmend Kenntnis genommen. Der Ständerat verweigerte mit 22:20 die Zustimmung. Angesichts dieses Abstimmungsergebnisses verzichteten wir auf die Unterzeichnung der EMRK.

#### **112      *Ergänzungsbericht vom 23. Februar 1972 (BBl 1972 I 989)***

Die Frage des Beitrittes der Schweiz zur EMRK wurde aufgrund parlamentarischer Vorstösse weiterverfolgt. Nachdem die Verfassungsänderung betreffend Frauen-Stimm- und Wahlrecht durchgeführt und bezüglich Jesuitenartikel die Botschaft vorgelegt worden war, erstatteten wir einen Ergänzungsbericht, der nur noch drei Vorbehalte enthielt. In bezug auf Militärstrafrecht und Disziplinarfragen blieb es bei den Feststellungen im Bericht von 1968. Nunmehr nahm der Nationalrat ohne Gegenstimme vom Bericht Kenntnis. Im Ständerat war das Verhältnis 22:7. Hierauf wurde die EMRK am 21. Dezember 1972 unterzeichnet.

#### **113      *Botschaft vom 4. März 1974 (BBl 1974 I 1035)***

Mit dieser Botschaft wurde den eidgenössischen Räten die EMRK zur Genehmigung unterbreitet. Wir liessen uns gleichzeitig ermächtigen, die Erklärung abzugeben, dass die Schweiz die Zuständigkeit der Europäischen Kommission für Menschenrechte zur Behandlung von Individualbeschwerden anerkennt sowie die Gerichtsbarkeit des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte als obligatorisch annimmt. In bezug auf das militärische Disziplinarstrafrecht ging die Botschaft von der bisherigen Auffassung aus und fügte bei:

Im übrigen werden wir Ihnen den Entwurf zu einer Revision des Militärstrafgesetzes und der Militärstrafgerichtsordnung unterbreiten, der u. a. die Kom-

petenzen des Obergerichtes genauer umschreiben und die Beschwerdemöglichkeiten gegen Haftbefehle unter Berücksichtigung der Bestimmungen der Konvention regeln soll (BBJ 1974 I 1041.)

Nummehr genehmigte der Nationalrat die EMRK mit 87:15 Stimmen. Im Ständerat betrug das Stimmenverhältnis 27:0.

Die Ratifikation erfolgte hierauf am 28. November 1974.

## **12 Das Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte i. S. Engel und andere**

Im Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 8. Juni 1976 wird u. a. festgestellt, dass der sogenannte strenge Arrest des niederländischen Militärdisziplinarrechts, der bei Tag und Nacht eingeschlossen in einer Zelle verbüsst werden muss, auch bei einer kurzen Dauer von zwei Tagen einen Freiheitsentzug im Sinne von Artikel 5 Ziffer 1 Buchstabe *a* EMRK darstelle. Der Gerichtshof hielt dafür, dass ein Freiheitsentzug auch gegenüber Angehörigen der Streitkräfte nur im Rahmen von Artikel 5 EMRK zulässig sei, in concreto komme Artikel 5 Ziffer 1 Buchstabe *a* zur Anwendung; danach dürfe die Freiheit einem Menschen nur entzogen werden, *«wenn er rechtmässig nach Verurteilung durch ein zuständiges Gericht in Haft gehalten werde»*. Die Bestimmung sei im Falle Engel verletzt worden, weil der verschärfte Arrest vollzogen worden sei, bevor ein Gerichtshof Gelegenheit gehabt habe, über die Rechtmässigkeit des Arrestes zu entscheiden. In diesem Punkt erging das Urteil mit 9:4 Stimmen. Dagegen könne sich der Soldat Engel nicht über eine Verletzung von Artikel 6 EMRK beschweren, da die Freiheitsbeschränkung, die Engel traf, zu kurz war, um in den Bereich des Strafrechtlichen zu fallen.

## **13 Schweizerisches Militärdisziplinarstrafrecht im Lichte des Urteils vom 8. Juni 1976**

### **131 Die Arreststrafen**

Das schweizerische Disziplinarstrafrecht kennt die Formen des scharfen und des einfachen Arrestes.

Die Dauer des scharfen Arrestes beträgt 3–20 Tage. Er wird durch Einschliessung bei Tag und Nacht in einem besonderen «Arrestlokal» vollzogen.

Es besteht kein Zweifel, dass dieser scharfe Arrest dem strengen Arrest nach holländischem Recht gleichzusetzen ist und somit nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte einen Freiheitsentzug im Sinne von Artikel 5 Ziffer 1 Buchstabe *a* EMRK darstellt.

Die Dauer des einfachen Arrestes beträgt 1–10 Tage. Er unterscheidet sich vom scharfen Arrest dadurch, dass der Bestrafte mit der Truppe ausrückt und nur die Freizeit im «Arrestlokal» verbringt. Insoweit ist es fraglich, ob der einfache Arrest einen Freiheitsentzug im Sinn der EMRK darstellt.

Wird dieser Arrest aber an Sonn- und Feiertagen oder – was vorkommt – ausserdienstlich vollzogen, unterscheidet er sich nicht vom scharfen Arrest. Die beiden Arrestarten sind deshalb im Hinblick auf die EMRK gleich zu behandeln. Eine Unterscheidung mag je nach den Umständen des konkreten Falles gegeben sein. Grundsätzlich rechtfertigt sie sich kaum.

### **132      Das Beschwerdeverfahren**

Die Disziplinarstrafgewalt steht den Kommandanten zu. Gegen eine Disziplinarstrafverfügung kann innert 24 Stunden Beschwerde an den Vorgesetzten des Straftenden erhoben werden. Gegen diesen Entscheid ist unter gewissen Voraussetzungen eine Beschwerdemöglichkeit an den Oberauditor der Armee gegeben.

Die Beschwerden haben aufschiebende Wirkung, es sei denn, sie werden offensichtlich missbräuchlich erhoben.

Disziplinarstrafen können auch von den kantonalen Militärbehörden ausgesprochen und innert fünf Tagen an das Eidgenössische Militärdepartement weitergezogen werden. Dieses entscheidet endgültig.

## **14      Folgerungen aus dem Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 8. Juni 1976**

### **141      Antwort auf Einfache Anfragen**

Am 7. Juli 1976 haben wir in Beantwortung der im Nationalrat eingereichten Einfachen Anfragen Morf vom 11. Juni 1976 und Grobet vom 23. Juni 1976 die Folgerungen dargelegt, die sich für das schweizerische Militärdisziplinarstrafrecht aus dem Urteil vom 8. Juni 1976 ergaben. Insbesondere führten wir aus, dass die Schweiz, wie die Minderheit des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, bisher angenommen habe, die EMRK sei im militärischen Bereich nicht integral anwendbar und zwar insbesondere nicht in bezug auf das militärische Disziplinarstrafrecht. Die Schweiz sei aber völkerrechtlich gehalten, die landesrechtlichen Normen mit den Bestimmungen der Konvention in ihrer Auslegung durch die Strassburger Organe in Einklang zu bringen. Die Arbeiten seien bereits an die Hand genommen worden. Die Bestimmungen des Militärdisziplinarrechtes seien durch das Urteil vom 8. Juni 1976 nicht ausser Kraft gesetzt worden und würden somit weiterhin gelten. Dies wurde am gleichen Tag den Kommandanten, Dienst-

abteilungen und kantonalen Militärbehörden durch ein Kreisschreiben des Eidgenössischen Militärdepartements mitgeteilt.

## 142 Revision von MStG und MStGO

Als das Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte erging, stand die Revision des MStG und der MStGO und damit des Disziplinarstrafrechts vor dem Abschluss. Die Studienkommission, die sich damit befasste, überprüfte ihre bisherigen Arbeiten und schlug eine Regelung vor, die das Disziplinarstrafverfahren in Übereinstimmung mit der EMRK bringen dürfte. Im wesentlichen handelt es sich um folgendes:

Verweis und Busse sollen nach wie vor nicht an ein Gericht weitergezogen werden können. Bei Disziplinarstrafverfügungen über einfachen oder scharfen Arrest bleibt vorerst die Beschwerdemöglichkeit an den nächsthöheren Kommandanten offen. Dessen Disziplinarbeschwerdeentscheid soll statt wie bisher nur in besonderen Fällen an den Obergericht nunmehr in jedem Fall an das zuständige Militärgericht weitergezogen werden können.

Die aufschiebende Wirkung der Beschwerde oder des Weiterzugs wird stets gegeben sein.

Um den Militärjustizapparat nicht zu sehr zu belasten, sollen nicht die Divisionsgerichte in voller Besetzung Disziplinarfälle beurteilen, sondern deren Präsidenten als Einzelrichter.

Um eine saubere Hierarchie in bezug auf den Weiterzug zu statuieren, ist vorgesehen, dass Disziplinarbeschwerdeentscheide je nach der Stufe des Vorgesetzten (bzw. Dienststelle) vom Präsidenten des Divisionsgerichtes oder vom Präsidenten des neu zu schaffenden Militärappellationsgerichtes beurteilt werden. Entscheide des Generals oder des Vorstehers des Militärdepartements würden vom vollzähligen Militärkassationsgericht überprüft.

Die zahlreichen, von den kantonalen Militärbehörden ausserdienstlich ausgesprochenen Disziplinarstrafen können an den Direktor der Eidgenössischen Militärverwaltung, von ihm bestätigte Arreststrafen an den Präsidenten des Appellationsgerichtes weitergezogen werden.

Da die Disziplinarfälle letztinstanzlich von ordentlichen Gerichten beurteilt werden, wird damit auch Artikel 6 EMRK (öffentliches Verfahren, Verteidigung) Genüge getan.

Der Wehrmann hat in allen Fällen die Möglichkeit, auf einen Weiterzug zu verzichten. Es werden somit nicht zwangsweise alle Disziplinarstrafen durch Gerichte überprüft.

Diese Regelung ist in die Vorlage aufgenommen worden, welche Ihnen in nächster Zeit zugehen wird.

## **15 Die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit der Europäischen Menschenrechtskonvention**

Wie dargelegt, waren wir bis jetzt davon ausgegangen, dass Artikel 5 Ziffer 1 Buchstabe *a* EMRK nicht unmittelbar anwendbar sei. Die Mitglieder der verwaltungsrechtlichen Kammer des Bundesgerichts haben dies in Frage gestellt. Sie äusserten sich zur unmittelbaren Anwendbarkeit dieser Bestimmung (Self-executing-Eigenschaft) am 12. November 1976 in Sachen eines Luftschuttsoldaten gegen den Oberauditor der Armee und das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement betreffend Nichterteilung der Ermächtigung zur Durchführung eines Strafverfahrens. Im einzelnen handelt es sich um folgendes:

### **151 Verwaltungsgerichtsbeschwerde eines Luftschuttsoldaten**

Am 6. November 1975 wurde ein Rekrut vom Kompanie-Instruktor seiner Rekrutenschule wegen Ungehorsams mit fünf Tagen scharfen Arrests bestraft. Gegen diese Disziplinarverfügung erhob er Beschwerde. Sie wurde vom Schulkommandanten abgewiesen. Diesen Entscheid zog der Wehrmann an den Oberauditor weiter, der die Beschwerde abwies. Gestützt darauf erliess der Kreiskommandant von Basel-Stadt einen Arrestbefehl, worin der Bestrafte zur Verbüssung der Arreststrafe auf den 16. Januar 1976 ins Militärarrestlokal Lohnhof in Basel aufgeboten wurde.

Am 5. Januar 1976 stellte der Luftschuttsoldat beim Bundesrat das Gesuch um Bezeichnung eines ausserordentlichen Oberauditors der Armee und auf Einleitung eines Militärstrafgerichtsverfahrens gegen den amtierenden Oberauditor. Er hielt dafür, der Oberauditor hätte sich des vollendeten Versuchs der Freiheitsberaubung schuldig gemacht, weil die Ausfällung des scharfen Arrestes der EMRK widerspreche und insbesondere nicht durch ein Gericht im Sinne von Artikel 5 Ziffer 1 Buchstabe *a* EMRK erfolgt sei. Falls die Arreststrafe vollstreckt werden sollte, hätte sich der Oberauditor der vollendeten Freiheitsberaubung schuldig gemacht.

Der Vollzug der Arreststrafe wurde nicht aufgeschoben.

Da der Oberauditor für Delikte, die er bei Amtshandlungen wie der hier in Frage stehenden begeht, nicht der Militärgerichtsbarkeit, sondern der bürgerlichen Gerichtsbarkeit untersteht, war für die Aufnahme der Strafverfolgung gegen ihn als Beamten der Bundesverwaltung gemäss Artikel 15 Absatz 1 des Verantwortlichkeitsgesetzes (SR 170.32) eine Strafverfolgungsermächtigung des Eidgenössischen

Justiz- und Polizeidepartements einzuholen. Zu diesem Zweck übermittelte das Eidgenössische Militärdepartement die Strafanzeige dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement, welches die Ermächtigung zur Durchführung eines Strafverfahrens verweigerte, weil ein strafbares Verhalten nicht vorläge.

Hiegegen führte der bestrafte Wehrmann Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Er beantragte, die Verfügung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements sei aufzuheben und die Ermächtigung zur Durchführung eines Strafverfahrens gegen den Oberauditor der Armee sei zu erteilen.

## 152 Urteil des Bundesgerichtes

Die verwaltungsrechtliche Kammer des Bundesgerichtes hat am 12. November 1976 die Beschwerde abgewiesen mit der Begründung, dass dem Oberauditor offensichtlich der deliktische Vorsatz fehlte. Es könne ihm klarerweise nicht vorgeworfen werden, er habe mit Wissen und Willen versucht, den Beschwerdeführer unrechtmässig festzunehmen oder ihm die Freiheit zu entziehen. Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement habe deshalb zu Recht die Strafverfolgungsermächtigung verweigert.

Ob auch künftighin dem Oberauditor in ähnlichen Fällen mangelnder subjektiver Straftatbestand zugute gehalten werden kann, erscheint zum mindesten fraglich.

Das Bundesgericht hat die Frage des objektiven Straftatbestandes zwar nicht zum Gegenstand seines Urteils gemacht, doch hat der Referent dargestellt, dass ein erhebliches öffentliches Interesse an der Abklärung der Frage bestehe, ob der Oberauditor auch unter der Herrschaft von Artikel 5 EMRK noch befugt war, und weiterhin befugt ist, als letztinstanzliche Beschwerdeinstanz fünf Tage scharfen Arrest zu verhängen, oder ob ihm dazu nunmehr die Zuständigkeit fehlt.

Bei der Beurteilung dieser Frage muss entsprechend den öffentlichen mündlichen Verhandlungen der verwaltungsrechtlichen Kammer von folgenden Erwägungen ausgegangen werden:

Ein Entscheid des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte schafft grundsätzlich nur Recht zwischen den Parteien; der Entscheid vom 8. Juni 1976 erging konkret zu Lasten des Königreichs der Niederlande. Doch wurde im Urteil bewusst offengelassen, welches die Auswirkungen des Entscheides für das Königreich der Niederlande nach Artikel 50 EMRK sein sollten (Ziff. 111 der Motive, Ziff. 22 des Dispositivs). A fortiori ist die Frage offen, welches die Auswirkungen wären, wenn ein schweizerischer Wehrmann in der gleichen Situation wie die holländischen Soldaten sich an die Organe der EMRK wenden würden. Artikel 50 EMRK sieht in keiner Weise vor, dass innerstaatliche Rechtsgrundsätze nichtig wären, wenn sie mit der EMRK nicht in Einklang stehen. Die Frage, wie

sich der Beitritt zur EMRK auf das interne Recht auswirkt, ist vielmehr grundsätzlich nach nationalem Recht zu beurteilen.

Es ist also nach schweizerischem Landesrecht zu entscheiden, ob Artikel 5 Ziffer 1 Buchstabe *a* EMRK in dem Sinn Bestandteil des schweizerischen Landesrechts geworden ist, dass er nunmehr dem eventuell mit ihm nicht im Einklang stehenden älteren schweizerischen Gesetzesrecht vorgeht. Die Frage nach der unmittelbaren landesrechtlichen Anwendbarkeit von Artikel 5 Ziffer 1 Buchstabe *a* EMRK ist also Vorfrage; ist sie zu bejahen, dann müsste das bisherige schweizerische militärische Disziplinarbeschwerdeverfahren vor der EMRK zurücktreten, soweit es damit in Widerspruch steht (Jörg Müller, Die Anwendung der Europäischen Menschenrechtskonvention in der Schweiz, ZSR 94/1975 I, 383; Dietrich Schindler, Die Bedeutung der EMRK für die Schweiz, ZSR 94/1975 I, 369).

Dabei beurteilt sich nach schweizerischer Auffassung die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit der staatsvertraglichen Normen aufgrund ihrer Justiziabilität; zu entscheiden ist, ob die einzelnen anzuwendenden Rechtsnormen des Staatsvertrages ein genügend klares Gebot oder Verbot aufstellen, das vom Richter unmittelbar angewandt werden kann (BGE 98 Ib 387, 101 Ib 290; Jörg Müller, a. a. O. 383; Arnold Koller, Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge und des EWG-Vertrages im innerstaatlichen Bereich, Schweizerische Beiträge zum Europarecht Bd. 8, 1971, 68 ff.).

Die meisten Regeln der EMRK sind hinreichend präzise, um unmittelbar angewandt werden zu können. Dies gilt insbesondere hinsichtlich von Artikel 5 EMRK, der das ungeschriebene verfassungsmässige Recht der persönlichen Freiheit näher konkretisiert.

Sofern die vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte entwickelten Grundsätze einer richtigen Auslegung von Artikel 5 EMRK entsprechen, sind sie auch von allen schweizerischen Instanzen anzuwenden.

Da die Richtigkeit dieser Auffassung nicht auszuschliessen ist, musste sich der Oberauditor ausserstande sehen, weiterhin über Beschwerden zu entscheiden; er würde sich erneut einer Strafverfolgung wegen Freiheitsberaubung aussetzen.

## **16 Die Anwendung von Artikel 5 Ziffer 1 Buchstabe *a* EMRK als schweizerisches Recht**

Unser Disziplinarverfahren kennt keinen Weiterzug von Disziplinarscheiden an gerichtliche Instanzen. Es ist fraglich, ob dem Oberauditor, dessen Unabhängigkeit in Artikel 183<sup>ter</sup> der Militärorganisation verankert ist, richterliche Eigenschaft zukommt. An welches Gericht sollen also Disziplinarscheide weiterge-

zogen werden können? Auf welchem Weg? Welches sind die Verfahrensvorschriften?

Wir haben in Erwägung aller Möglichkeiten folgende Lösung dieses Problems in Betracht gezogen:

### **161 Vollziehungsverordnung des Bundesrates oder allgemeinverbindlicher dringlicher Bundesbeschluss**

Dass die EMRK in der internen Rechtsordnung zumindest Gesetzesrang erlangte, trifft schon nach der früheren Auffassung der Bundesbehörden zu (BGE 101 IV 253 f.; BBl 1974 I 1059). Ferner besitzen die von der Bundesversammlung genehmigten bzw. ratifizierten Staatsverträge Gesetzeskraft, werden also – soweit sie generelle Normen enthalten – ohne besondere Aufnahme in ein Gesetz wirksam. Im Verhältnis zu Bundesgesetzen, allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen und andern Staatsverträgen gilt die Regel «lex posterior derogat legi priori», d. h. der spätere Staatsvertrag hebt das ihm zuwiderlaufende frühere Gesetz auf.

Nach Artikel 102 Ziffer 5 BV vollzieht der Bundesrat die Bundesgesetze und -beschlüsse. Darunter wird die Kompetenz, Vollziehungsverordnungen zu erlassen, mitverstanden, denn «auch die rechtssetzenden Vollziehungsverordnungen haben im Verhältnis zum Gesetz exekutorische Funktion, da sie gleich den Verwaltungsverordnungen dessen Anwendbarkeit ermöglichen sollen» (Fleiner/Giacometti S. 801 unten f.). Wendet man diesen Grundsatz analog auf Staatsverträge an – was nicht als abwegig erscheint, da Staatsverträge auf gleicher Stufe stehen wie die in Artikel 102 Ziffer 5 BV angeführten Erlasse –, so wäre der Bundesrat befugt, Vollziehungsverordnungen auch zu Staatsverträgen zu erlassen. Vorliegend bestimmt Artikel 5 Ziffer 1 Buchstabe a EMRK, dass ohne gerichtliche Beurteilung ein Freiheitsentzug widerrechtlich ist. Diese Norm enthält alle primären Rechtssätze; dass die Bezeichnung des zuständigen Gerichts und die Wahl eines angemessenen Verfahrens zur «näheren Regelung einer bereits ... grundsätzlich geordneten Materie» (Fleiner/Giacometti S. 803 unten) gehören, darf angenommen werden.

So betrachtet könnte man folgern, der Bundesrat sei befugt, zu Artikel 5 Ziffer 1 Buchstabe a EMRK, der früherem abweichendem Gesetzesrecht vorgehe, eine Vollziehungsverordnung zu erlassen, worin er das zuständige Gericht und das Verfahren bestimme. Dieser Schluss würde voraussetzen, dass aus der EMRK ohne weiteres hervorginge, welche Bestimmungen des MStG ihr im einzelnen widersprechen. Vergleicht man jedoch Artikel 5 Ziffer 1 Buchstabe a EMRK mit den Artikeln 212 und 213 MStG, so erhellt keineswegs, welche Bestimmungen des MStG zufolge des Vorrangs der EMRK im einzelnen nicht mehr gelten sollen. Das träfe zu, wenn die EMRK von der gleichen Frage ausginge wie das MStG – um sie dann allerdings anders zu beantworten. Hier aber steht ein grundsätzliches

Postulat einer detaillierten Verfahrensregelung gegenüber, wobei sich diese auf verschiedene Weise an jenes anpassen lässt, z. B. indem an die Stelle der in Artikel 209 Absatz 1 Buchstabe *b–d*, 212 und 213 MStG vorgesehenen Beschwerdeinstanzen (Chef EMD, Oberbefehlshaber der Armee, Bundesrat, Ombudsman) ein Gericht träte, oder indem man die in Artikel 212 Absatz 4 und Artikel 213 Absatz 3 MStG ausgeschlossene Weiterziehung (an ein Gericht) einführt. Bei dieser Sachlage kann nicht gesagt werden, die EMRK ersetze bestimmte Normen des MStG. Damit eine Vollziehungsverordnung des Bundesrates genüge, wäre erforderlich, dass nach Gegenüberstellung von EMRK und MStG, aufgrund des Satzes «lex posterior derogat legi priori» keine Fragen auf Gesetzesstufe offen blieben. Ist dies – wie hier – trotzdem der Fall, so hat der Gesetzgeber sie zu beantworten.

Es bedarf demzufolge einer Regelung auf Gesetzesstufe. Da die Handhabung des Disziplinarstrafrechts bei der entstandenen Lage nicht mehr gewährleistet ist, kann nicht bis zur in Aussicht genommenen Revision des MStG zugewartet werden. Auch dürfen die hängigen Beschwerdefälle nicht wegen der entstehenden Verzögerung verjähren. Es ist deshalb notwendig, einen dringlichen Bundesbeschluss zu erlassen.

## **2 Besonderer Teil: Erläuterung der Artikel des Bundesbeschlusses**

### *Artikel 209 Absatz 1 Buchstabe c und d*

Als neue Disziplinarbeschwerdeinstanz soll anstelle des Vorstehers des Militärdepartements der Direktor der Eidgenössischen Militärverwaltung eingesetzt werden mit der Kompetenz, über Beschwerden gegen Disziplinarstrafverfügungen kantonaler Militärbehörden zu entscheiden, mit Weiterziehungsmöglichkeit an den Grossrichter des zuständigen Divisionsgerichts. Richtet sich die Disziplinarbeschwerde gegen Disziplinarstrafverfügungen des Vorstehers des EMD, so soll nicht mehr der Bundesrat als Beschwerdeinstanz entscheiden, sondern eine gerichtliche Instanz. Hiefür ist das Militarkassationsgericht vorgesehen, welches als Gesamtgericht letztinstanzlich entscheidet.

### *Artikel 210 Absatz 3*

Artikel 5 Ziffer 1 Buchstabe *a* EMRK schliesst die Möglichkeit aus, einer Disziplinarbeschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen. Auf die im geltenden Recht vorgesehene Kompetenz der Beschwerdeinstanz, den sofortigen Vollzug der Disziplinarstrafe anzuordnen, wenn die Beschwerde offensichtlich missbräuchlich erhoben wird, muss daher verzichtet werden.

*Artikel 211 Absatz 3*

Der zweite Satz berücksichtigt die vorgesehene Regelung, wonach die Weiterziehung an keine Bedingungen mehr gebunden sein soll und vorgesehen ist, den Oberauditor durch gerichtliche Instanzen zu ersetzen.

*Artikel 212*

Die Weiterziehung des Entscheids über eine Disziplinarbeschwerde soll nicht mehr nur dann möglich sein, wenn wesentliche Verfahrensvorschriften verletzt worden sind oder der Entscheid in offensichtlicher Missachtung erheblicher Tatsachen gefällt wurde. Entsprechend Artikel 5 Ziffer 1 Buchstabe a EMRK soll der Wehrmann das uneingeschränkte Recht besitzen, die ausgefallene Arreststrafe gerichtlich überprüfen zu lassen. Als Weiterzugsinstanzen sind die Grossrichter der zuständigen Divisionsgerichte als Einzelrichter vorgesehen. Wird der Disziplinarbeschwerdeentscheid des Vorstehers des EMD angefochten, so soll das Militärkassationsgericht als Weiterzugsinstanz eingesetzt werden.

Die Weiterziehungserklärung mit dem angefochtenen Disziplinarbeschwerdeentscheid ist dem Oberauditor einzureichen, der für die Weiterleitung an das zuständige Divisionsgericht besorgt ist.

Auch im Weiterziehungsverfahren ist darauf zu verzichten, dass die aufschiebende Wirkung unter gewissen Voraussetzungen entzogen werden kann. Die Arreststrafe darf erst nach Eintritt der Rechtskraft der Disziplinarstrafverfügung vollzogen werden.

*Artikel 213*

Für die gerichtliche Überprüfung von Arreststrafen sind die Verfahrensgarantien von Artikel 6 EMRK (Öffentlichkeit, Unschuldvermutung, Verteidigung usw.) zu beachten. Es ist daher eine öffentliche Parteiverhandlung vorgesehen, wofür die Vorschriften der Militärstrafgerichtsordnung über Öffentlichkeit und Sitzungspolizei sowie über die Hauptverhandlung und deren Vorbereitung sinngemäss anwendbar sein sollen.

Als Grundlage für die Parteiverhandlung soll anstelle der Anklageschrift die Disziplinarstrafverfügung mit dem Disziplinarbeschwerdeentscheid treten.

Dem Militärkassationsgericht werden für die Durchführung der Parteiverhandlung vom Oberauditor die erforderlichen Auditoren zur Verfügung gestellt.

Nach Artikel 134 MStGO ist dem Auditor die ununterbrochene Anwesenheit an der Hauptverhandlung vorgeschrieben. In Beschwerdesachen soll es dem Auditor

anheimgestellt werden, ob er an der Parteiverhandlung teilnehmen will. Verzichtet er darauf, so soll er verpflichtet sein, zur Weiterziehung schriftlich Stellung zu nehmen.

Durch den Entscheid der Weiterzugsinstanz darf die Strafe nicht verschärft werden. Er soll entsprechend der bisherigen Regelung endgültig sein.

### **3            Finanzielle und personelle Auswirkungen**

#### **31           Finanzielle Auswirkungen**

Die Möglichkeit der Weiterziehung von Disziplinarbeschwerden an die Grossrichter der Divisionsgerichte könnte unter Umständen zu bescheidenen, allerdings zurzeit nicht abwägbaren, Mehrkosten führen. Da aber nicht mit vielen Beschwerden pro Divisionsgericht zu rechnen ist und sie im Anschluss an die regelmässigen Gerichtssitzungen erledigt werden, fallen die Kosten nicht ins Gewicht.

#### **32           Personelle Auswirkungen**

Personelle Auswirkungen ergeben sich keine.

#### **33           Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden**

Es ergibt sich keine Belastung der Kantone und Gemeinden.

### **4            Verfassungsmässigkeit**

Die Verfassungsmässigkeit des Militärstrafgesetzes ist gegeben durch die Artikel 20 und 64<sup>bis</sup> der Bundesverfassung.

Der vorliegende allgemeinverbindliche dringliche Bundesbeschluss unterliegt gemäss Artikel 89<sup>bis</sup> Absätze 1 und 2 der Bundesverfassung dem fakultativen Referendum und ist zu befristen. Er hat bis zum Inkrafttreten des revidierten MStG zu gelten. Da die Dauer der Beratungen für die Revision des MStG und der MStGO nicht ohne weiteres geschätzt werden kann, soll der Bundesbeschluss bis zum 31. Dezember 1979 gelten, wenn er nicht früher durch das MStG aufgehoben wird.

(Entwurf)

## **Bundesbeschluss über die Änderung des Militärstrafgesetzes**

*Die Bundesversammlung  
der Schweizerischen Eidgenossenschaft,*

nach Einsicht in eine Botschaft des Bundesrates vom 2. März 1977 <sup>1)</sup>,

*beschliesst:*

### I

Für die Geltungsdauer dieses Beschlusses wird das Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927 <sup>2)</sup> wie folgt geändert:

*Art. 209 Abs. 1 Bst. c und d*

<sup>1</sup> Die Disziplinarbeschwerde ist zu richten:

- c.* gegen die Disziplinarstrafverfügung einer kantonalen Militärbehörde an den Direktor der Eidgenössischen Militärverwaltung;
- d.* gegen die Disziplinarstrafverfügung des Vorstehers des Eidgenössischen Militärdepartements an das Militärkassationsgericht.

*Art. 210 Abs. 3*

<sup>3</sup> Die Beschwerde hemmt den Vollzug der Disziplinarstrafe.

<sup>1)</sup> BBl 1977 I 1129

<sup>2)</sup> SR 321.0

*Art. 211 Abs. 3*

<sup>3</sup> Der Entscheid über eine Disziplinarbeschwerde ist den Beteiligten unter Angabe der Gründe schriftlich zu eröffnen. Frist und zuständige Stelle für die Weiterziehung sind anzugeben.

*Art. 212*

<sup>1</sup> Der Bestrafte kann den Entscheid über seine Beschwerde Weiterziehung gegen die Bestrafung mit einfachem oder scharfem Arrest schriftlich an den Grossrichter des zuständigen Divisionsgerichts weiterziehen. Dieser entscheidet als Einzelrichter.

<sup>2</sup> Wurde der Disziplinarbeschwerdeentscheid durch den Vorsteher des Militärdepartements gefällt, so ist das Militärkassationsgericht Weiterziehungsinstanz.

<sup>3</sup> Die Weiterziehungserklärung ist unter Beilage des angefochtenen Disziplinarbeschwerdeentscheides dem Oberauditor zuhänden der zuständigen Weiterziehungsinstanz einzureichen.

<sup>4</sup> Die Weiterziehungsfrist beträgt, von der Eröffnung an gerechnet, während des Dienstes drei Tage und ausserhalb des Dienstes zehn Tage. Der Tag der Eröffnung wird nicht mitgerechnet.

<sup>5</sup> Die Weiterziehung hemmt den Vollzug der Disziplinarstrafe.

*Art. 213*

<sup>1</sup> Die Vorschriften der Militärstrafgerichtsordnung<sup>1)</sup> über die Öffentlichkeit und die Sitzungspolizei sowie über die Hauptverhandlung und deren Vorbereitung gelten sinngemäss. Verfahren und Eröffnung des Entscheides

<sup>2</sup> Als Anklageschrift gilt die Disziplinarstrafverfügung mit dem Disziplinarbeschwerdeentscheid.

<sup>3</sup> Der Oberauditor stellt dem Militärkassationsgericht die erforderlichen Auditoren zur Verfügung.

<sup>4</sup> Der Auditor kann der Hauptverhandlung fernbleiben, sofern er zur Weiterziehung schriftlich Stellung genommen hat.

<sup>5</sup> Durch den Entscheid darf die Strafe nicht verschärft werden. Er ist endgültig.

<sup>1)</sup> SR 322.1

## II

<sup>1</sup> Dieser Beschluss ist allgemeinverbindlich.

<sup>2</sup> Er wird nach Artikel 89<sup>bis</sup> Absatz 1 der Bundesverfassung als dringlich erklärt und tritt am Tage der Verabschiedung in Kraft.

<sup>3</sup> Er untersteht nach Artikel 89<sup>bis</sup> Absatz 2 der Bundesverfassung dem fakultativen Referendum und gilt bis zum Inkrafttreten des revidierten Militärstrafgesetzes, längstens jedoch bis zum 31. Dezember 1979.