

Prof. Reck

Bern, den 13. August 1953.

M,

JUSTIZABTEILUNG	
Faszikel-No.	14-193
+	13 AUG. 1953
Aktenstück-No.	2

Herrn Bundesrat M. Feldmann,
 Vorsteher des Eidgenössischen
 Justiz- und Polizeidepartements,
Bern.

VERTRAULICH.

AUSGANG

— 13. AUG. 1953 —

Herr Bundesrat,

Ihren Auftrage gemäss beehren wir uns, im folgenden zu den Rechtsfragen Stellung zu nehmen, die sich im Zusammenhang mit der von Oberstdivisionär Rihner vorgenommenen militärischen Beförderung von Mitgliedern der nach Korea entsandten militärischen Delegation ergeben.

Rechtlich sind drei Fragen zu unterscheiden: Die Frage nach der Rechtmässigkeit der von Rihner getroffenen Massnahmen, die Frage, was der Bundesrat hinsichtlich der künftigen Stellung der Delegation unternehmen kann, und die Frage der rechtlichen Sanktionen gegenüber Rihner.

1. Zunächst die Frage der Gültigkeit der getroffenen Massnahmen.

Soweit wir orientiert sind, hat Rihner in Korea den Obersten Asper als Oberstbrigadier und den Oberleutnant Bossi als Oberst vorgestellt und beim EKD um die Zustellung der bezüglichen Gradabzeichen nachgesucht. Dabei bestand die Meinung, dass die beiden Offiziere während der Dauer ihrer Mission in Korea berechtigt sein sollen, dort mit den neuen militärischen Graden aufzutreten, d.h. den Titel und die Gradabzeichen der Uniform zu tragen.

Es kann kein Zweifel darüber bestehen, dass keine gültige militärische Beförderung vorliegt. Vor allem war Rihner für eine solche Beförderung nicht zuständig. Denn nach Art. 21, Abs. 2, lit.c, der Beförderungsverordnung vom 20. November 1951 (AS 1951:1051) ist es allein Sache des Bundesrates, Offiziere zu Stabsoffizieren zu befördern oder die Beförderung von Stabsoffizieren vorzunehmen. Dabei ist Voraussetzung ein Fähigkeitszeugnis (Art. 16 VO), das für Stabsoffiziere von der Landesverteidigungskommission ausgestellt wird (Art. 70 MO und 19 VO).



Die beiden in Frage stehenden "Beförderungen" sind nicht vom Bundesrat ausgegangen, und es fehlte auch an einem Fähigkeitszeugnis. Ueberdies war eine eigentliche Beförderung gar nicht beabsichtigt. Bei Oberleutnant Bossi fehlt es ausserdem offenbar an den in den Art. 28 ff VO umschriebenen materiellen Bedingungen betreffend Bekleidung der Zwischenstufe während bestimmter Dauer, Wiederholungskurse, Kommando usw. Deshalb ist u.E. keine Beförderung zustande gekommen. Und zwar ist die Nichtigkeit der scheinbaren Beförderung ohne weiteres gegeben. Trotzdem mag es sich empfehlen, zur Vermeidung irrthümlicher Auffassungen die Nichtigkeit ausdrücklich festzustellen. Nach Art. 66, Abs. 2, MO ist der Bundesrat zur Ungültigerklärung von Ernennungen und Beförderungen, die der MO nicht entsprechen, berechtigt, während das EMD nach Art. 24, Abs. 1, VO dazu verpflichtet ist.

Aber auch für die blosse Ermächtigung der beiden Offiziere, einen höheren Titel und die bezüglichen Gradabzeichen während der Dauer der Mission zu führen, war Rihner nicht zuständig. Ausserdem ist in unserer Rechtsordnung die Möglichkeit nicht vorgesehen, einen militärischen Titel oder Grad nur vorübergehend zu tragen, und ohne dass damit gewisse Rechte und Pflichten verbunden sind. Wer einen Grad bekleidet hat, behält ihn, auch wenn er das Kommando nicht mehr führt (Art. 63, Abs. 2, MO). Es liegt somit auch keine gültige Ermächtigung zur zeitlich beschränkten Führung des Titels und der Gradabzeichen vor.

2. Welche Massnahmen kann der Bundesrat hinsichtlich der künftigen militärischen Stellung der Delegationsmitglieder treffen ?

In Frage kommen die Richtigstellung, die Zurückberufung, die stillschweigende Duldung des geschaffenen Zustandes und die Genehmigung. Falls mehrere Massnahmen zugleich rechtlich als zulässig erscheinen, entscheidet die Zweckmässigkeit, d.h. die bessere Wahrung der Gesamtinteressen des Landes.

a. Der Bundesrat könnte veranlassen, dass eine Richtigstellung erfolgt, d.h. dass der richtige Rang bekanntgegeben wird, und dass keine unzutreffenden Gradabzeichen getragen werden dürfen. Hiesu ist er nach Art. 66, Abs. 2, MO zweifellos berechtigt. In Verbindung mit dieser Massnahme wäre eine Rückberufung der beiden "Beförderten" Offiziere wohl unvermeidlich.

Diese Lösung wäre die sauberste und klarste und daher in erster Linie anzustreben.

b. Mit Rücksicht auf das Ansehen des Landes könnte der Bundesrat sich statt dessen veranlassen sehen, sich damit zu begnügen, die beiden Offiziere zurückzuberufen und sie durch andere zu ersetzen, welche die nötigen Grade tatsächlich bereits besitzen oder auf dem ordentlichen Wege erhalten.

- 3 -

Damit würde wenigstens für die Zukunft ein Zustand geschaffen, der den geltenden Vorschriften entspricht.

c. Endlich fragt es sich, ob der Bundesrat befugt sei, die von Mihner getroffenen Massnahmen stillschweigend oder ausdrücklich nachträglich zu genehmigen.

Blosses Stillschweigen müsste wohl als Zustimmung und nachträgliche Genehmigung gedeutet werden, besonders wenn nachträglich die gewünschten Gradabzeichen zur Verfügung gestellt würden. Diese Lösung wäre aber unklar und ist schon aus diesem Grunde nicht empfehlenswert. Es bleibt deshalb nur die Frage, ob eine ausdrückliche Genehmigung rechtlich möglich und eventuell praktisch notwendig ist.

Nach den geltenden militärrechtlichen Vorschriften ist der Bundesrat, wie bereits erwähnt, nicht berechtigt, jemand zu ernächtigen, bloss vorübergehend einen militärischen Titel und militärische Rangabzeichen zu tragen (Art. 63, Abs. 2, MO).

Kann der Bundesrat aber eine eigentliche, d.h. dauernde Beförderung im gewünschten Sinne vornehmen? Eine Beförderung von Oberst Asper zum Oberstbrigadier dürfte rechtlich möglich sein. Zur Frage ihrer Opportunität haben wir nicht Stellung zu nehmen. Dagegen sind für die Beförderung von Oberleutnant Bossi zum Obersten - wie bereits ausgeführt wurde - die für die normale Beförderung verlangten materiellen Voraussetzungen (gemäss Art. 28 ff VO betr. Bekleidung der dazwischenliegenden Grade während bestimmter Zeit, Wiederholungskurse usw.) offenbar nicht gegeben.

Nun bestimmt aber Art. 4, Abs. 2, VO für ausserordentliche Fälle: "In zwingenden Fällen und auf begründeten Antrag des Eidgenössischen Militärdepartements kann der Bundesrat ausnahmsweise Beförderungen vornehmen, bei denen die Beförderungsbedingungen nicht vollständig erfüllt sind." Das ist wohl so zu verstehen, dass der Bundesrat ausnahmsweise, bei Vorliegen zwingender Gründe eine Beförderung vornehmen kann, obschon nicht alle, wohl aber die meisten und wichtigsten Bedingungen erfüllt sind. Wenn das zutrifft, ist eine Ermessensfrage, die u.a. auch davon abhängig ist, welche zwingenden Gründe vorliegen. Im Falle Bossi dürften aber die Voraussetzungen für eine Beförderung zum Obersten auch nach dieser Ausnahmebestimmung nicht gegeben sein.

Der Bundesrat wäre allerdings befugt, diese von ihm selbst erlassenen Vorschriften abzuändern. Die Abänderung könnte aber nur im Sinne einer generellen Norm erfolgen und ohne eine solche Abänderung wäre der Bundesrat nicht berechtigt, von den von ihm selbst aufgestellten Normen abzuweichen (vgl. Marti, Verordnungsrecht des Bundesrates, S.96).

Kann der Bundesrat jedoch auf Grund seiner aussenpolitischen Kompetenzen weiter gehen und z.B. einen Oberleutnant ernächtigen, in Ausübung einer diplomatischen Mission den Titel und die Gradabzeichen eines Obersten zu führen?

Ausser Frage steht wohl, dass der Bundesrat berechtigt ist, einen diplomatischen Titel zu verleihen, und zwar auch einen solchen mit bloss beschränkter zeitlicher Geltung. Bestiglich der militärischen Titel und Gradabzeichen bestehen aber gesetzliche Beschränkungen. Es fragt sich deshalb, ob der Bundesrat sich aus aussenpolitischen Erwägungen über diese hinwegsetzen kann.

Gemäss Art. 102, Ziffer 9, BV wacht der Bundesrat "für die äussere Sicherheit, für die Behauptung der Unabhängigkeit und Neutralität der Schweiz". Es ist heute kaum noch bestritten, dass diese aussenpolitische Notrechtsbestimmung dem Bundesrat sehr weitgehende Kompetenzen gibt und ihn ermächtigt, nötigenfalls über das Gesetz und in den äussersten Fällen sogar über die Verfassung hinauszugehen. So hat das Bundesgericht (BGE 64 I 373) ausgeführt: "Droht eine Gefahr für die äussere Sicherheit und Unabhängigkeit der Schweiz, und ist der Bundesrat genötigt, sich auf Art. 102, Ziffer 9, zu berufen, um rasch handeln zu können, so steht der Ingress des Art. 102 dem Erlass einer Verordnung jedenfalls nicht entgegen. Es hätte dann keinen Sinn, das unbedingte Gesetzgebungsrecht der Bundesversammlung und des Volkes zu wahren, wenn daraus eine Bedrohung der Existenz der Eidgenossenschaft erwachsen würde." Es ist aber klar, dass im vorliegenden Fall die Voraussetzungen für ein Einschreiten auf Grund dieser Bestimmung nicht gegeben sind.

Begegen fragt es sich, ob der Bundesrat die Befugnis zur nachträglichen Genehmigung nicht aus Ziffer 8 von Art. 102 BV ableiten kann, welche bestimmt: "Er (d.h. der Bundesrat) wahrt die Interessen der Eidgenossenschaft nach aussen, wie namentlich die völkerrechtlichen Beziehungen, und besorgt die auswärtigen Angelegenheiten überhaupt." Es ist selbstverständlich, dass der Bundesrat sich auch in diesen Fällen an Verfassung und Gesetz zu halten hat, wenn die Interessen der Schweiz auf diesem Wege gewahrt werden können. In manchen Fällen tritt aber eine Kollision ein, indem die Wahrung der Staatsinteressen nach aussen ohne Verletzung gewisser interner Vorschriften gar nicht möglich ist. Es stellt sich dann die Frage, ob Art. 102, Ziffer 8, den Bundesrat ermächtigt, über die interne Gesetzgebung hinauszugehen, soweit die Wahrung der Landesinteressen das erfordert. Burckhardt (Kommentar, S. 739) bemerkt dazu: "Der Bundesrat, der für die völkerrechtlichen Beziehungen der Schweiz verantwortlich ist, kann auch im Innern die dazu nötigen Massnahmen treffen, z.B. Kundgebungen gegen fremde Regierungen oder ihre Vertreter untersagen, auch wo die äussere Sicherheit noch nicht gefährdet ist; er hat z.B. die Propaganda auf Abberufung des Deutschen Gesandten im Jahre 1918 (34:631; Salis-B. Nr. 45 III) sowie antifaschistische Kundgebungen verboten; er hat durch Verordnung vom 12. Juli 1918 Zwangsvollstreckung in das Vermögen fremder Staaten verboten (34:775)."

Selbst wenn man nicht so weit gehen will wie Burckhardt, wird man doch anerkennen, dass Ziffer 8 von Art. 102 BV den Bundesrat ermächtigt, ~~sogar~~ von der Beobachtung nicht grundlegender internrechtlicher Vorschriften abzuweichen, wenn das zur Wahrung

- 5 -

erheblich schwerer wiegender Gesamtinteressen des Staates unerlässlich ist. Unter solchen Umständen könnte möglicherweise auch die Ernächtigung eines Oberleutnants, vorübergehend den Titel und die Gradabzeichen eines Obersten zu tragen, als zulässig betrachtet werden. Ob aber im gegebenen Fall die Voraussetzungen dazu gegeben sind, ist eine Ermessensfrage politischen Charakters. Wir haben deshalb zu ihr nicht Stellung zu nehmen. Immerhin möchten wir nicht unterlassen, darauf hinzuweisen, dass das Abweichen von der festgelegten Beförderungsordnung in Einzelfällen nach innen tiefgreifende Wirkungen (z.B. in bezug auf das Vertrauen in die Rechtsordnung) haben kann.

Rechtlich zulässig wäre jedenfalls eine Regelung im Wege eines Staatsvertrages, da eine solche der internen Gesetzgebung vorgeht.

3. Zur Beurteilung der Frage, ob und allenfalls welche Massnahmen gegenüber Rihner zu ergreifen sind, ist in erster Linie das Eidgenössische Militärdepartement berufen. Wir können deshalb davon absehen, zu ihr Stellung zu nehmen, und möchten lediglich darauf hinweisen, dass das Verhalten Rihners milder beurteilt werden muss, wenn die Notwendigkeit seiner Massnahmen bejaht und ausserdem angenommen wird, dass für die Einholung einer Ernächtigung nicht genügend Zeit war.

Genehmigen Sie, Herr Bundesrat, die Versicherung unserer vorzüglichen Hochachtung.

DER CHEF DER JUSTIZABTEILUNG
Der Stellvertreter

sig. Beck