

**COMPETENCE CENTER
FORENSIK UND
WIRTSCHAFTSKRIMINALISTIK**

Lucerne University of
Applied Sciences and Arts

**HOCHSCHULE
LUZERN**

Wirtschaft

Master of Advanced Studies in Forensics (MAS Forensics)

Der Untersuchungsbefehl im Militärstrafprozess

Eingereicht von

lic. iur. Marcel Brun

Klasse MAS Forensics 3

am 11. Mai 2011

betreut von

Dr. iur. Jürg Sollberger

I.	INHALTSVERZEICHNIS.....	I
II.	LITERATURVERZEICHNIS.....	III
III.	MATERIALIENVERZEICHNIS.....	VI
IV.	ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....	IX
V.	DANK.....	XII
VI.	KURZFASSUNG.....	XIII

I. INHALTSVERZEICHNIS

1.	Die Bedeutung der Militärgerichtsbarkeit	1
1.1.	Zuständigkeit	1
1.2.	Sondergerichtsbarkeit	3
1.3.	Kritik an der geltenden Institution und Abschaffungsversuche	4
1.4.	Aktuelle Entwicklung	4
1.5.	Exkurs: Staaten mit Militärgerichtsbarkeit in Westeuropa	5
2.	Die Organisation der Militärgerichtsbarkeit.....	6
3.	Die Wechselwirkung zwischen der militärischen und der bürgerlichen Gerichtsbarkeit.....	8
4.	Die Grundlagen des Untersuchungsbefehls.....	9
4.1.	Bedeutung und Zweck des Untersuchungsbefehls	9
4.1.1.	Allgemeines	9
4.1.2.	Unterscheidung zwischen Voruntersuchung und vorläufiger Beweisaufnahme	10
4.1.3.	Unterscheidung zwischen Disziplinarstrafverfahren und Militärgerichtsverfahren.....	11
4.2.	Die Formalien des Untersuchungsbefehls.....	12
5.	Die historische Bedeutung des Untersuchungsbefehls	14
5.1.	Vor dem Inkrafttreten der Militärstrafgerichtsordnung von 1889: Leitung der Voruntersuchung durch einen Strafpolizeibeamten.....	14

5.2.	Die Militärstrafgerichtsordnung von 1889.....	16
5.2.1.	Regelungsbedarf.....	16
5.2.2.	Exkurs: Die Militärische Sicherheit.....	17
5.3.	Der Militärstrafprozess von 1979.....	18
5.4.	Zusammenfassende Betrachtung aus heutiger Sicht: Der Untersuchungsbefehl als Formerfordernis oder blosse tradierte Formalität?.....	19
6.	Die Problematik der fehlenden Kompetenz des Untersuchungsrichters zur Anhebung einer Untersuchung nach geltendem Recht.....	20
6.1.	Anordnung von Zwangsmassnahmen bei zeitlicher und sachlicher Dringlichkeit vor dem Hintergrund der Qualität der Beweissicherung.....	20
6.2.	Ungenügen der Sicherungsklausel gemäss Art. 101 Abs. 2 MStP.....	20
6.3.	Das beschränkte Subsidiaritäts- und Opportunitätsprinzips seitens der Truppe.....	23
6.3.1.	Missbrauchsgefahr.....	23
6.3.2.	Kontrolle und Aufsicht.....	24
6.4.	Die Folgen des fehlenden Untersuchungsbefehls.....	25
6.5.	Die Auswirkungen der geltenden Regelung in der Praxis.....	27
6.6.	Exkurs: Die Möglichkeit des Untersuchungsrichters zur selbständigen Anhebung einer Voruntersuchung.....	28
7.	Fazit und Lösungsvorschlag.....	30

II. LITERATURVERZEICHNIS

- AMBERG PETER Grenzlinien zwischen militärischem und bürgerlichem Strafrecht,
Diss. Bern 1975
- BUOB ERNST Die Berechtigung der Militärgerichtsbarkeit im schweizerischen
demokratischen Rechtsstaat, Diss. Zürich 1974 (zit. BUOB,
Berechtigung der Militärgerichtsbarkeit)
- BUSINGER LUDWIG Das Kriegsrecht der Schweizer in fremden Diensten,
Diss. Bern 1916
- HÄFELIN ULRICH /
HALLER WALTER /
KELLER HELEN Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich etc. 2008
(zit. HÄFELIN / HALLER / KELLER, Bundesstaatsrecht)
- HAEFLIGER ARTHUR Kommentar zur Militärstrafgerichtsordnung, Bern 1959
(zit. HAEFLIGER, MStGO-Kommentar)
- HAEFLIGER ARTHUR Verkehrsdelikt und Militärstrafrecht, in: ZStrR 1965, S. 257
- HAMMER MAX Die Voruntersuchung im schweizerischen Militärstrafverfahren,
Diss. Zürich 1941 (zit. HAMMER, Voruntersuchung)
- HAURI KURT Kommentar zum Militärstrafgesetz, Bern 1983 (zit. HAURI,
MStG-Kommentar)
- HAURI KURT Über das militärische Disziplinarstrafrecht, in: ZStrR 1977,
S. 224 ff.
- HAUSER PETER /
FLACHSMANN STEFAN /
FLURI PATRICK Disziplinarstrafordnung, 5. Aufl., Zürich etc. 2008 (zit. HAUSER /
FLACHSMANN / FLURI, Disziplinarstrafordnung)
- HAUSER ROBERT /
SCHWERI ERHARD /
HARTMANN KARL Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005
(zit. HAUSER / SCHWERI / HARTMANN, Strafprozessrecht)
- JOSITSCH DANIEL Grundriss des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich etc. 2009
(zit. JOSITSCH, Grundriss Strafprozessrecht)

-
- LOHNER ERNST Die Militärjustiz – Reform der Militärstrafgesetzgebung, in: Militärjustiz ja oder nein?, Beiheft zur ASMZ Nr. 11/1974 (zit. LOHNER, Militärjustiz)
- MANOSCHEK WALTER Opfer der NS-Militärjustiz, Wien 2003
- MARTI HANS Unabhängige Militärgerichtsbarkeit, in: Mélanges Marcel Bridel, Lausanne 1968, S. 265 ff.
- MARTIN ALFRED Critique de quelques dispositions de la loi sur l'organisation judiciaire et procédure pénale pour l'armée suisse, in: ZStrR 1902, S. 1 ff.
- MIORI STEFAN Begrenzung der Ohnmacht des militärischen Beschuldigten: Die Beschwerde gegen den militärischen Untersuchungsrichter gemäss Art. 166 MStP, o.O. 2009
- NIGGLI MARCEL
ALEXANDER /
HEER MARIANNE /
WIPRÄCHTIGER HANS
(Hrsg.) Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Basel 2011 (zit. BSK StPO)
- POPP PETER Kommentar zum Militärstrafgesetz, Besonderer Teil, St. Gallen 1992 (zit. POPP, MStG-Kommentar)
- RITTENER LUCIEN Die Organisation der Militärstrafgerichtsbarkeit in der Schweiz, Diss. Zürich 1941 (zit. RITTENER, Organisation der Militärstrafgerichtsbarkeit)
- SCHERRER LEO Die Prozessmaximen im Schweizerischen Militärstrafprozess, Diss. Zürich 1974 (zit. SCHERRER, Prozessmaximen)
- SCHMID NIKLAUS Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich etc. 2009 (zit. SCHMID, Strafprozessrecht)
- SCHMID PIUS Die rechtliche Stellung des Verteidigers im schweizerischen Militärstrafprozess, Diss. Zürich 1967
- STOOSS ALFRED Kommentar zu der Militärstrafgerichtsordnung vom 28. Juni 1889, Bern 1915 (zit. STOOSS A., MStGO-Kommentar)
- STOOSS CARL Der Entwurf einer eidgenössischen Militärstrafgerichtsordnung, Bemerkungen und Vorschläge, in: ZStrR 1888, S. 261 ff.

- STOOSS CARL Die Einleitung von Militärstrafuntersuchungen durch Truppenoffiziere, Unteroffiziere und Militärbehörden, in: ZStrR 1894, S. 390 ff.
- STUDER KARL Die Militärstrafgerichtsbarkeit im Bundesstaat, Aarau etc. 1982 (zit. STUDER, Militärstrafgerichtsbarkeit im Bundesstaat)
- WEHRENBURG STEFAN /
MARTIN JEAN DANIEL /
FLACHSMANN STEFAN /
BERTSCHI MARTIN /
SCHMID STEFAN G.
(Hrsg.) Kommentar zum Militärstrafprozess, Zürich etc. 2008 (zit. MStP-Kommentar)
- ZIEGLER MARTIN Der Rechtsschutz des Angehörigen der Armee, unter besonderer Berücksichtigung der militärischen Straf- und Disziplinarrechtspflege, Basel etc. 1988 (zit. ZIEGLER, Rechtsschutz des Angehörigen der Armee)

III. MATERIALIENVERZEICHNIS

Bundesblatt

BB1 1884 III 197 ff. (zit. Botschaft MStGO 1884)

BB1 1888 II 345 ff. (zit. Botschaft MStGO 1888)

BB1 1977 II 1 ff. (zit. Botschaft MStP 1977)

Entscheide des Bundesgerichts

BGE 92 IV 57, S. 59

BGE 108 Ia 295, S. 297

BGE 110 Ia 7, S. 13 f.

BGE 112 Ia 173, S. 173

BGE 112 Ia 240, S. 244

BGE 114 Ia 1, S. 3

BGE 117 IV 112, S. 114

BGE 118 Ia 1, S. 2

BGE 118 IV 14, S. 14

BGE 121 I 49, S. 51

BGE 121 I 97, S. 100

BGE 121 I 102, S. 104

BGE 121 I 129, S. 134

BGE 121 II 198, S. 204

BGE 121 II 252, S. 253 ff.

BGE 122 I 18, S. 25

BGE 122 I 343, S. 349 f.

BGE 122 II 113, S. 118

BGE 124 I 289, S. 292

Entscheide des Militärkassationsgerichts

MKGE 3 Nr. 12 Erw. 2

MKGE 3 Nr. 25 Erw. D

MKGE 6 Nr. 88 Erw. 3

MKGE 9 Nr. 176 Erw. 8

MKGE 10 Nr. 8 Erw. 4

MKGE 10 Nr. 34 Erw. 3/b

MKGE 10 Nr. 35 Erw. 2-4

MKGE 10 Nr. 50 Erw. 3

MKGE 10 Nr. 52 Erw. 3

MKGE 10 Nr. 55 Erw. A/4

MKGE 10 Nr. 110

MKGE 10 Nr. 111 Erw. 2

Recherchen im Internet

Bundesverwaltung admin.ch, Medienmitteilungen,
<http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=12149>,
besucht am 6. Mai 2011

Curia Vista zum Geschäft 08.3290,
http://www.parlament.ch/D/Suche/Seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20083290,
besucht am 13. März 2011

Curia Vista zum Geschäft 09.4095,
http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20094095,
besucht am 13. März 2011

Der Beobachter, „Die Militärjustiz hat ausgedient“, Ausgabe 25/09,
http://www.beobachter.ch/justiz-behoerde/artikel/armee_die-militaerjustiz-hat-ausgedient,
besucht am 13. März 2011

Die Weltwoche, „Krasse Ferien ohne Rechnung“, Ausgabe 19/10,
<http://www.weltwoche.ch/ausgaben/2010-19/artikel-2010-19-swisscoy-krasse-ferien-ohne-rechnung.html>, besucht am 13. März 2011

Die Weltwoche, „Maurers Lottertruppen“, Ausgabe 20/10,
<http://www.weltwoche.ch/ausgaben/2010-20/artikel-2010-20-auslandeinsaetze-maurers-lottertruppen.html>, besucht am 13. März 2011

Europäisches Justizportal / Gerichtsorganisation der Mitgliedstaaten, <https://e-justice.europa.eu>,
besucht am 13. März 2011

Historisches Lexikon der Schweiz / Fremde Dienste,
<http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/d/D8608.php>, besucht am 22. April 2011

INTERPOL / European police and judicial systems,
<http://www.interpol.int/Public/Region/Europe/pjsystems/Default.asp>, besucht am 13. März 2011

n-tv / „Bundeswehr im Ausland – Guttenberg erwägt Militär-Justiz“ (28. Januar 2010),
www.n-tv.de/politik/Guttenberg-erwaegt-Militaer-Justiz-article701993.html, besucht am
13. März 2011

VBS / Friedensfördernde Einsätze im Ausland – SWISSINT,
<http://www.vtg.admin.ch/internet/vtg/de/home/themen/einsaetze/peace/swisscoy.html>,
besucht am 13. März 2011

VBS / Führungsstab der Armee / Militärische Sicherheit,
<http://www.vtg.admin.ch/internet/vtg/de/home/schweizerarmee/organisation/fsta/milit.html>,
besucht am 13. März 2011

Reglemente / Richtlinien

Handbuch für Angehörige der Militärjustiz vom 01.09.2009, Regl 67.030

Organisation der Ausbildungsdienste (ODA) vom 01.01.2010, Regl 51.024

Richtlinien des Obergerichtspräsidenten über die disziplinarstrafrechtliche Behandlung von Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 218 Abs. 4 MStG vom 1. September 2002

Richtlinien des Obergerichtspräsidenten zum Strassenverkehrsrecht (R SVG) vom 19. November 2008

IV. ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AdA	Angehöriger der Armee
AO	Verordnung der Bundesversammlung über die Organisation der Armee vom 4. Oktober 2002 (Armeeorganisation, AO; SR 513.1)
Art.	Artikel
ASMZ	Allgemeine Schweizerische Militärzeitschrift
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BetmG	Bundesgesetz vom 3. Oktober 1951 über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (Betäubungsmittelgesetz, BetmG; SR 812.121)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung
BPG	Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (BPG; SR 172.220.1)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
Dr.	Doktor
DR 04	Dienstreglement der Schweizerischen Armee vom 22. Juni 1994 (DR 04; SR 510.107.0)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101)
Erw.	Erwägung
etc.	et cetera

f.	und folgende
ff.	und fortfolgende
Fn.	Fussnote
GWK	Grenzwachtkorps
Hrsg.	Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
Inf	Infanterie
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
Jg.	Jahrgang
lit.	litera (Buchstabe)
LU	Kanton Luzern
LVb	Lehrverband
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
MAG	Militärappellationsgericht
MG / Mil Ger	Militärgericht (1. Instanz)
MG	Bundesgesetz vom 3. Februar 1995 über die Armee und die Militärverwaltung (Militärgesetz, MG; SR 510.10)
Mil O	Bundesgesetz über die Militärorganisation vom 12. April 1907 (ausser Kraft seit 03.02.1995)
MKG	Militärkassationsgericht
MKGE	Entscheidungen des Militärkassationsgerichts
Mob MP	Mobile Militärpolizei
MStG	Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927 (MStG; SR 321.0)
MStGO	Militärstrafgerichtsordnung vom 28. Juni 1889 (ausser Kraft seit 01.01.1980)

MStP	Militärstraftprozess vom 23. März 1979 (MStP; SR 322.1)
MStV	Verordnung über die Militärstrafrechtspflege vom 24. Oktober 1979 (MStV; SR 322.2)
N	Note
OA	Oberauditor / Oberauditorat
OHG	Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz, OHG; SR 312.5)
o.O.	ohne Ortsangabe
RS	Rekrutenschule
R SVG	Richtlinien des Oberauditors zum Strassenverkehrsrecht (R SVG) vom 19. November 2008
S.	Seite
SchKG	Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; SR 281.1)
sog.	sogenannt
SP	Sozialdemokratische Partei der Schweiz
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung, StPO; SR 312.0)
SVG	Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SVG; SR 741.01)
SWISSCOY	Swiss Company (Kosovo)
SWISSINT	Kompetenzzentrum für friedensfördernde Auslandseinsätze der Schweizer Armee
Ter MP	Territoriale Militärpolizei
u.a.	unter anderem
UR	(militärischer) Untersuchungsrichter

VBS	Bundesamt für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport
vgl.	vergleiche
VPA	Verordnung vom 26. Oktober 1994 über die Polizeibefugnisse der Armee (VPA; SR 510.32)
VMSV	Verordnung vom 11. Februar 2004 über den militärischen Strassenverkehr (VMSV; SR 510.710)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht

V. DANK

Ich danke Herrn FS lic. iur. Hans-Peter Gasser, wissenschaftlicher Berater des Oberauditors, sowie Herrn lic. iur. Gerritt Görlich Käser, stellvertretender Chef Rechtsdienst des Oberauditorats, für die Unterstützung bei einigen Recherchen. Besonderer Dank gebührt Herrn RA lic. iur. Simon Krauter, Auditor im Militärgericht 6, für das Lektorat der Arbeit.

VI. KURZFASSUNG

Mit dem Untersuchungsbefehl wird der Untersuchungsrichter betraut, ein Vorverfahren durchzuführen. Der Militärstrafprozess sieht eine strikte Trennung zwischen Untersuchungs- und Anklagetätigkeit vor. Der Untersuchungsrichter als Leiter des Untersuchungsverfahrens ist verantwortlich für die Erforschung der materiellen Wahrheit. Ausgehend vom Verdacht, es sei eine strafbare Handlung begangen worden, tätigt er Erhebungen und beschafft Beweise um festzustellen, ob gegen den Beschuldigten durch den Auditor Anklage zu erheben, ein Strafbefehl zu erlassen oder das Verfahren einzustellen ist.

Der Untersuchungsbefehl geht auf die Anfänge der militärstrafprozessualen Kodifikationen zurück. Im militärischen Alltag bzw. Dienstbetrieb ergehen verbindliche Anordnungen in Form von Befehlen. Der Kommandant als Gerichtsherr seiner Truppe erteilt mit dem Untersuchungsbefehl dem Strafpolizeibeamten (Truppenoffizier) die Anordnung, eine Untersuchung gegen eine bestimmte Person bzw. Personengruppe unter Angabe der strafbaren Handlung, der sie beschuldigt wird, durchzuführen.

Bei einer strafbaren Handlung, die während des Militärdienstes begangen wurde, ist in Schulen, Lehrgängen und Kursen der jeweilige Kommandant, in Truppendiensten im Bataillonsverband der Bataillonskommandant zur Anordnung der vorläufigen Beweisaufnahme oder der Voruntersuchung zuständig. Der Untersuchungsbefehl kann in dringenden Fällen mündlich erfolgen, muss aber umgehend schriftlich bestätigt werden. Dabei handelt es sich vornehmlich um jene Fälle, in denen der Untersuchungsrichter Gefahr läuft, eine Beweissicherungsmassnahme nicht mehr rechtzeitig anordnen zu können, müsste er vorgängig den Eingang des schriftlichen Befehls abwarten.

Aufgrund des zwingenden Erfordernisses eines zumindest mündlich erteilten Untersuchungsbefehls stellt sich die Frage, wie sich dieser Umstand im Falle der Unerreichbarkeit bzw. des fehlenden Einverständnisses des für den Erlass des Untersuchungsbefehls zuständigen Kommandanten im Dienst auf die Erforschung der materiellen Wahrheit und diesbezüglich insbesondere auf das Beweisergebnis auswirkt. Besonders problematisch ist die Frage, wenn bei zeitlicher und sachlicher Dringlichkeit durch den Untersuchungsrichter Zwangsmassnahmen anzuordnen sind.

Der Gesetzgeber erliess mit Art. 101 Abs. 2 MStP eine prozessuale Sicherungsklausel, welche verhindern soll, dass ein Kommandant trotz ausgewiesener Voraussetzungen eine Voruntersuchung missbräuchlich nicht anordnet. Verzichtet ein Kommandant indes darauf, ein an sich gebotenes Vorverfahren anzuordnen, hat im Dienst neben ihm keine andere Stelle die Kompetenz, eine solche anzubefehlen. Folgt man dem Gesetzeswortlaut der besagten Sicherungsklausel, so wäre in diesen Fällen nicht einmal der Oberauditor, der mit der Aufsicht über die Militärjustiz betraut ist, in der Lage, eine Voruntersuchung anzubefehlen. Das im Dienst begangene Delikt könnte strafrechtlich nicht geahndet werden. Aus verschiedenen Gründen, nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Grundsätze des rechtsstaatlichen Handelns, erweist sich diese Sicherungsklausel gemäss der hier vertretenen Meinung als ungenügend.

In Analogie zu den Grundsätzen zu den Antrags- und Ermächtigungsdelikten handelt es sich beim Untersuchungsbefehl gemäss der hier vertretenen Auffassung um eine Prozessvoraussetzung mit relativer Sperrwirkung. Das bedeutet, dass der zuständige Untersuchungsrichter dafür zu sorgen hat, dass umgehend ein gültiger Untersuchungsbefehl erlassen wird, damit das Verfahren ordnungsgemäss weitergeführt und der Täter verurteilt werden kann. Der fehlende Untersuchungsbefehl hat nicht die Nichtigkeit und beweismässige Unverwertbarkeit aller bisher getätigten Verfahrenshandlungen zur Folge.

Obwohl das Ausmass der hier besprochenen Problematik klein ist und deshalb kein dringender Regelungsbedarf besteht, ist eine Anpassung der Sicherungsklausel gemäss Art. 101 Abs. 2 MStP sowie eine Präzisierung von Art. 105 Abs. 1 MStP (Formalien des Untersuchungsbefehls) vor dem Hintergrund der hier vorgeschlagenen dogmatischen Einordnung des Untersuchungsbefehls als Prozessvoraussetzung mit relativer Sperrwirkung wünschenswert.

1. Die Bedeutung der Militärgerichtsbarkeit

1.1. Zuständigkeit

Beim schweizerischen Militärstrafrecht handelt es sich um ein vollständiges, in sich geschlossenes und vom zivilen Strafgesetzbuch unabhängiges Rechtsgebiet. Dabei gilt der Grundsatz der Einheit von materiellem und formellem Recht. Die Unterstellung unter das Militärstrafgesetz hat gleichzeitig die Verfolgung und Beurteilung der Straftat durch militärgerichtliche Instanzen zur Folge.¹ Das schweizerische Militärstrafrecht ist weder ein reines Militärrechtsstatut, welches lediglich einen Katalog der spezifisch militärischen Delikte enthält und für alle übrigen Tatbestände auf das bürgerliche Recht verweist, noch handelt es sich um ein ganz vollständiges, d.h. sämtliche Deliktskategorien militärischer und bürgerlicher Natur umfassendes Strafrecht.²

Der Geltungsbereich des Militärstrafrechts wird in Art. 2 - 11 MStG geregelt. Für die Unterstellung unter das Militärstrafrecht sind alternativ persönliche, sachliche oder persönliche und sachliche Gründe zugleich massgebend. Der Anwendungsbereich gestaltet sich je nach Friedenszeit, Aktivdienst oder Kriegszustand enger oder weiter.³

Die Militärjustiz ist insbesondere⁴ zuständig für die Beurteilung strafbarer Handlungen von Angehörigen der Armee (AdA) während der Ausübung des Militärdienstes, ebenso des militärischen Berufspersonals⁵ und der Angehörigen des Grenzwachtkorps (GWK)⁶ in Erfüllung ihres Dienstes.⁷ Ausserdem beurteilt die Militärjustiz Delikte von AdA ausserhalb des Dienstes in Bezug auf ihre militärische Stellung und ihre dienstlichen Pflichten (insbesondere Schiesspflicht, Instandhaltung der persönlichen Ausrüstung und Meldepflichten) sowie von Stellungspflichtigen in Bezug auf ihre Stellungspflicht.⁸

¹ Art. 218 ff. des Militärstrafgesetzes vom 13. Juni 1927 (MStG; SR 321.0). Vgl. HAURI, MStG-Kommentar, N 4 zu den Vorbemerkungen zum Militärstrafgesetz; HAEFLIGER, MStGO-Kommentar, S. 16.

² Vgl. HAURI, MStG-Kommentar, N 4 ff. zu den Vorbemerkungen zum Militärstrafgesetz sowie N 3 ff. zu Art. 218.

³ Vgl. HAURI, MStG-Kommentar, N 3 ff. zu den Vorbemerkungen zu Art. 2 - 7 MStG; POPP, MStG-Kommentar, N 2 ff. zu den Vorbemerkungen; HAUSER / FLACHSMANN / FLURI, Disziplinarstrafordnung, S. 6; HAUSER / SCHWERTZ / HARTMANN, Strafprozessrecht, N 1 f. zu § 15.

⁴ Die nachfolgenden Ausführungen sind nicht abschliessend.

⁵ Als militärisches Personal i.S.v. Art 47 des Bundesgesetzes vom 3. Februar 1995 über die Armee und die Militärverwaltung (Militärgesetz, MG; SR 510.10) gelten Berufs- und Zeitmilitärs.

⁶ Die disziplinarische Verantwortlichkeit der Angehörigen des GWK richtet sich gemäss Art. 183 Abs. 2 MStG nach den Bestimmungen des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 (BPG; SR 172.220.1).

⁷ Art. 218 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 Ziff. 1 und 6 MStG. Vgl. HAURI, MStG-Kommentar, N 6 ff., 51 ff. zu Art. 2; HAUSER / FLACHSMANN / FLURI, Disziplinarstrafordnung, S. 6 ff., 10.

⁸ Art. 218 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 Ziff. 4 und 5 MStG. Vgl. HAURI, MStG-Kommentar, N 29 ff., 46 ff. zu Art. 2; HAUSER / FLACHSMANN / FLURI, Disziplinarstrafordnung, S. 8 ff.

Die dem Militärstrafrecht unterstehenden Personen sind ferner der Militärgerichtsbarkeit unterworfen, wenn sie bei einer militärischen Übung, im Rahmen einer dienstlichen Verrichtung der Truppe oder im Zusammenhang mit einer im Militärstrafgesetzbuch vorgesehenen strafbaren Handlung eine Widerhandlung gegen die Gesetzgebung des Bundes über den Strassenverkehr begehen. Die Strafbestimmungen des bürgerlichen Rechts (Strassenverkehrsgesetz sowie dazugehörige Ausführungserlasse) gelangen zur Anwendung.⁹

Leichte Fälle¹⁰ von im Dienst begangenen Widerhandlungen gegen das BetmG¹¹ unterliegen der Disziplinarstrafgewalt der Truppenkommandanten. Die übrigen Fälle bleiben in der Regel ausserhalb der Militärgerichtsbarkeit und werden von den zivilen Strafbehörden verfolgt.¹²

Bei der Begehung von Delikten nach MStG während des Auslandeinsatzes unterstehen die AdA dem Militärstrafrecht ohne Ausnahme, d.h. auch während der Freizeit und unabhängig davon, ob die Uniform getragen wird.¹³

Gegenstand der Kritik¹⁴ bildet zunehmend der Umstand, dass auch Zivilpersonen der Militärgerichtsbarkeit unterworfen sind, die sich unter anderem der (landesverräterischen) Verletzung militärischer Geheimnisse (Art. 86 und 106 MStG), der Sabotage (Art. 86a MStG) und der Schwächung der Wehrkraft (Art. 94 - 96 MStG) schuldig machen.¹⁵ Als konkretes Beispiel aus der jüngeren Zeit dient die Veröffentlichung eines klassifizierten Dokuments der Führungsunterstützungsbasis der Armee am 8. Januar 2006 durch den „SonntagsBlick“ (sog. CIA-Fax-Affäre). In der Hauptverhandlung vom 17. April 2007 sprach das Militärgericht 6 die drei wegen Verletzung militärischer Geheimnisse angeklagten Journalisten des „SonntagsBlick“ frei.¹⁶

⁹ Art. 218 Abs. 3 MStG. Ergänzungen / Abweichungen enthält die Verordnung vom 11. Februar 2004 über den militärischen Strassenverkehr (VMSV; SR 510.710). Siehe auch Art. 101 der Verordnung über die Militärstrafrechtspflege vom 24. Oktober 1979 (MStV; SR 322.2) sowie die Richtlinien des Obergerichtspräsidenten zum Strassenverkehrsrecht (R SVG) vom 19. November 2008. Vgl. HAUSER / FLACHSMANN / FLURI, Disziplinarstrafordnung, S. 15 ff.; HAURI, MStG-Kommentar, N 8 ff. zu Art. 218; HAEFLIGER ARTHUR, Verkehrsdelikt und Militärstrafrecht, in: ZStrR 1965, S. 257.

¹⁰ Zum Begriff des "leichten Falles" hinten Ziff. 4.1.3.

¹¹ Bundesgesetz vom 3. Oktober 1951 über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (Betäubungsmittelgesetz, BetmG; SR 812.121).

¹² Art. 218 Abs. 4 MStG. Vgl. die Richtlinien des Obergerichtspräsidenten über die disziplinarstrafrechtliche Behandlung von Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz i.S.v. Art. 218 Abs. 4 MStG vom 1. September 2002; HAURI, MStG-Kommentar, N 8 ff. zu Art. 218; HAUSER / FLACHSMANN / FLURI, Disziplinarstrafordnung, S. 18 ff.

¹³ Vgl. HAUSER / FLACHSMANN / FLURI, Disziplinarstrafordnung, S. 7 m.w.H.; HAURI, MStG-Kommentar, N 7 zu Art. 218 und N 4 zu Art. 9; GIAN MOERI, in: MStP-Kommentar, N 15 zu Art. 101.

¹⁴ Nähere Ausführungen dazu hinten Ziff. 1.3, 1.4.

¹⁵ Art. 218 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 Ziff. 7 MStG. Vgl. HAURI, MStG-Kommentar, N 62 ff. zu Art. 2; HAUSER / FLACHSMANN / FLURI, Disziplinarstrafordnung, S. 10.

¹⁶ Bundesverwaltung admin.ch, Medienmitteilungen, <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=12149>.

Während bei der bürgerlichen Gerichtsbarkeit betreffend örtliche Zuständigkeit insbesondere der Ort der Begehung des Deliktes¹⁷ massgebend ist, werden die der Militärgerichtsbarkeit unterstellten Personen vor allem durch das für die Einteilungsformation¹⁸ zuständige Militärgericht strafrechtlich verfolgt.¹⁹

1.2. Sondergerichtsbarkeit

Die Militärgerichtsbarkeit bedeutet nach dem Gesagten eine Sondergerichtsbarkeit für einen beschränkten Personenkreis und besondere Sachgebiete, welche der bürgerlichen Gerichtsbarkeit vorgeht.²⁰ Obwohl in der politischen Auseinandersetzung immer wieder vorgebracht wird, die Militärjustiz bilde eine unzulässige Ausnahmegerichtsbarkeit, ist in Rechtslehre und Praxis nahezu unbestritten, dass es sich um eine Spezialgerichtsbarkeit handelt. Dementsprechend stellt die Militärjustiz weder einen Verstoss gegen das Verbot von Ausnahmegerichten nach Art. 30 Abs. 1 Satz 2 BV²¹ sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK²², noch eine Verletzung der Rechtsgleichheit gemäss Art. 8 Abs. 1 BV dar.²³

Die Militärgerichtsbarkeit folgt dem Grundsatz der Spezialität: Für die Beurteilung militärgerichtlicher Dossiers ist besondere militärische Sachkenntnis erforderlich. Die Anwendung der zum Schutz der Wehrkraft des Landes, seiner Armee und ihrer Disziplin dienenden Normen setzt spezifische Kenntnisse der besonderen militärischen Verhältnisse voraus.²⁴ Über solche verfügt nur ein eigentliches Fachgericht, dessen Angehörige die militärischen Besonderheiten aus eigener Erfahrung kennen. Die militärische Sondergerichtsbarkeit trägt deshalb nicht

¹⁷ Gerichtsstand des Tatortes gemäss Art. 31 der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung, StPO; SR 312.0).

¹⁸ Näheres zur Gliederungsstruktur der Schweizer Armee in Art. 6 ff. der Verordnung der Bundesversammlung über die Organisation der Armee vom 4. Oktober 2002 (Armeorganisation, AO; SR 513.1).

¹⁹ Art. 26 ff. des Militärstrafprozesses vom 23. März 1979 (MStP; SR 322.1) sowie Anhang 1 zur MStV. Vgl. HAUSER / SCHWERT / HARTMANN, Strafprozessrecht, N 3 zu § 15; SCHMID, Strafprozessrecht, N 444. Eingehend zu den Gerichtsstandsbestimmungen PATRICK FLURI / MARTIN BÄRLOCHER / STEFAN FLACHSMANN, in: MStP-Kommentar zu Art. 26 ff. Entwendet also beispielsweise ein deutschsprachiger Angehöriger der Inf RS (LVb Inf 3/6) einem Dienstkameraden ein Mobiltelefon, so ist das Militärgericht 7 für die Beurteilung des qualifizierten Diebstahls gemäss Art. 131 Ziff. 2 Abs. 2 MStG zuständig (Ziff. 2 Anhang 1 zur MStV).

²⁰ Art. 9 Abs. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0). Vgl. PETER STRAUB / THOMAS WELTERT, in BSK StPO, N 8, 11 zu Art. 1; SCHMID, Strafprozessrecht, N 444.

²¹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

²² Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101).

²³ MARTIN BERTSCHLI, in: MStP-Kommentar, N 12 ff. zu Art. 1 m.w.H. Im Gegensatz dazu steht die verpönte Ausnahmegerichtsbarkeit, welche ausserhalb der verfassungsmässigen Gerichtsorganisation steht und nur für einen oder mehrere konkrete Fälle ad hoc gebildet wird. Vgl. HÄFELIN / HALLER / KELLER, Bundesstaatsrecht, N 850; nähere Angaben dazu hinten Ziff. 1.3, 1.4.

²⁴ So insbesondere bei der Verletzung der Pflicht der militärischen Unterordnung, Art. 61 ff. MStG; Missbrauch der Dienstgewalt, Art. 66 ff. MStG; Dienstverletzungen, Art. 72 ff. MStG; Verletzung der Pflicht zur Dienstleistung, Art. 81 ff. MStG; Vergehen oder Verbrechen gegen die Landesverteidigung und gegen die Wehrkraft des Landes, Art. 86 ff. MStG etc. Verletzt der Beschuldigte beispielsweise eine Sicherheitsvorschrift im Umgang mit der Dienstwaffe, wodurch es zu einer ungewollten Schussabgabe kommt, so ist unter anderem zu beurteilen, ob er sich der Tatbestände der Nichtbefolgung von Dienstvorschriften gemäss Art. 72 MStG sowie des Missbrauch(s) und Verschleuderung von Material i.S.v. Art. 73 MStG strafbar gemacht hat.

zuletzt zum Schutze des Beschuldigten bei. Ebenso lässt sich die Zuständigkeit der Militärgerichtsbarkeit für bestimmte Zivilpersonen mit der Notwendigkeit spezifischer Fachkenntnisse rechtfertigen. Diesbezüglich gilt indes der Grundsatz, dass eine Zivilperson nicht ohne zwingenden Grund dem Militärstrafrecht unterstellt werden soll.²⁵

Die rechtliche und faktische Unabhängigkeit der Militärgerichte gewährleistet ihre Vereinbarkeit mit Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Die Organe der Militärjustiz sind ausschliesslich dem Recht verpflichtet. Weisungen oder Einflussnahmen anderer Art, beispielsweise politischer Organe oder militärischer Stellen, sind unzulässig und demnach unbeachtlich.²⁶ Die Unabhängigkeit der Militärjustiz wurde vom EGMR mehrfach bestätigt.²⁷

1.3. Kritik an der geltenden Institution und Abschaffungsversuche

Nachdem bereits am 30. Januar 1921 eine Initiative für die Aufhebung der Militärjustiz von Volk und Ständen abgelehnt worden war, hatte sich nach dem zweiten Weltkrieg im Volk eine Vertrauenskrise gegenüber der Militärjustiz entwickelt. Der Institution der Militärjustiz wird stets vorgeworfen, es handle sich um eine unzulässige Ausnahmegerichtsbarkeit. Ihren Mitgliedern fehle es an der inneren Unabhängigkeit, da sie sich aus Personen mit zu einheitlicher Gesinnung zusammensetze und ein Korpsgeist herrsche, der dazu führe, dass Offiziere oft unverhältnismässig mild, Soldaten oft ungerechtfertigt streng beurteilt würden. Die Wahl der Gerichtsmitglieder durch die Exekutive sei undemokratisch.²⁸ Dadurch und aufgrund der Einflussmöglichkeiten des Oberauditors²⁹ sei die Unabhängigkeit institutionell-organisatorisch zu wenig gesichert.³⁰

1.4. Aktuelle Entwicklung

Mit dem am 13.05.2008 durch die Kommission für Rechtsfragen des Ständerats eingereichten Postulat 08.3290 betreffend „Übertragung der Aufgaben der Militärjustiz an die zivilen Justizbehörden“ wird der Bundesrat gebeten, die Übertragung von allen oder einzelnen Aufgaben der

²⁵ MARTIN BERTSCHI, in: MStP-Kommentar, N 12 ff. zu Art. 1 m.w.H.; LOHNER, Militärjustiz, S. 6.

²⁶ Siehe u.a. Art. 1 und Art. 107 MStP.

²⁷ MARTIN BERTSCHI, in: MStP-Kommentar, N 10, 17 zu Art. 1 m.w.H.; HAUSER / SCHWERI / HARTMANN, Strafprozessrecht, N 5 zu § 15 mit Hinweis auf MKGE 10 Nr. 34 Erw. 3/b und Nr. 35 Erw. 2-4; ZIEGLER, Rechtsschutz des Angehörigen der Armee, S. 70 ff.; LOHNER, Militärjustiz, S. 5 f.; BUOB, Berechtigung der Militärgerichtsbarkeit, S. 141 ff.; Botschaft über die Änderung des Militärstrafgesetzes und die Totalrevision der Militärstrafgerichtsordnung vom 7. März 1977 (BBl 1977 II 1 ff., S. 12 ff.).

²⁸ Nähere Angaben zur Bestellung der Gerichtsmitglieder hinten Ziff. 2.

²⁹ Zur Funktion und Stellung des Oberauditors hinten Ziff. 2.

³⁰ MARTIN BERTSCHI, in: MStP-Kommentar, N 6 ff. zu Art. 1 m.w.H.; STEFAN G. SCHMID, in: MStP-Kommentar, N 42 ff. zur historischen Einleitung; STUDER, Militärstrafgerichtsbarkeit im Bundesstaat, S. 109 ff., 206 ff.; Botschaft MStP 1977, S. 12 ff. Zur Problematik eingehend BUOB, Berechtigung der Militärgerichtsbarkeit, S. 40 ff., 87 ff., 139 ff.; LOHNER, Militärjustiz, S. 5 f.; MARTI HANS, Unabhängige Militärgerichtsbarkeit, in: Mélanges Marcel Bridel, Lausanne 1968, S. 265 ff. Vgl. bereits die Botschaft vom 30. Mai 1884 betreffend das Militärgesetzbuch für die schweizerische Eidgenossenschaft (BBl 1884 III 210 ff.).

Militärjustiz an die zivilen Justizbehörden zu prüfen. Der Bericht soll insbesondere Informationen über die Entwicklung der Aktivitäten der Militärjustiz in den vergangenen Jahren enthalten.³¹ Des Weiteren wird der Bundesrat mit der am 09.12.2009 eingereichten Motion 09.4095 beauftragt, die Militärjustiz abzuschaffen und deren Aufgaben an die zivilen Justizbehörden zu übertragen.³²

Exemplarisch dafür ist der vor einiger Zeit erschienene, kritische Artikel „Die Militärjustiz hat ausgedient“ aus dem Magazin „Der Beobachter“, wonach „Richter in Uniform“ immer im Verdacht der Befangenheit stünden. Die Militärjustiz bleibe eine Sonderjustiz, in der Militärs – meist Vorgesetzte – über andere Armeeingehörige – oft Untergebene – oder gar Zivilisten urteilen müssten, meine der Basler Strafrechtsprofessor PETER ALBRECHT. Gemäss Ansicht des Zürcher Strafrechtsprofessors DANIEL JOSITSCH habe die Militärjustiz als Fachgericht Berechtigung. Notwendig sei ein solches aber nicht. Dagegen sei für ihn klar, dass Zivilpersonen nicht mehr vor militärische Gerichte gestellt werden dürften.³³

Das VBS hat inzwischen die geforderten Massnahmen geprüft und einen Bericht erstellt, welcher Anfang März 2011 in die Ämterkonsultation ging. In diesem Bericht werden nebst der Übertragung einzelner oder aller Aufgaben der Militärjustiz an die zivilen Behörden unter anderem auch Fragen betreffend Kosten, Effizienz, Unabhängigkeit, Einsätze im Ausland, Abschaffung in Friedenszeiten sowie Unterstellung von Zivilpersonen unter die Militärgerichtsbarkeit behandelt.³⁴

1.5. Exkurs: Staaten mit Militärgerichtsbarkeit in Westeuropa

Bis auf Deutschland und Österreich, geprägt durch die Geschichte der NS-Militärjustiz, verfügen grundsätzlich sämtliche Armeen in Westeuropa über eine mehr oder weniger stark ausgebaute Militärjustiz.³⁵ Diese setzt sich in der Regel jeweils aus den Militärgerichten erster Instanz, den Militärappellationsgerichten sowie dem Militärkassationsgericht als oberste Instanz

³¹ Siehe Curia Vista zum Geschäft 08.3290, http://www.parlament.ch/D/Suche/Seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20083290.

³² Motion 09.4095 betreffend „Abschaffung der Militärjustiz“, eingereicht am 09.12.2009 durch den ehemaligen Nationalrat Widmer Hans (SP / LU).

³³ Der Beobachter, „Die Militärjustiz hat ausgedient“, Ausgabe 25/09, http://www.beobachter.ch/justiz-behoerde/artikel/armee_die-militaerjustiz-hat-ausgedient.

³⁴ Siehe Curia Vista zum Geschäft 09.4095, http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20094095) sowie Information des OA vom 04.03.2011.

³⁵ Im nationalsozialistischen Deutschen Reich wurden etwa 1.5 Millionen Soldaten von Militärgerichten verurteilt, rund 30'000 davon zum Tode. Vollstreckt wurden etwa 23.000 Todesurteile. Die Verfahren der NS-Militärjustiz erfüllten anfangs noch formell-rechtsstaatliche Anforderungen. Das Militärstrafgesetzbuch von 1926 erfuhr in den Jahren 1935 und 1940 grobe Änderungen und wurde 1939 durch die Kriegssonderstrafrechtsverordnung ergänzt, wodurch alle rechtsstaatlichen Prinzipien aus dem Wehrmachtstrafrecht eliminiert wurden. Näheres dazu bei MANOSCHEK WALTER, Opfer der NS-Militärjustiz, Wien 2003.

zusammen und bezieht sich auf Delikte, die während der Ausübung des Dienstes begangen werden. Teilweise besteht die Militärgerichtsbarkeit nur im Kriegs- oder Ausnahmezustand.³⁶

In Deutschland finden seit einiger Zeit Debatten über die Notwendigkeit einer Militärgerichtsbarkeit statt. Nachdem namhafte politische Parteien seit langem die Einrichtung einer Schwerpunktstaatsanwaltschaft für Ermittlungen gegen Bundeswehr-Soldaten im Auslandseinsatz fordern, dachte der ehemalige Verteidigungsminister Karl-Theodor zu Guttenberg über eine eigene Staatsanwaltschaft für die Bundeswehr nach. So solle sichergestellt werden, dass die "besondere Einsatzsituation" der Soldaten bei solchen Ermittlungen von einer darauf spezialisierten Staatsanwaltschaft Berücksichtigung finde. Ermittlungsverfahren gegen deutsche Armeeangehörige bei Einsätzen im Ausland waren in der Vergangenheit als „unerträglich“ lang kritisiert worden.³⁷

2. Die Organisation der Militärgerichtsbarkeit

Die Organisation der Militärgerichtsbarkeit findet sich jeweils im ersten Titel des MStP sowie der MStV. Die acht Militärgerichte (MG / Mil Ger)³⁸ beurteilen erstinstanzlich die der Militärgerichtsbarkeit unterworfenen strafbaren Handlungen. Diesen übergeordnet sind als Rechtsmittelinstanzen drei Militärappellationsgerichte (MAG)³⁹ als zweite sowie das Militärkassationsgericht (MKG)⁴⁰ als dritte und letzte (innerstaatliche) Instanzen. Die Aufsicht über die Militärjustiz übt das Oberauditorat der Armee aus. Der Oberauditor⁴¹ bekleidet den Grad eines Brigadiers.⁴² Jedem Militärgericht ist eine bestimmte Anzahl folgender Funktionen zugeteilt:

- Gerichtspräsidenten (im Grad eines Obersten oder Oberstleutnants), wovon einer als Präsident I die administrative Leitung des Militärgerichts innehat, sowie Richter bzw. Ersatzrichter (Offiziere und Unteroffiziere oder Soldaten).⁴³ Die Präsidenten der Militärgerichte erlassen zu Beginn des Jahres einen allgemeinen Dienstbefehl, der vom Oberauditor zu genehmigen ist. Der Befehl enthält die allgemeinen Dienstvorschriften für die Tätigkeit des Gerichts.⁴⁴

³⁶ Europäisches Justizportal, Gerichtsorganisation der Mitgliedstaaten, <https://e-justice.europa.eu>; INTERPOL, European police and judicial systems, <http://www.interpol.int/Public/Region/Europe/pjsystems/Default.asp>; siehe auch BUOB, Berechtigung der Militärgerichtsbarkeit, S. 63 ff.

³⁷ Dazu der Artikel des Magazins „n-tv“, „Bundeswehr im Ausland – Guttenberg erwägt Militär-Justiz“ vom 28. Januar 2010, www.n-tv.de/politik/Guttenberg-erwaegt-Militaer-Justiz-article701993.html.

³⁸ Art. 5 ff. MStP; Art. 13 ff. MStV.

³⁹ Art. 9 ff. MStP; Art. 17 ff. MStV.

⁴⁰ Art. 13 ff. MStP.

⁴¹ Art. 16 f. MStP; Art. 7, 20 ff. MStV. Seit dem Jahre 1997 bekleidet Dr. Dieter Weber die Funktion des Oberauditors. Zur Aufgabe des Oberauditors eingehend JEAN DANIEL MARTIN, in: MStP-Kommentar, N 4 f. zu Art. 16.

⁴² Zur militärischen Rangordnung siehe Fn. 190.

⁴³ Art. 8 Abs. 1 und Abs. 2 MStP. Aufgrund dieser Regelung kann der Vorwurf einer „Klassenjustiz“ nicht gelten; DANIELA V. JABORNIGG / CHRISTOPH A. SPENLÉ, in: MStP-Kommentar, N 7 zu Art. 8 m.w.H.

⁴⁴ Art. 10 MStV; Handbuch für Angehörige der Militärjustiz vom 01.09.2009, Regl 67.030, Ziff. 148 ff.

- Auditoren (Vertreter der Anklage; im Grade eines Oberstleutnants, Majors oder Fachoffiziers), wovon einer als geschäftsleitender Auditor amtet.⁴⁵ Der Auditor kann als Einzelrichter unter anderem Freiheitsstrafen von höchstens 30 Tagen, Geldstrafen von bis zu 30 Tagessätzen oder Bussen bis Fr. 5'000.– ausfällen.⁴⁶
- Untersuchungsrichter (im Grade eines Majors, Hauptmanns oder Fachoffiziers). Der Untersuchungsrichter ist mit der Führung der Strafuntersuchung betraut. Für die notwendigen Ermittlungen kann er insbesondere rechtshilfshalber die Unterstützung sowohl der militärischen Sicherheit⁴⁷ wie auch der kantonalen Polizeikorps in Anspruch nehmen.⁴⁸ Nötigenfalls zieht der Untersuchungsrichter Sachverständige hinzu.⁴⁹ Im Gegensatz zum bürgerlichen Strafprozess, welcher die Erledigung einer Strafsache mit Strafbefehl erlaubt,⁵⁰ können die Organe der Militärjustiz keine Strafe aussprechen, ohne dass zuvor eine Voruntersuchung durchgeführt wurde.⁵¹
- Gerichtsschreiber.⁵²
- Gerichtsweibel.

Die Angehörigen der Militärgerichte absolvieren bei der Militärjustiz ihre Wehrpflicht. Als Angehörige der Militärjustiz können AdA eingeteilt werden, die ein juristisches Studium mit einem Lizentiat oder Master einer schweizerischen Hochschule abgeschlossen haben oder über ein kantonales Anwaltspatent verfügen. Die Angehörigen der Militärjustiz leisten den Dienst grundsätzlich in Uniform.⁵³

Die Präsidenten, Richter und Ersatzrichter der Militärgerichte und der Militärappellationsgerichte werden vom Bundesrat gewählt.⁵⁴ Für die entsprechenden Angehörigen des Militärkassationsgerichts amtet die Vereinigte Bundesversammlung als Wahlgremium.⁵⁵ Die übrigen Angehörigen der Militärjustiz werden vom Bundesrat bezeichnet.⁵⁶

⁴⁵ Art. 8 Abs. 3 MStP.

⁴⁶ Art. 114 - 116, Art. 119 MStP. Nähere Ausführungen bei ALAIN P. RÖTHLISBERGER, in: MStP-Kommentar, N 14 ff. zu den Vorbemerkungen zu Art. 114-116; MICHAEL NONN, in: MStP-Kommentar, N 8 ff. zu Art. 119; Handbuch für Angehörige der Militärjustiz vom 01.09.2009, Regl 67.030, Ziff. 114 ff.

⁴⁷ Nähere Angaben zur Militärischen Sicherheit hinten Ziff. 5.2.2.

⁴⁸ Art. 18 Abs. 3 MStP.

⁴⁹ Art. 85 ff. MStP.

⁵⁰ Art. 352 und Art. 309 Abs. 4 StPO.

⁵¹ Art. 101 ff. MStP; Art. 38 ff. MStV. Eingehend zur Funktion des UR hinten Ziff. 4.1.1.

⁵² Art. 12 Abs. 1 MStP; Handbuch für Angehörige der Militärjustiz vom 01.09.2009, Regl 67.030, Ziff. 126 ff.

⁵³ Art. 6 MStV.

⁵⁴ Art. 7 Abs. 1 und Art. 11 Abs. 1 MStP.

⁵⁵ Art. 14 Abs. 1 MStP.

⁵⁶ Art. 2 Abs. 4 und 5 MStP.

Im Gegensatz zum bürgerlichen Strafprozess⁵⁷ muss der Angeklagte in der Hauptverhandlung zwingend verteidigt werden.⁵⁸ Im Rahmen der Voruntersuchung bzw. der vorläufigen Beweisaufnahme ist die Verteidigung zulässig, jedoch nur in bestimmten Fällen zwingend.⁵⁹ Als Verteidiger können Schweizerbürger bestellt werden, die über ein kantonales Anwaltspatent verfügen und im Anwaltsregister eingetragen sind.⁶⁰

Der Militärstrafprozess sieht ein voll ausgebautes Rechtsmittelsystem vor. Gegen Verfügungen, Amtshandlungen und Versäumnisse des Untersuchungsrichters sowie gegen Haft-, Beschlagnahme- und Durchsuchungsverfügungen der Präsidenten der Militärgerichte ist die Beschwerde gemäss Art. 166 ff. MStP zulässig.⁶¹

Gegen Urteile der Militärgerichte (mit Ausnahme der Abwesenheitsurteile)⁶² ist die Appellation nach Art. 172 ff. MStP gegeben, gegen Urteile der Militärappellationsgerichte sowie Abwesenheitsurteile der Militärgerichte die Kassationsbeschwerde i.S.v. Art. 184 ff. MStP.⁶³

3. Die Wechselwirkung zwischen der militärischen und der bürgerlichen Gerichtsbarkeit

Verübt eine Person Delikte, welche teils nach StGB und teils nach MStG strafbar sind, so liegt sog. subjektive Konnexität⁶⁴ vor: Gemäss Art. 221 MStG kann der Bundesrat die gemeinsame Beurteilung der bürgerlichen oder militärischen Gerichtsbarkeit übertragen.⁶⁵

⁵⁷ Art. 130 ff. StPO.

⁵⁸ Art. 127 MStP.

⁵⁹ Art. 43 f. MStV. Nähere Angaben bei DANIEL JOSITSCH / GERT THOENEN, in: MStP-Kommentar, N 3 zu Art. 127. Bei schweren Anschuldigungen und verwickelten Fällen bestellt der Präsident des Militärgerichts auf Gesuch des Beschuldigten bzw. auf Antrag des Untersuchungsrichters einen amtlichen Verteidiger, sofern der Beschuldigte keinen eigenen Verteidiger beigezogen hat (Art. 109 Abs. 2 MStP). Nähere Ausführungen zur notwendigen Verteidigung bei DANIEL JOSITSCH, in: MStP-Kommentar, N 4 ff. zu Art. 109.

⁶⁰ Art. 99 Abs. 1 MStP. Es existieren also keine besonderen "Militäranwälte". Die Militärgerichte erstellen regelmässig eine Liste der amtlichen Verteidiger (Art. 99 Abs. 2 MStP). Eingehend SCHMID PIUS, Die rechtliche Stellung des Verteidigers im schweizerischen Militärstrafprozess, Diss. Zürich 1967.

⁶¹ Eingehend zur Beschwerde gemäss Art. 166 ff. MStP BEAT HIRT / RETO CASUTT / GERRITT GÖRLICH, in: MStP-Kommentar zu Art. 166 ff.; MIORI STEFAN, Begrenzung der Ohnmacht des militärischen Beschuldigten: Die Beschwerde gegen den militärischen Untersuchungsrichter gemäss Art. 166 MStP, o.O. 2009.

⁶² Art. 172 Abs. 1 MStP.

⁶³ Eingehend zur Appellation nach Art. 172 ff. MStP BERNHARD ISENRING / HANS MATHYS / RETO CASUTT / ANTONIO ABATE / GERRITT GÖRLICH, in: MStP-Kommentar zu Art. 172 ff. sowie zur Kassationsbeschwerde ANDRÉ W. MOSER / THEO BOPP / ANDRÉ JOMINI, in: MStP-Kommentar zu Art. 184 ff. Zum Ganzen auch RITTENER, Organisation der Militärstrafgerichtsbarkeit, S. 59 ff.; BUOB, Berechtigung der Militärgerichtsbarkeit, S. 12 ff. Schliesslich besteht die Möglichkeit des Rekurses nach Art. 195 ff. MStP sowie der Revision gemäss Art. 200 ff. MStP. Nähere Ausführungen bei ALAIN P. RÖTHLISBERGER / GERRITT GÖRLICH, in: MStP-Kommentar zu Art. 195 ff. sowie THOMAS FINGERHUT / GERRITT GÖRLICH, in: MStP-Kommentar zu Art. 200 ff.

⁶⁴ Jemand begeht beispielsweise eine Freiheitsberaubung und Entführung gemäss Art. 183 StGB und rückt trotz gültigem Aufgebot gleichzeitig nicht in den Militärdienst ein (Art. 81 ff. MStG).

⁶⁵ Gemäss Art. 46 Abs. 2 MStV fällt der Oberauditor den entsprechenden Entscheid. Nähere Angaben bei HAURI, MStG-Kommentar, N 3 ff. zu Art. 220. Es müssen prozessökonomische Gründe für eine Zusammenlegung sprechen. Eingehender HAURI, MStG-Kommentar, N 9 zu Art. 220.

Im Bereich des Nebenstrafrechts untersteht der AdA gemäss Art. 218 Abs. 3 und Abs. 4 MStG bei Widerhandlungen gegen das SVG⁶⁶ und das BetmG unter den dort genannten Voraussetzungen ex lege der Militärgerichtsbarkeit. Dabei richtet sich das Verfahren ausschliesslich nach dem Prozessgesetz des Gerichtes, welches für die Beurteilung zuständig ist.⁶⁷

Begehen Militär- und Zivilpersonen gemeinsam eine Straftat, so besteht sog. objektive Konnexität. Sofern kein rein militärisches Delikt⁶⁸ vorliegt, ist eine getrennte Verfolgung der Beteiligten i.S.v. Art. 220 Abs. 1 MStG möglich. Sind an einem gemeinen Verbrechen oder Vergehen⁶⁹ neben Personen, die der Militärgerichtsbarkeit unterstehen, andere Personen beteiligt, so bleiben diese der zivilen Strafgerichtsbarkeit unterworfen.⁷⁰ Gemäss Art. 220 Abs. 3 MStG kann die Verfolgung der Militärperson den bürgerlichen Instanzen übertragen werden. Sie wenden dabei materielles Recht gemäss MStG an und verfahren nach StPO.⁷¹ Werden entsprechende Überweisungen an die kantonalen Gerichte vorgenommen, so handelt es sich um eine verbindliche Anweisung an den betreffenden Kanton.⁷²

4. Die Grundlagen des Untersuchungsbefehls

4.1. Bedeutung und Zweck des Untersuchungsbefehls

4.1.1. Allgemeines

Mit dem Untersuchungsbefehl wird der Untersuchungsrichter betraut, eine Voruntersuchung bzw. eine vorläufige Beweisaufnahme durchzuführen.⁷³ Er gilt gemäss Art. 5 MStV für den Untersuchungsrichter als (militärisches) Aufgebot.

Der Militärstrafprozess sieht – wie vor Inkrafttreten der eidgenössischen Strafprozessordnung viele kantonale Strafprozessordnungen – eine strikte Trennung zwischen Untersuchungs- und

⁶⁶ Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SVG; SR 741.01).

⁶⁷ HAUSER / SCHWERI / HARTMANN, Strafprozessrecht, N 8 zu § 15; SCHMID, Strafprozessrecht, N 427. Nähere Ausführungen bei HAURI, MStG-Kommentar, N 3 ff. zu Art. 221.

⁶⁸ Art. 61 - 85 bzw. Art. 86 - 107 MStG.

⁶⁹ Art. 115 - 179 MStG.

⁷⁰ Art. 220 Abs. 2 MStG.

⁷¹ HAUSER / SCHWERI / HARTMANN, Strafprozessrecht, N 9 zu § 15; SCHMID, Strafprozessrecht, N 428. Nähere Angaben bei HAURI, MStG-Kommentar, N 7 ff. zu Art. 220 und N 2 ff. zu Art. 6.

⁷² HAURI, MStG-Kommentar, N 10 zu Art. 221 mit Hinweis auf BGE 92 IV 57, S. 59. Zum Ganzen eingehend AMBERG PETER, Grenzlinien zwischen militärischem und bürgerlichem Strafrecht, Diss. Bern 1975.

⁷³ Siehe in diesem Zusammenhang Handbuch für Angehörige der Militärjustiz vom 01.09.2009, Regl 67.030, Ziff. 4.1.2. 44 ff. Zur Unterscheidung zwischen Voruntersuchung und vorläufiger Beweisaufnahme siehe sogleich Ziff. 4.1.2.

Anklagetätigkeit vor.⁷⁴ Der Untersuchungsrichter als Leiter des Untersuchungsverfahrens ist verantwortlich für die Erforschung der materiellen Wahrheit. Ausgehend vom Verdacht, es sei eine strafbare Handlung begangen worden, tätigt er Erhebungen und beschafft Beweise um festzustellen, ob gegen den Beschuldigten Anklage zu erheben, ein Strafbefehl zu erlassen oder das Verfahren einzustellen ist. Der Untersuchungsrichter geht dabei allen be- und entlastenden Umständen gleichermaßen nach.⁷⁵

4.1.2. Unterscheidung zwischen Voruntersuchung und vorläufiger Beweisaufnahme

Eine Voruntersuchung ist anzuordnen, wenn eine Person einer strafbaren Handlung verdächtigt wird und disziplinarische Bestrafung⁷⁶ ausgeschlossen ist. Dabei sind alle Umstände festzustellen, welche für ein späteres Urteil⁷⁷ oder die Einstellung⁷⁸ des Verfahrens vonnöten sind.⁷⁹

Sind einzelne Voraussetzungen der Voruntersuchung nicht gegeben, so findet das Verfahren in der Form der vorläufigen Beweisaufnahme statt. Dies ist der Fall, wenn Beweismittel beschafft oder ergänzt werden müssen, insbesondere bei unbekannter Täterschaft, ungeklärtem oder verwickeltem Sachverhalt oder wenn Ungewissheit darüber besteht, ob eine strafbare Handlung disziplinarisch oder militärgerichtlich zu erledigen sei. Schliesslich ist bei Tötung oder erheblicher Verletzung von Militär- oder Zivilpersonen sowie bei schweren Sachschäden⁸⁰ eine vorläufige Beweisaufnahme auch dann anzuordnen, wenn keine strafbare Handlung vorliegt.⁸¹

Gemäss Art. 104 MStP stellt die vorläufige Beweisaufnahme ein Ermittlungsverfahren in den Formen und mit den Mitteln der Voruntersuchung dar. Erachtet der Untersuchungsrichter das Ergebnis der Ermittlungen für ausreichend, so erstattet er über den festgestellten Sachverhalt sowie dessen rechtliche Würdigung Bericht⁸² und beantragt je nach dem Ergebnis der zuständi-

⁷⁴ Gemäss Art. 4 Abs. 1 MStP gibt es Auditoren und Untersuchungsrichter, d.h. es herrscht keine Personalunion zwischen Untersuchung und Anklage wie im bürgerlichen Strafprozess (Art. 12, 16 StPO). Vgl. MARC LEBER, in: MStP-Kommentar, N 2 zu Art. 106.

⁷⁵ Art. 52 Abs. 3 MStP. Nähere Angaben bei MARC LEBER, in: MStP-Kommentar, N 1 zu Art. 106.

⁷⁶ Zur Unterscheidung zwischen Disziplinarstrafverfahren und Militärgerichtsverfahren hinten Ziff. 4.1.3.

⁷⁷ Strafmandatverfahren (Art. 119 ff. MStP) sowie Hauptverhandlung (Art. 124 ff. MStP).

⁷⁸ Art. 116 MStP.

⁷⁹ Siehe den Gesetzeswortlaut von Art. 103 MStP. Nähere Angaben bei MARC GMÜNDER, in: MStP-Kommentar, N 2 ff. zu Art. 103; HAEFLIGER, MStGO-Kommentar, S. 136; Botschaft MStP 1977, S. 82; Handbuch für Angehörige der Militärjustiz vom 01.09.2009, Regl 67.030, Ziff. 96 ff., 102 ff.

⁸⁰ Es existiert keine Legaldefinition für den „schweren Sachschaden“. Art. 80 Abs. 1 VMSV hält aber beispielsweise fest, dass der militärische Untersuchungsrichter zwingend beizuziehen ist, wenn bei einem Verkehrsunfall oder einem Schadenfall mit Militärfahrzeugen Bundes- oder Drittschaden in Höhe von über Fr. 50'000.– entstanden ist. Nähere Angaben bei MARC GMÜNDER, in: MStP-Kommentar, N 23 zu Art. 102 m.w.H.

⁸¹ Siehe den Gesetzeswortlaut von Art. 102 MStP. Nähere Ausführungen bei MARC GMÜNDER, in: MStP-Kommentar, N 4 ff. zu Art. 102.

⁸² Sog. Schlussbericht (Art. 104 Abs. 2 MStP). Der Schlussbericht beinhaltet eine Zusammenfassung des Sachverhalts, die entsprechende rechtliche Würdigung sowie einen Antrag. Nähere Ausführungen bei MARC GMÜNDER, in: MStP-Kommentar, N 4 ff. zu Art. 104 MStP.

gen Stelle, es sei eine Voruntersuchung anzuordnen,⁸³ die Sache sei disziplinarisch zu erledigen⁸⁴ oder dem Verfahren sei keine weitere Folge zu geben.⁸⁵

4.1.3. Unterscheidung zwischen Disziplinarstrafverfahren und Militärgerichtsverfahren

Einen Disziplinarfehler⁸⁶ begeht gemäss Art. 180 MStG, sofern das Verhalten nicht als Verbrechen, Vergehen oder Übertretung strafbar ist, wer seinen dienstlichen Pflichten zuwiderhandelt oder den Dienstbetrieb stört, wer öffentliches Ärgernis erregt und wer die Grundregeln des Anstands verletzt oder groben Unfug treibt.

Dem Disziplinarfehler gleichgestellt sind leichte Fälle von Straftaten, für welche die materiellen Strafbestimmungen des MStG disziplinarische Bestrafung⁸⁷ vorsehen. Ein Fall gilt als „leicht“, wenn er unter Berücksichtigung des Verschuldens, der Beweggründe, der persönlichen Verhältnisse und der dienstlichen Führung des Fehlbaren als geringfügig erscheint. Das Verschulden, wie es im Rahmen der Abgrenzung zum leichten Fall berücksichtigt werden muss, ist i.d.R. um so grösser, je schwerer der Erfolg der Tat wiegt. Im Sinne einer Gesamtbetrachtung muss der Fall sowohl in objektiver wie auch in subjektiver Hinsicht geringfügig erscheinen.⁸⁸

Als Disziplinarfehler gelten zudem leichte Fälle von Widerhandlungen gegen die Gesetzgebung des Bundes über den Strassenverkehr gemäss den Bestimmungen von Art. 218 Abs. 3 MStG und schliesslich Widerhandlungen gegen das BetmG gemäss den Bestimmungen von Art. 218 Abs. 4 MStG.⁸⁹

⁸³ Wenn der UR zum Schluss gelangt, es liege kein leichter Fall eines Delikts vor (Art. 104 Abs. 2 lit. a MStP). Zum „leichten Fall“ siehe sogleich Ziff. 4.1.3.

⁸⁴ Falls der UR der Ansicht ist, es handle sich um einen Disziplinarfehler (Art. 104 Abs. 2 lit. b MStP).

⁸⁵ Wenn der UR der Meinung ist, es liege weder eine strafbare Handlung noch ein Disziplinarfehler vor, oder falls der UR in einer vorläufigen Beweisaufnahme mit unbekannter Täterschaft diese nicht zu ermitteln vermochte (Art. 104 Abs. 2 lit. c MStP). Nähere Angaben zur besagten Unterscheidung bei MARC GMÜNDER, in: MStP-Kommentar, N 4 ff. zu Art. 102 MStP sowie N 1 ff. zu Art. 104; HAMMER, Voruntersuchung, S. 29 ff., 48 ff.; HAUSER / FLACHSMANN / FLURI, Disziplinarstrafordnung, S. 48 ff.; Botschaft MStP 1977, S. 82.

⁸⁶ Zum Begriff der „Disziplin“ und zum Wesen und Zweck der Disziplinarstrafe siehe HAUSER / FLACHSMANN / FLURI, Disziplinarstrafordnung, S. 3 ff.; HAURI, MStG-Kommentar, N 5 ff. zu den Vorbemerkungen zu Art. 180 - 214. Zum Disziplinarfehler eingehend HAUSER / FLACHSMANN / FLURI, Disziplinarstrafordnung, S. 11 ff.; HAURI, MStG-Kommentar, N 3 ff. zu Art. 180.

⁸⁷ Der Gesetzestext lautet diesbezüglich jeweils: „In leichten Fällen erfolgt disziplinarische Bestrafung.“ Konsumiert der Beschuldigte beispielsweise ohne Erlaubnis seines Vorgesetzten während der Dienstzeit ein Getränk in einem Restaurant, handelt es sich um eine einmalige Verfehlung dieser Art und verfügt der Beschuldigte ansonsten über einen tadellosen militärischen Leistungsausweis, so kann von einem leichten Fall von unerlaubter Entfernung i.S.v. Art. 82 Abs. 1 lit. c MStG ausgegangen werden. Leistet der Beschuldigte hingegen Wachtdienst und konsumiert er alkoholische Getränke, so ist bereits fraglich, ob noch ein leichter Fall eines Wachtvergehens nach Art. 76 MStG vorliegt.

⁸⁸ HAURI, MStG-Kommentar, N 6 ff. zu Art. 180 mit Hinweis auf MKGE 6 Nr. 88 Erw. 3, MKGE 3 Nr. 12 Erw. 2 sowie MKGE 3 Nr. 25 Erw. D; HAUSER / FLACHSMANN / FLURI, Disziplinarstrafordnung, S. 32 ff. mit Hinweis u.a. auf die neuere Rechtsprechung des BGer zur Strafzumessung (BGE 117 IV 112, S. 114; 118 IV 14, S. 14); POPP, MStG-Kommentar, N 207 ff. zu den Vorbemerkungen mit Hinweis auf MKGE 10 Nr. 110, 10 Nr. 52 Erw. 3, 10 Nr. 8 Erw. 4, 10 Nr. 50 Erw. 3, 9 Nr. 176 Erw. 8, 10 Nr. 111 Erw. 2, 10 Nr. 55 Erw. A/4; HAURI KURT, Über das militärische Disziplinarstrafrecht, in: ZStrR 1977, S. 224 ff.

⁸⁹ Siehe vorne Ziff. 1.1, 3.

In den genannten Fällen findet das Disziplinarstrafverfahren nach Art. 200 ff. MStG statt. Zuständig ist im Militärdienst der Truppenkommandant, ausserhalb des Dienstes das VBS oder die zuständigen kantonalen Behörden.⁹⁰

4.2. Die Formalien des Untersuchungsbefehls

Der Befehl zur vorläufigen Beweisaufnahme oder zur Voruntersuchung ist schriftlich zu erlassen. In dringenden Fällen kann er mündlich mit sofortiger schriftlicher Bestätigung erteilt werden. Dem Untersuchungsrichter werden die Protokolle und Beweisstücke übergeben.⁹¹ Der entsprechende Umfang bestimmt sich insbesondere danach, welche Beweiserhebungen die Truppe bereits im Rahmen von Art. 100 MStP getroffen hat.

Der Befehl hat eine kurze Darstellung des Sachverhalts zu enthalten; Tatverdächtige oder Beschuldigte sind genau zu bezeichnen.⁹² Bestehen Zweifel über die Zuständigkeit, so trifft der Untersuchungsrichter nur die dringenden Massnahmen und leitet die Akten an den Oberauditor weiter. Einerseits kann unklar sein, ob eine strafbare Handlung der militärischen oder der zivilen Gerichtsbarkeit untersteht. Andererseits kann der Gerichtsstand zwischen militärischen Gerichten streitig sein.⁹³

Bei Begehung einer strafbaren Handlung während des Militärdienstes ist in Schulen, Lehrgängen und Kursen der jeweilige Kommandant, in Truppendiensten im Bataillonsverband⁹⁴ der Bataillonskommandant und bei kleineren, selbständig im Dienst befindlichen Formationen der betreffende Kommandant zum Erlass eines Untersuchungsbefehls zuständig.

⁹⁰ Gemäss Art. 39 Abs. 1 MStV ordnet bei strafbaren Handlungen ausserhalb des Dienstes der Oberauditor die vorläufige Beweisaufnahme oder die Voruntersuchung an. Zur besagten Abgrenzung sowie zum Disziplinarstrafverfahren eingehend HAUSER / FLACHSMANN / FLURI, Disziplinarstrafordnung, S. 79 ff.; ZIEGLER, Rechtsschutz des Angehörigen der Armee, S. 30 ff., 140 ff.

⁹¹ Art. 105 Abs. 1 MStP.

⁹² Art. 105 Abs. 2 MStP. Bei der vorläufigen Beweisaufnahme wird der Fehlbare „Tatverdächtiger“, bei der Voruntersuchung „Beschuldigter“ genannt (Handbuch für Angehörige der Militärjustiz vom 01.09.2009, Regl 67.030, Ziff. 96 ff., 102 ff.).

⁹³ Siehe den Gesetzeswortlaut von Art. 105 Abs. 3 MStP. Nähere Angaben bei GIAN MOERI, in: MStP-Kommentar, N 1 ff. zu Art. 105.

⁹⁴ „Bataillon“ ist die Bezeichnung für einen Verband in Streitkräften. In ihm sind mehrere Kompanien oder Batterien einer Truppengattung zu einer organisch zusammengesetzten Einheit zusammengefasst. Je nach Truppengattung umfasst es 300 bis 1200 AdA. Das Bataillon ist direkt einer Brigade als dem nächsthöheren Großverband unterstellt. Bei der Artillerie, den Übermittlungstruppen und der Luftwaffe wird auch der Begriff „Abteilung“ anstelle von Bataillon verwendet.

In den übrigen Fällen schliesslich erteilt der Kommandant der Truppe oder des Stabes⁹⁵ den entsprechenden Befehl.⁹⁶ Für eine ausserhalb des Dienstes begangene strafbare Handlung ist das VBS oder die von ihm bezeichnete Dienststelle zur Anordnung einer militärgerichtlichen Untersuchung zuständig.⁹⁷

Während des Dienstes hat der zuständige Kommandant den Befehl zur vorläufigen Beweisaufnahme oder zur Voruntersuchung persönlich zu erteilen. Ist er verhindert, so ist der Untersuchungsbefehl durch seinen Stellvertreter zu unterzeichnen. Die Unterschriftsberechtigung kann nicht auf andere Personen übertragen werden. Untersuchungsbefehle gegen Schul-, Lehrgangs- und Kurskommandanten erteilt der vorgesetzte höhere Stabsoffizier.⁹⁸ Bei strafbaren Handlungen ausserhalb des Dienstes ordnet der Oberauditor die vorläufige Beweisaufnahme oder Voruntersuchung an.⁹⁹

Gestützt auf den Untersuchungsbefehl prüft der Untersuchungsrichter die Befugnis zur Anordnung der Untersuchung sowie die sachliche und örtliche Zuständigkeit seines Gerichts¹⁰⁰ und erlässt die Eröffnungsverfügung, welche bei der vorläufigen Beweisaufnahme eine kurze Umschreibung des Untersuchungsgegenstands und bei der Voruntersuchung die Bezeichnung des Beschuldigten und des Sachverhalts enthält.¹⁰¹

Der Untersuchungsbefehl kann so lange zurückgenommen werden, als der Untersuchungsrichter das Verfahren noch nicht eröffnet hat.¹⁰² Werden seit Erlass des Untersuchungsbefehls neue Straftaten bekannt, so dehnt der Untersuchungsrichter die Voruntersuchung auf diese aus, wenn der Beschuldigte dafür der Militärgerichtsbarkeit untersteht. Ferner erweitert der Untersuchungsrichter die Voruntersuchung auf Personen, die an der Straftat als Mittäter, Anstifter oder Gehilfen beteiligt sind und der Militärgerichtsbarkeit unterstehen.¹⁰³ Hat neben dem Beschuldigten noch eine andere Person eine der Militärstraferichtsbarkeit unterstehende strafbare Handlung begangen, so beantragt der Untersuchungsrichter der zur Anordnung einer Untersuchung zuständigen Stelle den Erlass eines Untersuchungsbefehls.¹⁰⁴

⁹⁵ Bei einer Stabsabteilung handelt es sich um eine Funktionseinheit in Stäben verschiedener Streitkräfte, die von einem Offizier oder Stabsoffizier geleitet wird und ab Bataillonsstufe dem Kommandanten bei der Führung zur Seite steht. Zum organisatorischen Aufbau der Armee siehe Fn. 189.

⁹⁶ Siehe den Gesetzeswortlaut von Art. 101 Abs. 1 MStP sowie Art. 38 MStV. Nähere Angaben bei GIAN MOERI, in: MStP-Kommentar, N 4 ff. zu Art. 101. Beispielsweise erteilt der Oberauditor gestützt auf die Meldung des Kreiskommandos des Wohnsitzkantons des Beschuldigten bei mehrfachem Nichterfüllen der ausserdienstlichen Schiesspflicht den erforderlichen Untersuchungsbefehl.

⁹⁷ Siehe den Gesetzeswortlaut von Art. 101 Abs. 3 MStP sowie Art. 39 MStV. Nähere Ausführungen bei GIAN MOERI, in: MStP-Kommentar, N 19 f. zu Art. 101; HAUSER / FLACHSMANN / FLURI, Disziplinarstrafordnung, S. 46 ff.

⁹⁸ Art. 38 MStV.

⁹⁹ Art. 39 Abs. 1 MStV.

¹⁰⁰ Zum Gerichtsstand siehe Art. 26 ff. MStP, Art. 26 MStV sowie Anhang 1 zur MStV. Vgl. vorne Ziff. 1.1.

¹⁰¹ Art. 41 MStV.

¹⁰² Art. 40 MStV.

¹⁰³ Sog. Ausdehnungsverfügung, welche die betroffene Person sowie den Sachverhalt genau zu bezeichnen hat (Art. 45 Abs. 2 MStV). Nähere Angaben bei GIAN MOERI, in: MStP-Kommentar, N 2 ff. zu Art. 111.

¹⁰⁴ So der Gesetzeswortlaut von Art. 46 Abs. 1 MStV.

Sind an der Straftat des Beschuldigten Personen beteiligt, die der zivilen Strafgerichtsbarkeit unterstehen, oder hat der Beschuldigte zusätzliche strafbare Handlungen begangen, für welche die zivilen Strafbehörden zuständig sind, so legt der Untersuchungsrichter die Akten mit seinem Antrag dem Obergericht vor. Dieses fällt den durch die Art. 220 und Art. 221 MStG dem Bundesrat zugewiesenen Entscheid.¹⁰⁵ Überträgt der Obergericht den Fall den militärischen Strafbehörden, so dehnt der Untersuchungsrichter die Voruntersuchung entsprechend aus.¹⁰⁶

Wird neben der strafbaren Handlung des Beschuldigten, für die militärische Strafbehörden zuständig sind, noch eine selbständige, der zivilen Strafgerichtsbarkeit unterstehende Widerhandlung einer andern Person festgestellt, so erstattet der Untersuchungsrichter der zuständigen zivilen Strafbehörde Anzeige.¹⁰⁷

5. Die historische Bedeutung des Untersuchungsbefehls

5.1. Vor dem Inkrafttreten der Militärstrafgerichtsordnung von 1889: Leitung der Voruntersuchung durch einen Strafpolizeibeamten

Das schweizerische Militärstrafrecht beruht auf jahrhundertealtem schweizerischem Kriegrecht. Allererste Anfänge liegen im „Sempacherbrief“ von 1393.¹⁰⁸ Die spätere Weiterentwicklung erfolgte vor allem in den Fremden Diensten, wo die Söldner aus den Urkantonen Uri, Schwyz und Unterwalden schon vor der Gründung der Eidgenossenschaft auf den damaligen europäischen Kriegsschauplätzen gefürchtet und begehrt waren. Seit den militärischen Erfolgen der Eidgenossen in den Burgunderkriegen (1474 – 1477) wurden eidgenössische Söldner in grosser Zahl angeworben. Übervölkerung, Abenteuerlust, Beute und Sold waren die ausschlaggebenden Gründe, sich in fremde Dienste zu begeben. Schon zuvor war im Rahmen der Konflikte mit Habsburg, insbesondere im Zuge der Schlachten von Morgarten und Sempach, der Ruf entstanden, die eidgenössischen Truppen seien „unbesiegbar“. Ihre militärische Durchschlagskraft beruhte auf einer neuen Infanterietaktik, welche den zeitgenössischen Ritterheeren überlegen war. Die schweizerischen Regimenter unterstanden dabei nicht der Gerichtsbarkeit des Kriegsherrn, sondern ihrem eigenen nationalen Recht. „Schweizer“ Soldaten durften demnach nur durch „Schweizer“ Richter, nach „schweizerischem“ Recht und unter eidgenössischer Hoheit verurteilt werden.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Siehe vorne Ziff. 3.

¹⁰⁶ Entsprechend der Gesetzeswortlaut von Art. 46 Abs. 2 MStV.

¹⁰⁷ So der Gesetzeswortlaut von Art. 46 Abs. 3 MStV.

¹⁰⁸ Dabei sind Militärstrafrecht und Militärstrafprozessrecht historisch betrachtet kaum voneinander zu trennen. Vgl. STEFAN G. SCHMID, in: MStG-Kommentar, N 1 zur historischen Einleitung; STOOSS A., MStGO-Kommentar, S. VIII; HAEFLIGER, MStGO-Kommentar, S. 1.

¹⁰⁹ Historisches Lexikon der Schweiz, Fremde Dienste, <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/d/D8608.php>. Nähere Ausführungen bei RITTENER, Organisation der Militärstrafgerichtsbarkeit, S. 12 ff.; SCHERRER, Prozessmaximen, S. 10 ff.; STEFAN G. SCHMID, in: MStG-Kommentar, N 5 f. zur historischen Einleitung sowie eingehend BUSINGER LUDWIG, Das Kriegsrecht der Schweizer in fremden Diensten, Diss. Bern 1916.

Ein eidgenössischer Militärstrafprozess entstand erst zur Zeit der Helvetik. Im Jahre 1799 wurde das „Gesetz über Errichtung von Kriegszucht-, Kriegs- und Revisionsräten“ erlassen. Die Rechtsprechung lag danach ausschliesslich in den Händen der Truppenoffiziere. Besondere Justizoffiziere gab es nicht. Jedes Bataillon der helvetischen Truppen verfügte über einen Kriegszuchtrat von sieben Mitgliedern, welcher über geringfügige Delikte urteilte, über einen Kriegsrat von zwanzig Mitgliedern zur Beurteilung der Verbrechen, und schliesslich über einen aus zehn Mitgliedern bestehenden Revisionsrat, welcher die Urteile der unteren Instanzen nachzuprüfen hatte. Die Gerichte setzten sich aus Offizieren und Unteroffizieren zusammen. Einer vom Kommandierenden bestellter Berichterstatter war mit der Voruntersuchung betraut. Darauf folgte die Überweisung durch den Kriegszuchtrat als Anklagebehörde an den Kriegsrat. Die besagte Kodifikation wies indes erhebliche Widersprüche auf, führte zu Rechtsunsicherheit und erschwerte die Rechtsanwendung.¹¹⁰

Beim darauffolgenden „Code pénal militaire pour les Régiments Suisses au service de Sa Majesté très chrétienne“ von 1816/17 handelt es sich um eigentliches Kriegsstrafrecht. Es enthielt das materielle und formelle Militärstrafrecht für die eidgenössischen Truppen, während die Rechtsetzungsbefugnis betreffend die kantonalen Truppen bei den jeweiligen Ständen verblieb.¹¹¹

Die Revisionsarbeiten in den 1830er-Jahren mündeten in das „Militärstrafgesetzbuch“ von 1837, welches vom liberalen Geist der Regenerationszeit geprägt war. Die besagte Kodifikation zeichnete sich vor allem durch das Bemühen um die Rechte des Beschuldigten aus und beeinflusste die Schweizer Strafrechtsgeschichte, indem sie über das Militärstrafgesetzbuch von 1851 auf zahlreiche kantonale Strafgesetze sowie auf das Bundesgesetz über die Bundestrafrechtspflege aus dem Jahre 1851 abfärbte.¹¹²

Beim Bundesgesetz über die Strafrechtspflege für die eidgenössischen Truppen von 1851 handelt es sich um eine reine Überarbeitung der Gesetzgebung von 1837. Damals oblag die Führung der Voruntersuchung einem Strafpolizeibeamten (Truppenoffizier), allenfalls mit Assistenz des Auditors¹¹³. Neben einigen Verbesserungen im Bereich des Verfahrensrechts wies das Militärstrafgesetzbuch von 1851 schwerwiegende Mängel auf. Es war teilweise widersprüchlich und derart kompliziert, dass es gar für Juristen kaum verständlich war.¹¹⁴

¹¹⁰ STOOSS A., MStGO-Kommentar, S. XI f. Vgl. RITTENER, Organisation der Militärstrafgerichtsbarkeit, S. 27; STEFAN G. SCHMID, in: MStG-Kommentar, N 7 ff. zur historischen Einleitung.

¹¹¹ STEFAN G. SCHMID, in: MStG-Kommentar, N 18 f. zur historischen Einleitung.

¹¹² STEFAN G. SCHMID, in: MStG-Kommentar, N 20 ff. zur historischen Einleitung; STOOSS A., MStGO-Kommentar, S. XII. Nähere Angaben bei STUDER, Militärstrafgerichtsbarkeit im Bundesstaat, S. 27 ff.

¹¹³ Zur heutigen Funktion des Auditors vorne Ziff. 2.

¹¹⁴ STOOSS A., MStGO-Kommentar, S. XII; STEFAN G. SCHMID, in: MStG-Kommentar, N 26 ff. zur historischen Einleitung. Nähere Ausführungen bei STOOSS A., MStGO-Kommentar, S. VIII ff.; SCHERRER, Prozessmaximen, S. 3 ff.; STUDER, Militärstrafgerichtsbarkeit im Bundesstaat, S. 13 ff.; HAMMER, Voruntersuchung, S. 3 ff.; RITTENER, Organisation der Militärstrafgerichtsbarkeit, S. 12 ff.

5.2. Die Militärstrafgerichtsordnung von 1889

5.2.1. Regelungsbedarf

Während die Botschaft MStGO 1884 die bisherige Praxis beibehalten wollte, wurde in der Botschaft MStGO 1888¹¹⁵ die Leitung der Voruntersuchung durch einen Truppenoffizier als wesentlicher Mangel der damaligen Strafgerichtsordnung betrachtet. Kritik erfuhr dabei der Umstand, dass es sich um einen "zufällig" mit der Voruntersuchung betrauten Truppenoffizier handelte, der "in keiner Weise" auf seine Aufgabe vorbereitet und "nur ausnahmsweise" mit den Vorschriften des Strafverfahrens vertraut war.¹¹⁶

Viele Voruntersuchungen wurden deshalb offenbar "mangelhaft" geführt. Auch wurde darauf hingewiesen, dass nach geltendem Recht der Truppenkommandant unter Umständen seine Befugnisse missbrauchen und Fälle disziplinarisch erledigen könnte, die eigentlich in die Kompetenz des Gerichts gehörten.¹¹⁷ So ALFRED STOOSS: „In dem bewegten Leben einer Truppe verwischen sich die Spuren einer strafbaren Handlung viel rascher als sonst und sind die Beweise überhaupt oft viel schwieriger zu erbringen. Sofortiges Einschreiten führt am ehesten zu einem Resultate. Andererseits darf der damit betraute Offizier nicht vergessen, dass es sich nur um vorläufige, dringliche Erhebungen handelt, welche er an Stelle des U Richters vornimmt.“¹¹⁸ ALFRED MARTIN kritisiert den Umstand, dass die vorläufige Beweisaufnahme einem beliebigen Offizier anvertraut werde: „La procédure comprend donc une première phase dans laquelle elle est dirigée par un officier qui n'appartient pas à la justice militaire, et qui est choisi d'urgence, un peu au hasard, et au dernier moment. C'est là un point faible de notre organisation judiciaire.“¹¹⁹ Es vermochte nicht zu befriedigen, dass ein Kommandant die Durchführung einer Voruntersuchung trotz ausgewiesener Voraussetzungen verhindern konnte.¹²⁰

Ebenso CARL STOOSS: „Diese bestimmten und bindenden Vorschriften der Militärstrafgerichtsordnung werden von den hohen Stellen, welche die Eröffnung der Voruntersuchung zu verfügen haben, öfters übersehen.“ Zu Recht hält CARL STOOSS gleichzeitig fest, dass es nicht angehe, wenn es der zuständige Truppenkommandant unterlasse, die Voraussetzungen des Untersuchungsbefehls zu prüfen und „die Sache“ unbesehen dem Untersuchungsrichter zur Beurteilung überweise.¹²¹

¹¹⁵ Botschaft vom 10. April 1888 betreffend ein Bundesgesetz über die Militärstrafgerichtsordnung (BBl 1888 II S. 345 ff.).

¹¹⁶ Botschaft MStGO 1888, S. 357, 363 f.

¹¹⁷ Zum Begriff des „leichten Falles“ vorne Ziff. 4.1.3.

¹¹⁸ STOOSS A., MStGO-Kommentar, S. 80.

¹¹⁹ MARTIN ALFRED, Critique de quelques dispositions de la loi sur l'organisation judiciaire et procédure pénale pour l'armée suisse, in: ZStrR 1902, S. 1 ff., S. 3.

¹²⁰ Vgl. STOOSS A., MStGO-Kommentar, S. 80 f.; Botschaft MStGO 1888, S. 357, 363 f.; STOOSS CARL, Der Entwurf einer eidgenössischen Militärstrafgerichtsordnung, Bemerkungen und Vorschläge, in: ZStrR 1888, S. 261 ff.

¹²¹ STOOSS CARL, Die Einleitung von Militärstrafuntersuchungen durch Truppenoffiziere, Unteroffiziere und Militärbehörden, in: ZStrR 1894, S. 390 ff., S. 397.

Erstmals trat der Untersuchungsrichter in Erscheinung, was dem Gedanken Rechnung trug, dass nicht ein und dieselbe Person in einer Sache Richter und Partei zugleich sein kann. Dies bedeutete den Anschluss an die damaligen bürgerlichen Strafgerichtsverfassungen. Gleichzeitig wurde indes unmissverständlich festgehalten, dass es nicht angehen konnte, die Stellung des Kommandanten als Gerichtsherr seiner Truppe in dem Sinne anzutasten, dass neben ihm eine andere Stelle generell die Kompetenz zur Einleitung einer Voruntersuchung erhalten könnte.¹²²

Im Zusammenhang mit der Forderung nach Zurückhaltung – namentlich dass der mit der Untersuchung betraute Truppenoffizier nur vorläufige, dringliche Beweiserhebungen anstelle des Untersuchungsrichters tätigen sollte – steht der Umstand, dass es damals in Friedenszeiten keine organisierte militärgerichtliche Polizei gab. Demnach war die Truppe darauf angewiesen, selbst die ersten Massnahmen der Beweissicherung zu treffen. So ALFRED STOOSS: „In Friedenszeiten besitzen wir keine organisierte militärgerichtliche Polizei (...). Für den aktiven Dienst sieht Mil O¹²³ Art. 62 eine Heerespolizei (Feldgendarmarie) vor (...); bei grösseren Feldübungen wird jeweils eine solche aus den kantonalen und städtischen Polizeikörpern der Übungsgebiete gebildet.“¹²⁴

Auch im heutigen Militärstrafprozess zeugt Art. 100 MStP von den "unaufschiebbaren Massnahmen der Beweissicherung", wonach der am Tatort den Befehl führende Vorgesetzte oder ein von ihm bezeichneter „geeigneter“ Offizier oder Unteroffizier die nötigen Massnahmen zu treffen hat, wenn eine der Militärgerichtsbarkeit unterliegende strafbare Handlung begangen worden ist.¹²⁵

5.2.2. Exkurs: Die Militärische Sicherheit

Die Militärische Sicherheit entstand im Rahmen der „Armeereform XXI“¹²⁶ aus dem ehemaligen Festungswachtkorps und der „Militärischen Sicherheit 95“ und ist Teil des Führungsstabes der Armee. Sie beschäftigt zurzeit rund 700 Mitarbeitende.

Die Angehörigen der Militärischen Sicherheit erfüllen ihren Auftrag nach Art. 100 MG. Es sind dies insbesondere die sicherheits-, verkehrs- und kriminalpolizeilichen Aufgaben innerhalb der Armee im In- und Ausland. Dazu kommen Spezialaufgaben wie die Spionage- und Sabotageabwehr sowie der Schutz des Bundesrates im Assistenz- oder Aktivdienst.

¹²² Botschaft MStGO 1888, S. 350, 363 f. Nähere Angaben bei RITTENER, Organisation der Militärstrafgerichtsbarkeit, S. 54 f.; SCHERRER, Prozessmaximen, S. 16 ff.; STUDER, Militärstrafgerichtsbarkeit im Bundesstaat, S. 62 ff.; STEFAN G. SCHMID, in: MStG-Kommentar, N 29 zur historischen Einleitung m.w.H.

¹²³ Bundesgesetz über die Militärorganisation vom 12. April 1907 (ausser Kraft seit 03.02.1995).

¹²⁴ STOOSS A., MStGO-Kommentar, S. 78.

¹²⁵ Nähere Ausführungen zu den Beweissicherungsmassnahmen der Truppe i.S.v. Art. 100 MStP bei JEAN-FRANÇOIS LÉCHOT, in: MStP-Kommentar, N 2 ff. zu Art. 100; HAEFLIGER, MStGO-Kommentar, S. 122 ff.; HAUSER / FLACHSMANN / FLURI, Disziplinarstrafordnung, S. 50 f.

¹²⁶ Bei der „Armee XXI“ handelt es sich um die aktuelle Struktur der Schweizer Armee. Ihre Umsetzung war ein grossangelegtes Reformprojekt, mit dem der veränderten Sicherheitslage in Mitteleuropa im 21. Jahrhundert Rechnung getragen werden sollte. Das zugrundeliegende Militärgesetz wurde am 18. Mai 2003 von Volk und Ständen angenommen. Es sieht insbesondere eine Verkleinerung der Mannschaftsstärke und vermehrte Kooperation mit ausländischen Partnern vor. Abgelöst durch die Armee XXI wurde die bisherige Struktur „Armee 95“.

Bei der Territorialen Militärpolizei (Ter MP) handelt es sich neben den kantonalen Polizeikörpern um einen Teil der Gerichtspolizei der Militärjustiz.¹²⁷ Für das Berufsmilitär in Schulen und Kursen der Armee sowie die Truppenkommandanten aller Stufen der Milizverbände ist die Territoriale Militärpolizei Beratungs- und Unterstützungsorgan. Sie ist schweizweit auf vier Regionen verteilt, die sich wiederum an die schweizerischen Polizeikonkordate der städtischen und kantonalen Polizeiergane anlehnen.

Die Mobile Militärpolizei (Mob MP) operiert schweizweit in Zuggrösse von 20 bis 30 Mann. Ihre Stützpunkte sind auf die ganze Schweiz verteilt. Sie ist insbesondere für die Unterstützung des GWK, den Objekt-, Konferenz- und Botschaftsschutz, Einsätze im Ausland sowie Ausbildungsunterstützung zugunsten der Armee zuständig.¹²⁸

5.3. Der Militärstrafprozess von 1979

Mit einer Teilrevision des Militärstrafgesetzes vom 13.06.1927 und einer Totalrevision des Bundesgesetzes vom 28.06.1889 über die Militärstrafgerichtsordnung wurde ein umfassendes Revisionswerk der Militärstrafgesetzgebung abgeschlossen, welches per 01.01.1980 in Kraft trat. Damit sprachen sich die eidgenössischen Räte für die Beibehaltung der Militärjustiz aus und lehnten die da und dort erhobene Forderung nach der Unterstellung der militärischen Straftatbestände unter die zivile Gerichtsbarkeit ab.¹²⁹

Das Militärstrafgesetz von 1851 bewährte sich vor allem in den Aktivdienstjahren 1914 bis 1918 nicht, da es vornehmlich auf den Kriegszustand ausgerichtet und deshalb für den Neutralitätsfall zu streng war. Das im Jahr 1927 als Ersatz für das Militärstrafgesetz von 1851 erlassene MStG erfuhr im Jahre 1941 eine erste Anpassung an das bürgerliche Strafgesetzbuch. Eine bedeutende Gesetzesrevision brachte das Jahr 1967, insbesondere mit der Neuordnung der Strafvorschriften über die Dienstverweigerung, der Anpassung der Bestimmungen über die Verletzung völkerrechtlicher Vorschriften, der strafrechtlichen Regelung des militärischen Geheimnisschutzes, der Anpassung an das Strassenverkehrsrecht sowie den Änderungen in der Disziplinarstrafordnung. Eine weitere Revision erfolgte im Jahre 1974 mit der Anpassung des Militärstrafrechts an die im Jahre 1971 erfolgte Revision des bürgerlichen Strafrechts.¹³⁰

Die Militärstrafgerichtsordnung von 1889 hatte bereits vier Teilrevisionen erlebt, ohne dass es dabei zu grundsätzlichen Neuerungen gekommen wäre. Im Vernehmlassungsverfahren zur neuen Militärstrafgerichtsordnung wurde wiederum¹³¹ darauf hingewiesen, dass nach geltendem Recht der Truppenkommandant seine Befugnisse missbrauchen und Fälle disziplinarisch erledigen

¹²⁷ Art. 18 Abs. 3 MStP.

¹²⁸ VBS, Führungsstab der Armee, Militärische Sicherheit, <http://www.vtg.admin.ch/internet/vtg/de/home/schweizerarmee/organisation/fsta/milit.html>.

¹²⁹ STUDER, Militärstrafgerichtsbarkeit im Bundesstaat, S. 206 ff.

¹³⁰ Einzelheiten bei STEFAN G. SCHMID, in: MStP-Kommentar, N 42 ff. zur historischen Einleitung; STUDER, Militärstrafgerichtsbarkeit im Bundesstaat, S. 170 ff., 206 ff.; BUOB, Berechtigung der Militärgerichtsbarkeit, S. 19 ff.; STUDER, Militärstrafgerichtsbarkeit im Bundesstaat, S. 97 ff.

¹³¹ Siehe vorne Ziff. 5.2.1.

gen könnte, die eigentlich in die Kompetenz des Gerichts gehörten. Dabei standen indes zum vornherein nur jene Fälle zur Diskussion, in denen der Truppenkommandant entgegen dem Antrag des Untersuchungsrichters die Einleitung des Verfahrens ablehnt. Demgemäss wurde lediglich der Einbau einer Sicherungsklausel in der Form des heutigen Art. 101 Abs. 2 MStP für „zweckmässig“ betrachtet, um allfällige Missbräuche zu verhindern.¹³²

5.4. Zusammenfassende Betrachtung aus heutiger Sicht: Der Untersuchungsbefehl als Formerfordernis oder blosser tradierte Formalität?

Der Untersuchungsbefehl geht auf die Anfänge der militärstrafprozessualen Kodifikationen zurück. Im militärischen Alltag bzw. Dienstbetrieb ergehen verbindliche Anordnungen in Form von Befehlen.¹³³ Daher muss auch der Begriff des *Untersuchungsbefehls* stammen. Der Kommandant als Gerichtsherr seiner Truppe erteilte demnach mit dem Untersuchungsbefehl dem Strafpolizeibeamten (Truppenoffizier) die Anordnung, eine Untersuchung gegen eine bestimmte Person bzw. Personengruppe unter Angabe der strafbaren Handlung, der sie beschuldigt wird, durchzuführen.

Es stellt sich die Frage, ob es sich beim Untersuchungsbefehl um ein eigentliches Formerfordernis oder lediglich um eine blosser tradierte Formalität im Sinne einer reinen Ordnungsvorschrift handelt. Die grammatikalische, historische und teleologische Auslegung von Art. 105 Abs. 1 MStP weist eindeutig auf eine Gültigkeitsvorschrift und damit auf eine Prozessvoraussetzung¹³⁴ hin: Ohne einen schriftlichen Untersuchungsbefehl in den Händen zu halten, durfte der Untersuchungsrichter gemäss MStGO¹³⁵ nicht tätig werden.

Gemäss Art. 105 Abs. 1 MStP besteht dieses Erfordernis weiterhin, wurde aber dahingehend „gelockert“, dass der Untersuchungsbefehl in dringenden Fällen „mündlich mit sofortiger schriftlicher Bestätigung“ erfolgen kann. Dabei handelt es sich vornehmlich um jene Fälle, in denen der Untersuchungsrichter Gefahr läuft, eine Beweissicherungsmassnahme nicht mehr rechtzeitig anordnen zu können, müsste er vorgängig den Eingang des schriftlichen Befehls abwarten.¹³⁶

¹³² Botschaft MStP 1977, S. 81. Nähere Angaben bei BUOB, Berechtigung der Militärgerichtsbarkeit, S. 19 ff.; STUDER, Militärstrafgerichtsbarkeit im Bundesstaat, S. 91 ff. Eingehend zur Sicherungsklausel gemäss Art. 101 Abs. 2 MStP hinten Ziff. 6.2.

¹³³ Gemäss Art. 32 Abs. 1 MG sowie Ziff. 21 Abs. 1 des Dienstreglements der Schweizerischen Armee vom 22. Juni 1994 (DR 04; SR 510.107.0) haben die Vorgesetzten das Recht, ihren Unterstellten in Dienstsachen Befehle zu erteilen.

¹³⁴ Weitere Ausführungen dazu hinten Ziff. 6.4.

¹³⁵ Art. 111 der Militärstaferichtsordnung vom 28. Juni 1889 (MStGO; ausser Kraft seit 01.01.1980). Vgl. STOOSS A., MStGO-Kommentar, S. 84: „Der URichter darf keine Untersuchung beginnen, bevor ihm der schriftliche Befehl zu ihrer Anhebung zugestellt ist; nötigenfalls hat er diesen Befehl zu verlangen.“

¹³⁶ GIAN MOERI, in: MStG-Kommentar, N 4 zu Art. 105. Im Übrigen genügt die Übermittlung einer Fotokopie dem Schriftlichkeitserfordernis nicht. Der Untersuchungsbefehl ist dem Untersuchungsrichter daher ausschliesslich im Original, versehen mit einer eigenhändigen Unterschrift, zuzustellen. GIAN MOERI, in: MStG-Kommentar, N 2 zu Art. 105 mit Hinweis auf BGE 112 Ia 173, S. 173; 121 II 252, S. 253 ff.

6. Die Problematik der fehlenden Kompetenz des Untersuchungsrichters zur Anhebung einer Untersuchung nach geltendem Recht

6.1. Anordnung von Zwangsmassnahmen bei zeitlicher und sachlicher Dringlichkeit vor dem Hintergrund der Qualität der Beweissicherung

Gestützt auf Art. 35a Abs. 1 MStV leistet grundsätzlich jeder militärische Untersuchungsrichter Pikettdienst. Aufgrund des zwingenden Erfordernisses eines zumindest mündlich erteilten Untersuchungsbefehls stellt sich die Frage, wie sich dieser Umstand im Falle der Unerreichbarkeit bzw. des fehlenden Einverständnisses des für den Erlass des Untersuchungsbefehls zuständigen Kommandanten im Dienst auf die Erforschung der materiellen Wahrheit und diesbezüglich insbesondere auf das Beweisergebnis auswirkt.

Besonders problematisch ist die Frage, wenn bei zeitlicher und sachlicher Dringlichkeit durch den Untersuchungsrichter Zwangsmassnahmen anzuordnen sind.¹³⁷ Die Beweissicherungsmassnahmen der Truppe gemäss Art. 100 MStP¹³⁸ und die polizeilichen Zwangsmassnahmen nach Art. 3 ff. VPA¹³⁹ sind dabei nicht ausreichend.¹⁴⁰ Weiter stellt sich die Frage, wie es um die Verwertbarkeit von Beweisen steht, welche ohne gültigen Untersuchungsbefehl erlangt wurden.¹⁴¹

6.2. Ungenügen der Sicherungsklausel gemäss Art. 101 Abs. 2 MStP

Ordnet der Kommandant gemäss dem Gesetzeswortlaut von Art. 101 Abs. 2 MStP nach der vom Untersuchungsrichter durchgeführten vorläufigen Beweisaufnahme die Voruntersuchung nicht an, liegt aber nach Ansicht des Untersuchungsrichters eine gerichtlich zu ahnende strafbare Handlung vor, so legt der Untersuchungsrichter die Sache dem Oberauditor vor. Der Oberauditor entscheidet endgültig.

Bei der Bestimmung von Art. 101 Abs. 2 MStP handelt es sich demgemäss um eine Sicherungsklausel, welche verhindern soll, dass ein Kommandant trotz mittels vorläufiger Beweisaufnahme ausgewiesener Voraussetzungen eine Voruntersuchung missbräuchlich nicht anordnet.

¹³⁷ Gemäss Art. 62 MStP steht die Anordnung von Untersuchungsmassnahmen (entspricht dem Begriff „Zwangsmassnahmen“) während der Voruntersuchung ausschliesslich dem UR zu.

¹³⁸ Siehe vorne Ziff. 5.2.1.

¹³⁹ Verordnung vom 26. Oktober 1994 über die Polizeibefugnisse der Armee (VPA; SR 510.32).

¹⁴⁰ Polizeiliche Zwangsmassnahmen dürfen nach Art. 3 Abs. 1 lit. c VPA unter anderem eingesetzt werden, um bei der Verfolgung von Straftaten gegen die Armee oder ihre Angehörigen bis zum Eintreffen der zuständigen Strafverfolgungsorgane die unaufschiebbaren Massnahmen zu treffen. Polizeiliche Zwangsmassnahmen sind nach Art. 4 Abs. 1 VPA: Wegweisung und Fernhaltung, Anhaltung und Identitätsfeststellung, Befragung, Durchsuchung von Personen, Kontrolle von Sachen, Beschlagnahme (recte: Sicherstellung), vorläufige Festnahme, Anwendung von körperlichem Zwang, Waffengebrauch.

¹⁴¹ Dazu hinten Ziff. 6.4.

Verzichtet ein Kommandant indes darauf, eine an sich gebotene vorläufige Beweisaufnahme anzubefehlen, hat im Dienst neben ihm grundsätzlich keine andere Stelle die Kompetenz, eine solche anzuordnen.¹⁴²

Ebenso bezieht sich die Sicherungsklausel lediglich auf Konstellationen, in denen eine vorläufige Beweisaufnahme vorausgeht. Sie bietet demnach keine Handhabe für Fälle zeitlicher und sachlicher Dringlichkeit, welche von vornherein die Voraussetzungen für die Durchführung einer Voruntersuchung erfüllen, d.h. insbesondere bekannte Täterschaft sowie kein leichter Fall.

Folgt man dem Gesetzeswortlaut von Art. 101 Abs. 2 MStP, so könnte in diesen Fällen grundsätzlich nicht einmal der Oberauditor eine Voruntersuchung anbefehlen und das im Dienst begangene Delikt könnte strafrechtlich nicht geahndet werden.

Daran vermag auch der Umstand nicht viel zu ändern, dass gemäss Art. 104 Abs. 3 MStP im Zuge einer vorläufigen Beweisaufnahme dem Opfer¹⁴³ vor dem Abschluss der vorläufigen Beweisaufnahme Gelegenheit zu geben ist, die gerichtliche Beurteilung in der Sache zu verlangen. Macht das Opfer davon Gebrauch, so beantragt der Untersuchungsrichter die Anordnung der Voruntersuchung. Wird sein Antrag abgelehnt, so unterbreitet er die Akten dem Oberauditor zum Entscheid gemäss Art. 101 Abs. 2 MStP.

In den Quellen taucht lediglich die Gefahr des Ermessensmissbrauchs seitens des Truppenkommandanten auf. Die möglichen Auswirkungen auf das Beweisergebnis bei Dringlichkeit werden in diesem Zusammenhang nicht diskutiert. Die Botschaft MStP 1977 beispielsweise hält bezüglich der Sicherungsklausel i.S.v. Art. 101 Abs. 2 MStP fest: „Im Vernehmlassungsverfahren wurde darauf hingewiesen, dass nach geltendem Recht der Kommandant unter Umständen seine Befugnisse missbrauchen und Fälle disziplinarisch erledigen könnte, die an und für sich in die Kompetenz des Gerichts gehören. Obwohl sich in dieser Hinsicht in der jüngeren Vergangenheit nur selten Schwierigkeiten ergeben haben, ist der Hinweis nicht unberechtigt. Es vermag nicht zu befriedigen, dass ein Kommandant eine Voruntersuchung trotz ausgewiesener Voraussetzungen verhindern kann. Allerdings kann es auch nicht darum gehen, die Stellung des Kommandanten als Gerichtsherr seiner Truppe dadurch anzutasten, dass neben ihm eine andere Stelle generell die Kompetenz zur Einleitung einer Voruntersuchung erhalten könnte. Zweckmässig ist jedoch der Einbau einer Sicherungsklausel, die Missbräuche verhindert. Dabei kommen zum vorneherein nur jene Fälle in Frage, wo der Kommandant entgegen dem Antrag des Untersuchungsrichters die Einleitung eines Verfahrens ablehnt.“¹⁴⁴

¹⁴² Vgl. GIAN MOERI, in: MStP-Kommentar, N 17 f. zu Art. 101. Nach Ansicht von GIAN MOERI dränge sich im Missbrauchsfall die Prüfung auf, ob sich ein solcher Kommandant einer Begünstigung i.S.v. Art. 176 MStG strafbar mache. Die im Dienst erfolgte deliktische Handlung könne aber dennoch nicht militärgerichtlich verfolgt werden.

¹⁴³ Gemäss Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 23. März 2007 über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz, OHG; SR 312.5).

¹⁴⁴ Botschaft MStP 1977, S. 81. Siehe bereits vorne Ziff. 5.2.1. Näheres zur besagten Missbrauchsgefahr sogleich in Ziff. 6.3.1.

Überhaupt entsteht der Eindruck, dass es sich bei der vermeintlichen Sicherungsklausel gemäss Art. 101 Abs. 2 MStP um eine Kompromisslösung zwischen dem „mancherorts“ wohl „totalen“ Führungsinteresse des Truppenkommandanten betreffend seine Unterstellen¹⁴⁵ und der Aufgabe der Justiz zur Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs handelt. Es stellt sich gar die Frage, ob die geltende Regelung den Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns zu genügen vermag.

Die Möglichkeit, dass ein plötzlich mit einer strafbaren Handlung konfrontierter Truppenoffizier, der in der Regel kaum mit den Vorschriften des Strafverfahrens vertraut ist, ob bewusst oder aus reiner Unerfahrenheit, Fälle disziplinarisch erledigen könnte, welche eigentlich in die Kompetenz des Gerichts gehörten, bedarf näherer Betrachtung in Bezug auf den Schutzbereich des Gebots der Rechtsgleichheit i.S.v. Art. 8 Abs. 1 BV. Danach ist eine Ungleichbehandlung zulässig, wenn die ihr zugrundeliegenden tatsächlichen Verhältnisse auch aus verfassungsrechtlicher Sicht entsprechend verschieden sind.¹⁴⁶ Der allgemeine Gleichheitssatz fordert, dass bei jeder Ungleichbehandlung sachlich zu begründen ist, inwiefern bezüglich der tatsächlichen Verhältnisse, welche Gegenstand der Regelung sind, eine Differenzierung gerechtfertigt erscheint.¹⁴⁷ Sachliche Gründe für Differenzierungen sind die „anerkannten Grundsätze der geltenden Rechts- und Staatsordnung“ bzw. die „herrschenden Anschauungen und Zeitverhältnisse“.¹⁴⁸ Begeht nun ein AdA im Dienst eine offensichtlich strafbare Handlung und wird disziplinarisch bestraft, obwohl eigentlich eine Voruntersuchung hätte angeordnet werden müssen, oder aber die Straftat wird gar nicht geahndet, und wird ein gleichgelagerter Fall im Rahmen eines militärgerichtlichen Verfahrens abgeurteilt, so sind keine sachlichen Gründe¹⁴⁹ ersichtlich, welche eine Differenzierung und somit eine Ungleichbehandlung rechtfertigen würden. Die vermeintliche Sicherungsklausel gemäss Art. 101 Abs. 2 MStP kann solche Konstellationen nicht verhindern.

Liegt ein eigentlicher Ermessensmissbrauch durch den Truppenkommandanten vor, d.h. ordnet er trotz des Vorliegens einer offensichtlich strafbaren Handlung keine Voruntersuchung an bzw. nimmt er kein Disziplinarstrafverfahren anhand, ohne seinen Entscheid auf sachliche Gründe zu stützen, so läuft dies – in Verwendung der Formulierung des BGer – in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwider, wodurch gar das Willkürverbot gemäss Art. 9 BV verletzt würde.¹⁵⁰ Auch solchen Fällen vermag Art. 101 Abs. 2 MStP nicht zu begegnen.

¹⁴⁵ Teilweise wohl mit einer gewissen Tendenz zu einem „noli me tangere“.

¹⁴⁶ Gemäss Rechtsprechung des BGer ist die Rechtsgleichheit verletzt, wenn „Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich oder Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt“ wird (BGE 124 I 289, S. 292; 122 II 113, S. 118; 121 II 198, S. 204; 118 Ia 1, S. 2). Vgl. HÄFELIN / HALLER / KELLER, Bundesstaatsrecht, N 751 ff.

¹⁴⁷ BGE 122 I 343, S. 349 f.; 122 I 18, S. 25; 122 II 113, S. 118; 121 I 129, S. 134; 121 I 102, S. 104; 121 I 97, S. 100.

¹⁴⁸ BGE 122 I 343, S. 349; 121 I 102, S. 104; 121 I 49, S. 51; 114 Ia 1, S. 3; 112 Ia 240, S. 244; 110 Ia 7, S. 13 f. Vgl. HÄFELIN / HALLER / KELLER, Bundesstaatsrecht, N 754.

¹⁴⁹ Zu den Schranken des beschränkten Subsidiaritäts- und Opportunitätsprinzips gemäss Art. 182 Abs. 1 MStG sogleich Ziff. 6.3.

¹⁵⁰ BGE 110 Ia 7, S. 13; 108 Ia 295, S. 297. Vgl. HÄFELIN / HALLER / KELLER, Bundesstaatsrecht, N 805, 812 ff.

6.3. Das beschränkte Subsidiaritäts- und Opportunitätsprinzips seitens der Truppe

6.3.1. Missbrauchsgefahr

Art. 182 Abs. 1 MStG statuiert ein beschränktes Subsidiaritäts- und Opportunitätsprinzip¹⁵¹ seitens der Truppe. Danach verfügt der Inhaber der Disziplinarstrafgewalt eine Disziplinarstrafe, wenn er Ermahnung und Belehrung des Fehlbaren für nicht ausreichend erachtet. Diesbezüglich besteht also ein beschränkter Ermessensspielraum. Im Rahmen seines Ermessens hat der Inhaber der Disziplinarstrafgewalt allerdings grösste Zurückhaltung zu üben.¹⁵²

In der Bestimmung von Art. 182 Abs. 1 MStG und in der Möglichkeit der „besonderen Massnahmen“ nach Ziff. 37 Abs. 5 DR 04 („Wer die Ausbildungsziele im gesetzten Rahmen nicht erreicht, wird durch besondere Massnahmen gefördert. Der Kommandant kann anordnen, dass die Förderung ausserhalb der allgemeinen Arbeitszeit stattfindet.“) sowie der „zusätzlichen Arbeit“ gemäss Ziff. 47 Abs. 6 DR 04 („Der Kommandant kann einzelne Angehörige der Einheit zu zusätzlicher, dienstlich notwendiger Arbeit ausserhalb der allgemeinen Arbeitszeit befehlen. Er zieht für solche Arbeiten insbesondere diejenigen heran, die geringer Arbeitsbelastung ausgesetzt waren oder ungenügenden Arbeitseinsatz zeigen.“) liegt offensichtlich bereits eine Missbrauchsmöglichkeit begründet.

Die genannten Grundsätze dürfen demnach nicht zur Konsequenz haben, dass offensichtlich strafbare Handlungen aufgrund fehlerhafter Anwendung – d.h. insbesondere infolge Überschreitung bzw. gar Missbrauch des Ermessens – bagatellisiert werden und auf die Durchführung eines Disziplinarstrafverfahrens verzichtet wird. Ausserdem darf nicht die zwingende Anwendbarkeit des Militärgerichtsverfahrens für Fälle ausserhalb von Disziplinarfehlern i.S.v. Art. 180 MStG unterlaufen werden und aufgrund unsachgemässer Motive, beispielsweise um Defizite bei der Führung und Ausbildung der Unterstellten zu verdecken, auf die Durchführung eines ordentlichen Verfahrens verzichtet werden. Dabei bestünde die eklatante Gefahr, dass die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs vereitelt und die Fehlbaren nicht einer angemessenen Bestrafung zugeführt würden.

So auch ERNST LOHNER: „Eine straffe Trennung zwischen kriminell zu ahndenden Tatbeständen, blossen Disziplinarfehlern und leichten Fällen von Vergehen ist vor einer eingehenden Abklärung des Sachverhalts vielfach nicht möglich. Bleibt das Disziplinarstrafrecht bei der militärischen Gewalt, so können Disziplinarvorgesetzte des fehlbaren Wehrmannes, um diesen nicht einer unterschiedlichen bürgerlichen Gerichtsbarkeit auszusetzen, leicht zu einer Verheimlichung des Delikts gegenüber den bürgerlichen Strafverfolgungsbehörden und zu einer Überspannung der disziplinarischen Gewalt verführt werden. Der Täter wird auf diese Weise der gerichtlichen Behandlung entzogen, um dafür ein um so strengeres Disziplinarverfahren über

¹⁵¹ Danach ist es möglich, unter gewissen Voraussetzungen aus Zweckmässigkeitsgründen unter Beachtung der Verhältnismässigkeit ausnahmsweise auf eine Strafverfolgung zu verzichten. Nähere Angaben zum Opportunitätsprinzip bei SCHMID, Strafprozessrecht, N 183.

¹⁵² Vgl. HAUSER / FLACHSMANN / FLURI, Disziplinarstrafordnung, S. 53, 59 ff., 186 f.

sich ergehen zu lassen, das zudem nicht so starke prozessuale Garantien enthält wie der gerichtliche Rechtsgang.¹⁵³

Illustrativ ist die harsche Kritik des Magazins „Die Weltwoche“ betreffend die SWISSCOY¹⁵⁴-Einsätze im Kosovo. Es handle sich um eine „mit Pannen, Problemen und Illusionen“ behaftete Organisation. „Recherchen“ zeigten, dass „Saufgelage, Bordellbesuche und Schlägereien den Alltag prägen.“ Es herrsche „organisierte Disziplinlosigkeit“ aufgrund kaum bestehender Tagesstrukturen. Der Kommandant (NCC¹⁵⁵) habe diese „Ausschreitungen“ nicht nur toleriert, sondern gar gedeckt. In den angeführten Beispielen ist die Rede von Straftaten, welche offensichtlich nicht mehr als „leichter Fall“ gelten, wo die Militärpolizei involviert gewesen sei, der NCC indes sinngemäss keine Untersuchung eröffnet habe. Es wird von „Scheinjustiz“ gesprochen. Im Falle eines Bargeldverlusts sei der NCC bei den Ermittlungen darauf bedacht gewesen, dass kein militärischer Untersuchungsrichter eingeschaltet worden sei.¹⁵⁶

6.3.2. Kontrolle und Aufsicht

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage nach effizienter Aufsicht und Kontrolle. Jeder Kommandant führt eine Strafkontrolle über die seiner Strafgewalt unmittelbar unterstehenden Personen. Die Strafkontrolle wird von seinem Vorgesetzten regelmässig geprüft.¹⁵⁷ Diese Regelung bietet indes keine Handhabe für Fälle, in denen der Ermessensmissbrauch gar nicht erst zur Kenntnis der Aufsichtsinstanz gelangt.

Ähnlich wie Art. 307 Abs. 1 StPO i.V.m. den jeweiligen Ausführungsbestimmungen der Kantone enthält Anhang 4 des Reglements „Organisation der Ausbildungsdienste (ODA)“¹⁵⁸ diverse Meldepflichten bei besonderen Ereignissen und Unfällen. In den genannten Fällen muss zwingend die Militärpolizei beigezogen werden. Die Zivilpolizei wird nötigenfalls von der Ter MP aufgeboten. Die Ter MP informiert wiederum den Pikett-Untersuchungsrichter. Damit ist gewährleistet, dass die Strafverfolgungsbehörden zumindest bei schwerwiegenden Ereignissen benachrichtigt werden.

¹⁵³ LOHNER, Militärjustiz, S. 7.

¹⁵⁴ Der Begriff „SWISSCOY“ steht für „Swiss Company“. Näheres zu den SWISSCOY-Einsätzen bei VBS, Friedensfördernde Einsätze im Ausland – SWISSINT, <http://www.vtg.admin.ch/internet/vtg/de/home/themen/einsaetze/peace/swisscoy.html>.

¹⁵⁵ Der Begriff „NCC“ bedeutet „National Contingent Commander“.

¹⁵⁶ Die Weltwoche, „Krasse Ferien ohne Rechnung“, Ausgabe 19/10, <http://www.weltwoche.ch/ausgaben/2010-19/artikel-2010-19-swisscoy-krasse-ferien-ohne-rechnung.html>, und „Maurers Lottertruppen“, Ausgabe 20/10, <http://www.weltwoche.ch/ausgaben/2010-20/artikel-2010-20-auslandeinsaetze-maurers-lottertruppen.html>. Dabei fällt das politische Kolorit der Berichterstattung auf, geht es doch in den beiden Artikeln wohl insbesondere darum, den Sinn und Nutzen der Militärpräsenz im Ausland zu hinterfragen.

¹⁵⁷ Art. 205 Abs. 2 MStG.

¹⁵⁸ Organisation der Ausbildungsdienste (ODA) vom 01.01.2010, Regl 51.024.

Selbstverständlich kann es aus Zweckmässigkeitsüberlegungen und aufgrund der Unabhängigkeit des Inhabers der Disziplinarstrafgewalt¹⁵⁹ nicht die Aufgabe des militärischen Untersuchungsrichters sein, als Kontrollinstanz für Disziplinarstrafrecht zu walten. Fraglich ist indes, ob der Untersuchungsrichter vor diesem Hintergrund zumindest die Möglichkeit zur selbständigen Anhebung einer Untersuchung haben sollte.¹⁶⁰

6.4. Die Folgen des fehlenden Untersuchungsbefehls

Zur Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs ist erforderlich, dass neben den materiellrechtlichen Voraussetzungen zusätzlich Bedingungen verfahrensrechtlicher Art erfüllt werden. Von der Erfüllung dieser formellen Erfordernisse hängt die Zulässigkeit der Einleitung und Durchführung eines Strafverfahrens ab. Dazu gehören die Prozessvoraussetzungen.¹⁶¹ Aus dem Charakter der verschiedenen Prozessvoraussetzungen ergibt sich die Unterscheidung in solche mit absoluter und solche mit relativer Sperrwirkung. Während die Prozessvoraussetzungen mit absoluter Sperrwirkung zur Folge haben, dass die bei deren Fehlen vorgenommenen Verfahrenshandlungen nichtig sind, bewirkt das Ausbleiben solcher mit relativer Sperrwirkung nicht die Nichtigkeit und beweismässige Unverwertbarkeit der Verfahrenshandlungen. Es besteht also die Möglichkeit, das Verfahren weiterzuführen. Liegen bloss momentane bzw. zu beseitigende Hindernisse vor, so können diese durch die Strafverfolgungsbehörden behoben werden. Ergibt sich hingegen, dass die Prozessvoraussetzung definitiv nicht herzustellen ist, so ist das Verfahren einzustellen.¹⁶²

Die Quellen äussern sich nicht zur dogmatischen Bedeutung sowie Kategorisierung des Untersuchungsbefehls. Der Untersuchungsbefehl weist deutliche Parallelen zu den Antrags- und Ermächtigungsdelikten im bürgerlichen Strafprozess auf, welche Prozessvoraussetzungen mit relativer Sperrwirkung darstellen.¹⁶³ Bei Straftaten, die nur auf Antrag oder nach Ermächtigung verfolgt werden, wird dabei ein Vorverfahren erst eingeleitet, wenn der Strafantrag vorliegt oder die Ermächtigung erteilt wurde.¹⁶⁴

¹⁵⁹ Art. 204 MStG.

¹⁶⁰ Dazu hinten Ziff. 6.6.

¹⁶¹ SCHMID, Strafprozessrecht, N 315 ff.; JOSITSCH, Grundriss Strafprozessrecht, N 98 ff.

¹⁶² SCHMID, Strafprozessrecht, N 320 ff.

¹⁶³ CHRISTOF RIEDO / ANASTASIA FALKNER, in: BSK StPO, N 10 zu Art. 303; SCHMID, Strafprozessrecht, N 318, 322.

¹⁶⁴ So der Gesetzeswortlaut von Art. 303 Abs. 1 StPO.

Die Besonderheit von Antrags- und Ermächtigungsdelikten besteht darin, dass ihre Verfolgung von der *Offizialmaxime*¹⁶⁵ abweicht, d.h. es sind nicht ausschliesslich Strafverfolgungsbehörden, welche über die Einleitung und Durchführung eines Strafverfahrens entscheiden; ausnahmsweise haben Privatpersonen bzw. politische Behörden eine entsprechende Entscheidungskompetenz. Gerechtfertigt werden Antragsdelikte durch den Hinweis auf den geringen Unrechtsgehalt der entsprechenden Delikte.¹⁶⁶

Solange also kein gültiger Strafantrag bzw. keine Ermächtigung vorliegt, darf kein Vorverfahren angehoben werden. Die strikte Anwendung dieser Grundsätze würde indes den Erfolg der späteren Untersuchung häufig in Frage stellen. Insbesondere würden flüchtige Beweismittel verloren gehen. Deshalb kann die zuständige Strafverfolgungsbehörde schon vorher die unaufschiebbaren sichernden Massnahmen treffen und allenfalls vorhandene Beweismittel sicherstellen.¹⁶⁷ Unaufschiebbar sind solche Massnahmen, welche im Hinblick auf die Durchführung des Verfahrens sachlich notwendig sind und in zeitlicher Hinsicht keinen Aufschub dulden, also nicht nachgeholt werden können.¹⁶⁸

Parallel zu den soeben genannten Grundsätzen wird der militärische Untersuchungsrichter im Rahmen der Befehlskompetenz des Kommandanten in Durchbrechung der *Offizialmaxime* sozusagen „ermächtigt“, eine Strafuntersuchung gegen eine bestimmte Person bzw. Personengruppe durchzuführen. Analog zu den Grundsätzen zur Immunität¹⁶⁹ genießt der fehlbare AdA „Verfolgungsprivilegien“ für Delikte, welche er in seiner „amtlichen Stellung“, d.h. in Ausübung des Dienstes, verübt hat.¹⁷⁰ Gemäss Art. 222 Abs. 1 MStG darf während der Dauer des Militärdienstes kein bürgerliches Strafverfahren gegen einen Dienstpflichtigen geführt bzw. eingeleitet oder fortgesetzt werden, es sei denn, der Oberauditor¹⁷¹ erteilt die Zustimmung.¹⁷² Weiter bestehen Ähnlichkeiten mit dem Antragsdelikt bei Antragsdelikten. Der Kommandant stellt quasi Strafantrag zur strafrechtlichen Verfolgung seiner Unterstellten.¹⁷³

¹⁶⁵ Die *Offizialmaxime* besagt, dass die Strafverfolgungsbehörden das Recht und die Pflicht haben, den staatlichen Strafanspruch von Amtes wegen durchzusetzen, d.h. alle zu ihrer Kenntnis gelangenden Straftatbestände unabhängig vom Willen der Geschädigten zu verfolgen (Art. 7 Abs. 1 StPO). Für die Staatsanwaltschaft wird diese Verpflichtung in Art. 16 StPO wiederholt. Nähere Angaben bei JOSITSCH, Grundriss Strafprozessrecht, N 57 ff.; SCHMID, Strafprozessrecht, N 165 ff. sowie spezifisch zum Militärstrafprozess bei SCHERRER, Prozessmaximen, S. 28 ff.

¹⁶⁶ CHRISTOF RIEDO / ANASTASIA FALKNER, in: BSK StPO, N 3 ff. zu Art. 303; SCHMID, Strafprozessrecht, N 169 ff.

¹⁶⁷ Entsprechend der Gesetzeswortlaut von Art. 303 Abs. 2 StPO. Vgl. HAUSER / SCHWERI / HARTMANN, Strafprozessrecht, N 3 zu § 47.

¹⁶⁸ CHRISTOF RIEDO / ANASTASIA FALKNER, in: BSK StPO, N 17 ff. zu Art. 303.

¹⁶⁹ Nähere Ausführungen bei SCHMID, Strafprozessrecht, N 172 ff. und CHRISTOF RIEDO / GERHARD FIOLOKA, in: BSK StPO, N 37 ff. zu Art. 7.

¹⁷⁰ Vgl. in diesem Zusammenhang die Regelung von Art. 57 ff. SchKG, welche für den Schuldner, der sich im Militärdienst befindet, für die Dauer des Militärdienstes Rechtsstillstand vorsieht.

¹⁷¹ Art. 101a Abs. 1 MStV. Ausgenommen ist das Ordnungsbussenverfahren (Art. 101a Abs. 3 MStV).

¹⁷² Vgl. HAUSER / SCHWERI / HARTMANN, Strafprozessrecht, N 1 ff. zu § 20.

¹⁷³ Im Übrigen kann die Verfolgung einer Straftat im Einzelfall gleichzeitig einen Antrag und eine Ermächtigung voraussetzen. Dies ist bei den Ehrverletzungsdelikten gemäss Art. 145 Ziff. 1 Abs. 3, 146 Ziff. 1 Abs. 3 und 148 Ziff. 1 Abs. 1 MStG der Fall. Vgl. CHRISTOF RIEDO / ANASTASIA FALKNER, in: BSK StPO, N 9 zu Art. 303.

In Analogie zu den besagten Grundsätzen handelt es sich beim Untersuchungsbefehl demnach um eine Prozessvoraussetzung mit relativer Sperrwirkung. Dies hat zur Bedeutung, dass der zuständige Untersuchungsrichter dafür besorgt sein muss, dass umgehend ein gültiger Untersuchungsbefehl erlassen wird, damit das Verfahren ordnungsgemäss weitergeführt und der Täter verurteilt werden kann. Analog zu den Grundsätzen des bürgerlichen Strafprozesses muss die Ermächtigung bzw. der Untersuchungsbefehl vor Beginn des gerichtlichen Verfahrens eingeholt werden.¹⁷⁴ Es ist im Übrigen davon auszugehen, dass ein solcher in Analogie zu Art. 204 Abs. 3 MStG¹⁷⁵ auch durch den vorgesetzten Kommandanten erlassen werden kann, sollte der zuständige Kommandant nicht „einlenken“.

Der fehlende Untersuchungsbefehl hat somit nicht die Nichtigkeit und beweismässige Unverwertbarkeit aller bisher getätigten Verfahrenshandlungen zur Folge. Eine andere Konsequenz bzw. dogmatische Einordnung, insbesondere unter Berücksichtigung der Fernwirkung der Beweisverwertungsverbote, wäre kaum vorstellbar.¹⁷⁶ Der Militärstrafprozess enthält im Gegensatz zu Art. 139 ff. StPO keine Angaben zur Beweisverwertbarkeit. Unverwertbar wären unrechtmässig erlangte Beweise gemäss EMRK-Praxis, wenn dadurch die Beschuldigte Person bei einer Gesamtwürdigung des Verfahrens um einen fairen Prozess gebracht würde. Dieser Gedanke findet sich auch in Art. 141 Abs. 2 StPO.¹⁷⁷

6.5. Die Auswirkungen der geltenden Regelung in der Praxis

Trotz Ungenügen der Sicherungsklausel gemäss Art. 101 Abs. 2 MStP ist davon auszugehen, dass die Auswirkungen der Anordnung von Zwangsmassnahmen im Falle des Fehlens eines Untersuchungsbefehls bei Dringlichkeit in der Praxis gering sind.

Kaum problematisch in Bezug auf zeitliche Dringlichkeit sind Edition, Beschlagnahme¹⁷⁸, Autopsie, Exhumierung, DNA-Analysen und grundsätzlich die verdeckte Ermittlung, da diese in der Regel mit einem zeitlichen Planungsaufwand verbunden ist. Bezüglich der Anordnung von Untersuchungshaft gilt gemäss Art. 55a Abs. 1 MStP im Rahmen der vorläufigen Festnahme eine Frist von 24 Stunden, innert der es möglich sein sollte, den erforderlichen Untersuchungsbefehl einzuholen, ebenso bei der erkennungsdienstlichen Erfassung.

¹⁷⁴ CHRISTOF RIEDO / ANASTASIA FALKNER, in: BSK StPO, N 29 zu Art. 303 m.w.H.

¹⁷⁵ Gemäss dem Gesetzeswortlaut von Art. 204 Abs. 3 MStG ist jeder vorgesetzte Kommandant befugt, seinen unterstellten Kommandanten die Durchführung eines Disziplinarverfahrens zu befehlen. Er kann jedoch nicht die Bestrafung des Beschuldigten anordnen.

¹⁷⁶ Ermöglichte ein rechtswidrig erlangter Beweis die Erhebung eines weiteren Beweises, so ist dieser nicht verwertbar, wenn er ohne die vorhergehende Beweiserhebung nicht möglich gewesen wäre (Art. 141 Abs. 4 StPO). Näheres zur Fernwirkung bei Beweisverwertungsverböten u.a. bei SCHMID, Strafprozessrecht, N 798 f. und SABINE GLESS, in: BSK StPO, N 88 ff. zu Art. 141.

¹⁷⁷ Danach sind Beweise, welche in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben wurden, nicht verwertbar, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich. Nähere Angaben bei SCHMID, Strafprozessrecht, N 789 ff.; SABINE GLESS, in: BSK StPO, N 45 ff. zu Art. 141.

¹⁷⁸ Da gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. f VPA polizeiliche Sicherstellung möglich ist.

Wenig problematisch ist in der Regel auch die Durchsuchung von Räumlichkeiten, Gegenständen und Personen, da der Beschuldigte in den militärischen Dienstbetrieb und die entsprechenden Räumlichkeiten eingebunden ist, wo der Zugang gewährleistet ist und die Militärpolizeiorgane umgehend eine Siegelung sowie allenfalls eine Sicherstellung vornehmen können.

Heikel wären einerseits beim Verdacht des Fahrens in fahruntüchtigem Zustand aufgrund der begrenzten analytischen Nachweisfenster die Abnahme einer Blut- oder Urinprobe gegen den Willen des Beschuldigten im Strassenverkehr. Im besagten Falle kann gemäss Art. 78 Abs. 2 VMSV einzig der militärische Untersuchungsrichter die entsprechende Anordnung treffen. Andererseits birgt die Überwachung des Fernmeldeverkehrs nach Art. 70 ff. MStP gewisse Gefahren im Hinblick auf die zeitliche Dringlichkeit, wenn beispielsweise umgehend eine Direktschaltung angeordnet werden muss.

Vor dem Hintergrund der hier vorgeschlagenen dogmatischen Einordnung des Untersuchungsbefehls als Prozessvoraussetzung mit relativer Sperrwirkung wären gestützt auf einen fehlenden Untersuchungsbefehl erhobene Beweise ohnehin verwertbar. Im Übrigen ist davon auszugehen, dass trotz bestehender Missbrauchsgefahr der zuständige Kommandant nach Rücksprache mit dem Untersuchungsrichter oder gar dem Oberauditor ohnehin einlenken würde oder aber der Vorgesetzte an Stelle des zuständigen Kommandanten den erforderlichen Untersuchungsbefehl erteilen würde.

Diese Grundsätze haben allerdings nur Geltung, sofern Militärpolizeiorgane, welche über die nötigen Fachkenntnisse verfügen, mit der Beweiserhebung befasst sind. Nimmt die Truppe ihren Auftrag gemäss Art. 100 MStP wahr, so ist grösste Zurückhaltung zu üben und sind im frühestmöglichen Ermittlungsstadium die Organe der militärischen oder zivilen Polizei beizuziehen, wie dies im Übrigen die Meldepflichten auch vorsehen.

6.6. Exkurs: Die Möglichkeit des Untersuchungsrichters zur selbständigen Anhebung einer Voruntersuchung

Die Botschaft MStGO 1888 hält unmissverständlich fest, dass es nicht angehe, die Stellung des Kommandanten als Gerichtsherr seiner Truppe in dem Sinne anzutasten, dass neben ihm eine andere Stelle generell die Kompetenz zur Einleitung einer Voruntersuchung erhalten könnte.¹⁷⁹ ALFRED STOOSS beispielsweise spricht von der „unabweisbaren Konsequenz aus dem System der scharfen Abgrenzung der militärischen und gerichtlichen Kompetenzen“,¹⁸⁰ LUCIEN RITTENER von der „Konsequenz der scharfen Trennung militärischer und gerichtlicher Kompetenzen.“¹⁸¹

¹⁷⁹ Ebenso die Botschaft MStP 1977, S. 81.

¹⁸⁰ STOOSS A., MStGO-Kommentar, S. 85.

¹⁸¹ RITTENER, Organisation der Militärstrafgerichtsbarkeit, S. 86.

Die Ablehnung der Möglichkeit, dass neben dem Kommandanten – und in begrenzten Umfang dem Oberauditor – eine andere Stelle, nach dem Gesagten insbesondere der Pikett-Untersuchungsrichter, selbständig eine Voruntersuchung anheben könnte, scheint „systembedingt“ derart selbstverständlich zu sein, dass dieser Umstand in den Quellen kaum thematisiert und auch nicht hinterfragt wird.

Es fragt sich also, worin diese „systembedingte Konsequenz“ begründet ist. Vor dem Hintergrund der klassischen Dreiteilung der Staatsfunktionen, namentlich der organisatorischen Gewaltenteilung,¹⁸² muss das Militär als Teil der Exekutive betrachtet werden.¹⁸³ Ebenso sind aber die mit der Strafverfolgung betrauten Organe der Militärjustiz, ausgenommen natürlich die gerichtlichen Instanzen, Verwaltungsbehörden und unterstehen einer verwaltungsmässigen Kontrolle und Aufsicht.¹⁸⁴ Die Angehörigen der Militärjustiz erfüllen ihre militärische Dienstpflicht.¹⁸⁵ Die personelle Gewaltenteilung zwischen dem Truppenkommandanten und den Angehörigen der Militärjustiz ist gewährleistet, da eine gleichzeitige Wahrnehmung beider Funktionen nicht möglich ist.¹⁸⁶ Vor diesem Hintergrund ist nicht einzusehen, inwiefern das Gewaltenteilungsdogma verletzt wäre, hätte insbesondere der Untersuchungsrichter (als Teil der Exekutive) die Möglichkeit, innerhalb der ausschliesslichen Kompetenz des Truppenkommandanten (ebenfalls Teil der Exekutive) selbständig eine Voruntersuchung anzuheben.

Die Relativität der *Offizialmaxime*, d.h. deren Durchbrechung durch die Antrags- und Ermächtigungsdelikte, begründet NIKLAUS SCHMID damit, dass „ein ausnahmslos verwirklichtes Offizialprinzip zu einer Überreaktion der Gesellschaft und damit zu Ungerechtigkeiten sowie zu Konflikten mit anderen Zielsetzungen der staatlichen Gemeinschaft führen müsste.“¹⁸⁷ Bei den Antragsdelikten wird die Verfolgung von Straftatbeständen mit Bagatelldeliktcharakter von einem Antrag des Geschädigten abhängig gemacht, bei den Ermächtigungsdelikten könnte eine uneingeschränkte Anwendung des Offizialprinzips zur Folge haben, dass die Erreichung anderer staatlicher Ziele, so beispielsweise eine ungehinderte Behördentätigkeit, gefährdet oder verunmöglicht würde.¹⁸⁸ Sicherlich wäre hier die Argumentation zulässig, dass in Analogie zu den Antragsdelikten die Disziplinarstrafkompetenz des Kommandanten eben einen solchen Bagatelldeliktcharakter aufweist, und dass analog zu den Ermächtigungsdelikten der militärische Dienstbetrieb „gestört“ würde, würde ein Unterstellter in eine Voruntersuchung verwickelt, insbesondere bei „Schlüsselfunktionen“.

¹⁸² Danach sollen die drei Staatsfunktionen auf drei unterschiedliche, voneinander unabhängige Organe übertragen werden, wobei jedes der drei Organe auf die Ausübung der ihm zugewiesenen Aufgaben beschränkt ist. Nähere Angaben bei HÄFELIN / HALLER / KELLER, Bundesstaatsrecht, N 1405 ff.

¹⁸³ Art. 1 MG definiert den Auftrag der Armee wie folgt: Die Armee trägt zur Kriegsverhinderung und dadurch zur Erhaltung des Friedens bei. Sie verteidigt die Schweiz und ihre Bevölkerung und trägt zu deren Schutz bei. Sie unterstützt die zivilen Behörden, wenn deren Mittel nicht mehr ausreichen, namentlich bei der Abwehr von schwerwiegenden Bedrohungen der inneren Sicherheit, bei der Bewältigung von anderen ausserordentlichen Lagen, insbesondere im Falle von Katastrophen im In- und Ausland. Schliesslich leistet sie Beiträge zur Friedensförderung im internationalen Rahmen.

¹⁸⁴ Siehe vorne Ziff. 2.

¹⁸⁵ Art. 2 MStV.

¹⁸⁶ Vgl. Art. 2 MStP.

¹⁸⁷ SCHMID, Strafprozessrecht, N 169.

¹⁸⁸ SCHMID, Strafprozessrecht, N 172.

Des Weiteren besteht die Befehlskompetenz bzw. die Verpflichtung zum Gehorsam grundsätzlich nur innerhalb des eigenen Kommandobereichs und innerhalb der Rangordnung.¹⁸⁹ Nun könnte beanstandet werden, dass der Untersuchungsrichter mit der Möglichkeit zum selbständigen Tätigwerden in den Kommandobereich des Truppenkommandanten und somit zumindest indirekt in seine Befehlskompetenz eingreifen könnte. Ausserdem würde vielfach die militärische Rangordnung nicht beachtet werden, indem der Untersuchungsrichter im Rang eines Hauptmannes oder Majors steht, während der Schulkommandant i.d.R. den Grad eines Obersten oder Oberstleutnants bekleidet bzw. der Bataillonskommandant den Rang eines Oberstleutnants oder zumindest Majors trägt.¹⁹⁰

Schliesslich leuchtet nicht ein, weshalb gemäss Art. 101 Abs. 2 MStP der Oberauditor lediglich eine Voruntersuchung gegen den Willen des Truppenkommandanten anordnen kann, wenn vorgängig eine vorläufige Beweisaufnahme stattgefunden und der Untersuchungsrichter den entsprechenden Antrag gestellt hat. Eine mögliche Erklärung könnte darin gesehen werden, dass bis zum Entscheidzeitpunkt zumindest eine Fallbetrachtung durch einen Angehörigen der Strafverfolgung stattgefunden hat und der entsprechende Antrag in der Regel nicht unbegründet sein dürfte.

Nach dem soeben Gesagten, aufgrund der historischen Bedeutung des Untersuchungsbefehls, wegen der Problematik der Anordnung von Zwangsmassnahmen bei zeitlicher und sachlicher Dringlichkeit vor dem Hintergrund der Qualität der Beweissicherung, dem Ungenügen der Sicherungsklausel gemäss Art. 101 Abs. 2 MStP und schliesslich der Missbrauchsgefahr aufgrund des beschränkten Subsidiaritäts- und Opportunitätsprinzips seitens der Truppe ist nicht einzusehen, weshalb dem Oberauditor nicht grundsätzlich¹⁹¹ das Recht eingeräumt werden sollte, im Dienst eine Voruntersuchung anzuordnen bzw. der (Pikett-)Untersuchungsrichter insbesondere bei zeitlicher und sachlicher Dringlichkeit nicht die Möglichkeit haben sollte, bei ausgewiesenen Voraussetzungen selbständig eine Voruntersuchung anzuheben.

7. Fazit und Lösungsvorschlag

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Untersuchungsbefehl ein Relikt aus den Anfängen der militärstrafprozessualen Kodifikationen darstellt, als noch keine eigentliche Militärgerichtsbarkeit existierte, womit der Kommandant als Gerichtsherr seiner Truppe einem Truppenoffizier die Anordnung erteilte, eine Strafuntersuchung durchzuführen.

Beim zwingenden Erfordernis eines zumindest mündlich erteilten Untersuchungsbefehls, wie dies durch Art. 105 Abs. 1 MStP statuiert wird, handelt es sich nicht lediglich um eine Ordnungs- sondern um eine eigentliche Gültigkeitsvorschrift. Dieser Umstand birgt während einer militärischen Dienstleistung im Falle der Unerreichbarkeit bzw. des fehlenden Einver-

¹⁸⁹ Art. 32 MG; Ziff. 22 DR 04. Die Armee ist grundsätzlich in Truppengattungen und Dienstzweige eingeteilt, wobei die Militärjustiz einen eigenen Dienstzweig bildet (Art. 7 Abs. 2 lit. c Ziff. 3 AO). Vgl. in diesem Zusammenhang MARC LEBER, in: MStP-Kommentar, N 9 ff. zu Art. 107.

¹⁹⁰ Zur militärischen Rangfolge siehe insbesondere Art. 102 MG und Ziff. 22 DR 04.

¹⁹¹ Namentlich ohne vorgängige Durchführung einer vorläufigen Beweisaufnahme.

ständnisses des für den Erlass des Untersuchungsbefehls zuständigen Kommandanten Gefahren hinsichtlich des Beweisergebnisses. Da die (Beweissicherungs-)Massnahmen der Truppe gemäss Art. 100 MStP nicht ausreichend und nur mit grösster Zurückhaltung anzuwenden sind, spitzt sich die Problematik noch wesentlich zu, wenn bei zeitlicher und sachlicher Dringlichkeit durch den Untersuchungsrichter Zwangsmassnahmen anzuordnen sind.

Bereits im Hinblick auf die Schaffung der MStGO von 1889 wurde die Leitung der Voruntersuchung durch einen Truppenoffizier als wesentlicher Mangel der damaligen Strafgerichtsordnung betrachtet. Begegnet wurde diesem „Missstand“ erst beinahe hundert Jahre später mit der Schaffung der Sicherungsklausel nach Art. 101 Abs. 2 MStP, welche allerdings keine Handhabe für Fälle mit zeitlicher und sachlicher Dringlichkeit, welche von vornherein die Voraussetzungen für die Durchführung einer Voruntersuchung erfüllen, bietet. In solchen Konstellationen könnte grundsätzlich nicht einmal der Oberauditor eine Voruntersuchung anbefehlen und das im Dienst begangene Delikt könnte strafrechtlich nicht geahndet werden.

Führt ein plötzlich mit einer deliktischen Handlung konfrontierter Truppenoffizier, der in der Regel kaum mit den Vorschriften des Strafverfahrens vertraut ist, ein Disziplinarverfahren durch, obwohl die Sache eigentlich durch ein Militärgericht beurteilt werden müsste, so werden der Schutzbereich des Gebots der Rechtsgleichheit i.S.v. Art. 8 Abs. 1 BV und oft die Rechte des Beschuldigten tangiert. Liegt ein eigentlicher Ermessensmissbrauch durch den Truppenkommandanten vor, d.h. ordnet er trotz des Vorliegens einer offensichtlich strafbaren Handlung keine Voruntersuchung an bzw. nimmt er kein Disziplinarstrafverfahren anhand, ohne seinen Entscheid auf sachliche Gründe zu stützen, so hat dies die Verletzung des Willkürverbots gemäss Art. 9 BV zur Folge. Beide Konstellationen vermag die vermeintliche Sicherungsklausel i.S.v. Art. 101 Abs. 2 MStP nicht zu verhindern, weshalb sie sich als ungenügend erweist.

Im beschränkten Subsidiaritäts- und Opportunitätsprinzip i.S.v. Art. 182 Abs. 1 MStG und in der Möglichkeit der „besonderen Massnahmen“ nach Ziff. 37 Abs. 5 DR 04 sowie der „zusätzlichen Arbeit“ gemäss Ziff. 47 Abs. 6 DR 04 liegen seitens des Truppenkommandanten weitere Missbrauchsmöglichkeiten begründet, um aufgrund unsachgemässer Motive, beispielsweise um Defizite bei der Führung und Ausbildung der Unterstellten zu verdecken, auf die Durchführung eines ordentlichen Verfahrens bzw. gar eines Disziplinarstrafverfahrens zu verzichten.

Vor diesem Hintergrund ist nicht einzusehen, weshalb dem Oberauditor nicht grundsätzlich das Recht eingeräumt werden sollte, auch während des Militärdienstes eine Voruntersuchung anzuordnen bzw. für den (Pikett-)Untersuchungsrichter insbesondere bei zeitlicher und sachlicher Dringlichkeit nicht die Möglichkeit geschaffen werden sollte, bei ausgewiesenen Voraussetzungen selbständig eine Voruntersuchung anzuheben.

Folgt man der hier vorgeschlagenen dogmatischen Einordnung des Untersuchungsbefehls als Prozessvoraussetzung mit relativer Sperrwirkung, was bedeutet, dass der zuständige Untersuchungsrichter bei Fehlen eines Untersuchungsbefehls dafür zu sorgen hat, dass umgehend ein solcher erlassen wird, damit eine ordnungsgemässe Weiterführung des Verfahrens möglich ist, und dass der fehlende Untersuchungsbefehl nicht die Nichtigkeit und beweismässige Unverwertbarkeit aller bisher getätigten Verfahrenshandlungen zur Folge hat, so erweist sich das Ausmass der hier besprochenen Problematik als gering und besteht kein dringender Regelungsbedarf.

Dennoch ist eine Anpassung der Sicherungsklausel gemäss Art. 101 Abs. 2 MStP sowie eine Präzisierung von Art. 105 Abs. 1 MStP wünschenswert:

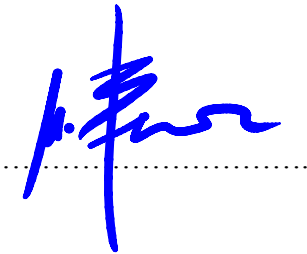
Aktuelle Fassung von Art. 101 Abs. 2 MStP	Vorgeschlagene Anpassung von Art. 101 Abs. 2 MStP
<p>„Ordnet der Kommandant nach der vom Untersuchungsrichter durchgeführten vorläufigen Beweisaufnahme die Voruntersuchung nicht an, liegt aber nach Ansicht des Untersuchungsrichters eine gerichtlich zu ahnende strafbare Handlung vor, so legt dieser den Fall dem Oberauditor vor. Der Oberauditor entscheidet endgültig.“</p>	<p>„Ordnet der Kommandant nach der vom Untersuchungsrichter durchgeführten vorläufigen Beweisaufnahme die vorläufige Beweisaufnahme oder die Voruntersuchung nicht an, liegt aber nach Ansicht des Untersuchungsrichters eine gerichtlich zu ahnende strafbare Handlung vor, so legt dieser den Fall dem Oberauditor vor. Der Oberauditor entscheidet endgültig.“</p>

Aktuelle Fassung von Art. 105 Abs. 1 MStP	Vorgeschlagene Präzisierung von Art. 105 Abs. 1 MStP
<p>„Der Befehl zur vorläufigen Beweisaufnahme oder zur Voruntersuchung ist schriftlich zu erlassen. In dringenden Fällen kann er mündlich mit sofortiger schriftlicher Bestätigung erteilt werden. Dem Untersuchungsrichter werden die Protokolle und Beweisstücke übergeben.“</p>	<p>„Der Befehl zur vorläufigen Beweisaufnahme oder zur Voruntersuchung ist schriftlich zu erlassen. In dringenden Fällen kann er mündlich mit sofortiger schriftlicher Bestätigung erteilt werden. Der Untersuchungsrichter trifft die unaufschiebbaren Massnahmen. Er hat das Recht, Zwangsmassnahmen anzuordnen. Dem Untersuchungsrichter werden die Protokolle und Beweisstücke übergeben.“</p>

Bestätigung

„Ich erkläre hiermit, dass ich die vorliegende Arbeit resp. die von mir ausgewiesene Leistung selbständig, ohne Mithilfe Dritter und nur unter Ausnützung der angegebenen Quellen verfasst resp. erbracht habe.“

Frauenfeld, 11. Mai 2011



A handwritten signature in blue ink, consisting of a vertical line on the left and a series of loops and curves on the right, positioned above a horizontal dotted line.