

**VI. KOMPETENZKONFLIKT ZWISCHEN
BÜRGERLICHER
UND MILITÄRGERICHTSBARKEIT**

**CONFLIT DE COMPÉTENCE
ENTRE LES TRIBUNAUX ORDINAIRES
ET LES TRIBUNAUX MILITAIRES**

**6. Urteil vom 29. Januar 1945 i. S. M.
gegen Divisionsgericht 3 B.**

Kompetenzkonflikt zwischen bürgerlicher und Militärgerichtsbarkeit.
Untersteht der Angeklagte in Bezug auf die ihm zur Last gelegten Handlungen der Militärgerichtsbarkeit, wenn er sich zur Zeit der Handlungen im Militärdienst befunden hat oder in Uniform aufgetreten ist, so hat das Bundesgericht zu prüfen, ob diese Voraussetzung zutreffe. Dabei stellt es verbindlich einen Teil des Vergehenstatbestandes fest, soweit das für die Beurteilung der Zuständigkeitsfrage notwendig ist.

Pflicht des Militärgerichts, die Akten dem Bundesgericht zur neuen Überprüfung der Zuständigkeitsfrage zu unterbreiten, wenn sich in der Hauptverhandlung neue Tatsachen ergeben, die zu Zweifeln an der Richtigkeit der tatsächlichen Feststellungen des Bundesgerichts führen.

Ein Wehrmann befindet sich auch während einer Urlaubszeit im Militärdienst im Sinne des Art. 2 Ziff. 1 des Militärstrafgesetzes, wenn der Urlaub nur zwei Tage dauert.

Conflit de compétence entre la juridiction ordinaire et la juridiction militaire.

Lorsque, vu la prévention qui pèse sur lui, l'inculpé est soumis à la juridiction militaire pour autant qu'au moment d'agir il se trouvait au service militaire ou était revêtu de l'uniforme, le Tribunal fédéral doit examiner si cette condition est remplie. A cet égard, il constate souverainement une partie des faits constitutifs de l'infraction, dans la mesure où l'exige la décision sur la compétence.

Obligation du Tribunal militaire de soumettre le dossier au Tribunal fédéral pour nouvel examen de la question de compétence lorsque les débats révèlent des faits nouveaux qui font douter de l'exactitude des constatations à la base de l'arrêt de règlement.

Durant un congé, le militaire est encore au service dans le sens de l'art. 2 ch. 1 Code pénal militaire, si ce congé ne dépasse pas deux jours.

Conflitto di competenza fra la giurisdizione ordinaria e quella militare.

Il Tribunale federale, adito per la definizione di un conflitto di

competenza fra la giurisdizione ordinaria e quella militare, è tenuto a giudicare, quando ciò costituisca questione pregiudiziale per la determinazione della competenza, se l'accusato ha commesso l'azione imputatagli trovandosi in servizio militare o indossando l'uniforme. Nella misura in cui ciò è necessario ai fini del giudizio, il Tribunale federale procede sovranamente all'accertamento di una parte della fattispecie costituente oggetto d'imputazione.

Obbligo del Tribunale militare di trasmettere gli atti al Tribunale federale per riesame della questione della competenza ove dal dibattimento risultino dei fatti nuovi tali da far dubitare dell'esattezza degli accertamenti sui quali è stato fondato il giudizio sulla competenza.

Un congedo della durata di soli due giorni è considerato come servizio militare a' sensi dell'art. 2 cifra 1 CPM.

A. — Der Rekurrent M. wohnt in L. Er ist militärisch eingeteilt bei der Durch Anklageschrift vom 3. Dezember 1944 wurde er beim Divisionsgericht 3 B angeklagt :

« 1. der *Unzucht mit Kindern* gem. Art. 156 Ziff. 2 MStG begangen während er sich mit seiner Einheit im Aktivdienst befand, bzw. in Uniform, im Frühjahr 1942 zu einem nicht mehr genau feststellbaren Zeitpunkt, als er bei seinen Schwiegereltern in R. auf Besuch war dadurch, dass er eines abends mit seiner am 2.7.1927 geborenen, also damals ca. 15 jährigen Schwägerin unzüchtige Handlungen vornahm :

..... »
2. der *Unzucht mit Kindern* gem. Art. 156 Ziff. 1 MStG begangen am darauffolgenden Tage, vermutlich einem Sonntag, als er seine Schwägerin auf dem unverschlossenen Abort antraf dadurch, dass er dort mit ihr den Beischlaf ausübte, eventuell dass er mit ihr eine beischlafsähnliche Handlung vornahm »

B. — Darauf hat M. am 13. Dezember beim Bundesgericht die Kompetenzkonfliktsbeschwerde nach Art. 223 des Militärstrafgesetzes erhoben mit dem Antrag :

« Es sei zu erkennen, dass die Militärgerichte und speziell das Divisionsgericht 3 b zur Beurteilung der gegen den Beschwerdeführer behaupteten strafbaren Handlungen

(Unzucht mit Kindern gemäss Art. 156 Zif. 1 und 2 MStG) nicht zuständig seien, und es sei festzustellen, dass der Beschwerdeführer für diese Verfehlungen der bürgerlichen Gerichtsbarkeit unterstehe.»

Der Rekurrent macht geltend: Zur Zeit, da er die ihm zur Last gelegten Vergehen begangen habe oder begangen haben solle, habe er sich weder in Uniform noch im Militärdienst befunden. Es wäre an sich möglich, dass er damals Urlaub gehabt hätte. Aus Schriftstücken, die er vorlege, ergebe sich aber, dass er sich während des in Frage kommenden Urlaubs nicht in R., sondern in L. oder K. aufgehalten habe. Der Beweis dafür, dass er in Uniform gewesen sei, könne nicht erbracht werden. Im Zweifel sei zu Gunsten der bürgerlichen Gerichtsbarkeit zu entscheiden.

C. — Der Grossrichter des Divisionsgerichts 3 B hat auf Gegenbemerkungen verzichtet.

D. — Der Armee-Auditor hat beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen und das Divisionsgericht 3 B zur Weiterführung des Verfahrens als zuständig zu erklären.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

Es handelt sich um einen Anstand über die Zuständigkeit der militärischen und der bürgerlichen Gerichtsbarkeit im Sinne des Art. 223 des Militärstrafgesetzes. Über diesen Anstand hat das Bundesgericht zu entscheiden, da der Angeklagte vor der militärgerichtlichen Hauptverhandlung beim Bundesgericht die Zuständigkeit der Militärgerichte bestritten hat (vgl. BGE 66 I S. 61 f., 161 Erw. 2, 163 Erw. 4).

Gegen den Rekurrenten ist Anklage erhoben worden wegen Unzuchtstatbeständen, die sich im Frühjahr 1942 in R. im Hause seiner Schwiegereltern ereignet haben sollen. Der Rekurrent untersteht in Bezug auf diese ihm zur Last gelegten Handlungen dem Militärstrafrecht und damit der Militärgerichtsbarkeit, wenn er sich zur Zeit der Handlungen im Militärdienst befunden hat

oder in Uniform aufgetreten ist (Militärstrafgesetz Art. 2 Ziff. 1, 3). Da dabei eine generelle Unterstellung unter das Militärstrafrecht vorliegt, so lässt sich die Zuständigkeitsfrage auseinanderhalten von der materiellen Frage, ob sich der Rekurrent der ihm zur Last gelegten Vergehen schuldig gemacht habe. Deshalb hat das Bundesgericht nach der Praxis zu prüfen, ob die erwähnte Voraussetzung für die Unterstellung unter das Militärstrafrecht zutrefte (vgl. BGE 67 I S. 339 ff.).

Dabei kommt es auf den Zeitpunkt der Handlungen an, die Gegenstand der Anklage sind. Die Anklageschrift lässt die Frage offen, an welchem Tage die Handlungen stattfanden. Doch ist, wie der Armee-Auditor mit Recht hervorgehoben hat, nach den Untersuchungsakten anzunehmen, dass sie sich, wenn überhaupt, am 4. und 5. April 1942 während des zweitägigen Osterurlaubes des Rekurrenten ereignet haben. Das will denn auch zweifellos die Anklage in erster Linie geltend machen. Es genügt, hierfür auf die Vernehmlassung des Armee-Auditors zu verweisen. Das Bundesgericht schliesst sich der Auffassung des Militärkassationsgerichtes an, dass ein Wehrmann sich auch während einer Urlaubszeit im Militärdienst im Sinne des Art. 2 Ziff. 1 des Militärstrafgesetzes befindet, wenn der Urlaub nur 2 Tage dauert (Entsch. des Militärkassationsgerichtes aus den Jahren 1936-1940 Nr. 84). Der Rekurrent untersteht somit in Bezug auf die ihm zur Last gelegten Handlungen der Militärgerichtsbarkeit. Es kommt daher nicht darauf an, ob er am 4. und 5. April 1942 in Uniform war. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen.

Das Bundesgericht stellt damit allerdings verbindlich einen Teil des Vergehenstatbestandes fest, was ihm als Kompetenzkonfliktsbehörde im allgemeinen nicht zukommt (vgl. BGE 67 I S. 341). Doch lässt sich das nicht umgehen. Das Bundesgericht kann sich in einem Fall, wie dem vorliegenden, wo entweder die Militärgerichte oder die bürgerlichen Gerichte zuständig sind, nicht auf

die Prüfung der Frage beschränken, ob das Militärgericht nach der Darstellung der *Anklage* oder des *Untersuchungsrichters* im Militärstrafprozess über die Zeit des Vergehens zuständig sei, da diese Darstellung nur für das Militärstrafverfahren, nicht auch für den bürgerlichen Prozess gilt. Vielmehr hat das Bundesgericht die für die Kompetenz massgebenden Tatsachen selbständig festzustellen, um einen für beide Gerichtsbarkeiten gültigen Entscheid treffen zu können. Immerhin soll der heutige, auf Grund der Untersuchungsakten gefällte Entscheid nicht unter allen Umständen unabänderlich sein. Wenn sich in der Hauptverhandlung vor dem Divisionsgericht neue Tatsachen ergeben sollten, die zu ernsthaften Zweifeln führen, ob der 4. und 5. April 1942 als Begehungszeit anzusehen seien, so sind die Akten vom Divisionsgericht wieder dem Bundesgericht zu neuem Entscheid über die Zuständigkeitsfrage zu unterbreiten*.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Beschwerde wird abgewiesen.

* Dieser Fall ist eingetreten. Das Divisionsgericht hat die Akten dem Bundesgericht zu neuem Entscheid unterbreitet, weil sich aus den Aussagen der an der Hauptverhandlung einvernommenen Zeugen einwandfrei ergebe, dass Ostern 1942 (4./5. April) als Begehungszeit der inkriminierten Delikte nicht in Frage komme.

Das Bundesgericht hat durch Urteil vom 7. Mai 1945 den Entscheid vom 29. Januar aufgehoben, die Kompetenzkonfliktsbeschwerde gutgeheissen und festgestellt, dass der bürgerliche Richter zuständig ist zur Beurteilung der dem Rekurrenten in der Anklageschrift zur Last gelegten Vergehen. Dieses Urteil beruht auf der Annahme, dass der Rekurrent die Vergehen wahrscheinlich im Jahre 1941 und zwar nicht während einesurlaubes, sondern nach der Entlassung aus dem Dienst, in Zivilkleidern begangen habe. Übrigens ist, so wird ausgeführt, die Zuständigkeit

der bürgerlichen Gerichte selbst dann gegeben, « wenn auch nur mit dieser Möglichkeit ernsthaft zu rechnen ist und eine nähere Abklärung der Verhältnisse nicht mehr erfolgen kann ; denn in diesem Falle ist der Beweis für jene Tatsache, die den Angeschuldigten ausnahmsweise der militärischen Gerichtsbarkeit unterstellt hätte, nicht erbracht ».

VII. ORGANISATION DER BUNDESRECHTSPFLEGE

ORGANISATION JUDICIAIRE FÉDÉRALE

7. Extrait de l'arrêt du 12 février 1945 dans la cause Schmidhauser contre Fédération des ouvriers du bois et du bâtiment et Office cantonal de conciliation de Genève.

1. On ne peut renoncer valablement par avance au recours de droit public pour violation de l'art. 4 Const. féd.
2. Constitue une « décision cantonale » dans le sens de l'art. 178 OJ anc. celle qui est rendue par un organe institué par un arrêté cantonal de portée générale pour trancher des conflits tels que celui qui a abouti à la décision attaquée, et quand bien même cet organe n'a pu se saisir du différend qu'en vertu d'un accord préalable des parties.

1. Man kann nicht zum voraus wirksam auf die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung des Art. 4 BV verzichten.
2. Unter den Begriff der kantonalen Verfügung im Sinne des Art. 178 aOG fällt der Entscheid einer Behörde, die durch einen allgemein verbindlichen kantonalen Erlass zur Beurteilung gewisser Streitigkeiten eingesetzt worden ist, und zwar auch dann, wenn die Behörde nur auf Grund einer vorausgehenden Vereinbarung der Parteien zum Entscheid hierüber zuständig war.

1. La rinuncia preventiva all'impugnazione mediante ricorso di diritto pubblico per violazione dell'art. 4 CF non è valida.
2. La decisione prolata da un organo istituito da un decreto cantonale di portata generale per definire determinate vertenze costituisce una decisione cantonale nel senso dell'art. 178 OGF abr., e ciò anche allorquando l'autorità giudicante sia competente solo avuto riguardo ad un precedente accordo fra le parti.

Résumé des faits :

Le 28 janvier 1943, la Fédération des ouvriers du bois et du bâtiment (FOBB), à laquelle sont affiliés la plupart