

MKGE 14 Nr. 21

Mkg, 2019-03-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/mkg_MKGE_14_Nr_21

FR: ATMC 14 n° 21

IT: STMC 14 n. 21

Erwägungen

E. 3

a) Nach Art. 77 Ziff. 1 Abs. 1 MStG wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer ein Geheimnis offenbart, das ihm in dienstlicher oder amtlicher Eigenschaft anvertraut wird, oder das er in seiner dienstlichen oder amtlichen Stellung wahrnimmt. Zu den drei wesentlichen Merkmalen des Geheimnisbegriffes im materiellen Sinne zählen das Geheimhaltungsinteresse, der Geheimhaltungswille des Geheimnis-herrn und die relative Unbekanntheit der in Frage stehenden Tatsachen (Urteil des Bundesgerichts 1B_29/2018 vom 24. August 2018, E. 2.3 f.; MKGE 9 Nr. 176 E. 2a; so auch Kurt Hauri, Kommentar zum Militärstrafgesetz, Bern 1983, Art. 77 N 7 ff. und Art. 86 N 6 ff.; Peter Popp, Kommentar zum Militärstrafgesetz. Besonderer Teil, St. Gallen 1992, Art. 77 N 4 ff.; Flachsmann/Fluri/ Görlich Käser/Isenring/Wehrenberg, Tafeln zum Militärstrafrecht, 3. Aufl., Zürich 2014, Tafel 78, S. 136, Fn 7). Art. 77 MStG ist Art. 320 StGB nachgebildet und inhaltlich mit diesem nahezu deckungsgleich (vgl. Hauri, a.a.O., Art. 77 N 4; Frédéric-Henri Comtesse, Das Schweizerische Militärstrafgesetz, Zürich 1946, Art. 77 N. 1; MKGE 9 Nr. 176, E. 2b).

b) Bei Art. 320 StGB liegt das geschützte Rechtsgut insbesondere im Schutz des öffentlichen Interesses der Allgemeinheit am reibungslosen Funktionieren der Verwaltung und der Rechtspflege. Art. 77 MStG schützt demgegenüber das öffentliche Interesse am ungestörten Gang der Aufgabenerfüllung der Armee und des militärischen Betriebs. Solches ist grundsätzlich nur mit Diskretion der Aufgabenträger (Behörden und Beamte bei Art. 320 StGB oder militärische Stellen und Armeeangehörige bei Art. 77 MStG) möglich (Trechsel/Vest, Schweizerisches Strafbuch Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich/ St. Gallen 2018, Art. 320 N 1). Personen, die staatliche Funktionen ausüben, sollen daher die zur ungestörten und ordentlichen Erfüllung ihrer Aufgaben notwendige Verschwiegenheit wahren. Systematisch gehört Art. 77 MStG denn auch zu den Dienstverletzungen im Dritten Abschnitt des Zweiten Teils des MStG. Darüber hinaus schützen die Art. 77 MStG und Art. 320 StGB auch private Interessen an der Geheimhaltung persönlicher Daten sowie Persönlichkeitsrechte (vgl. Niklaus Oberholzer, Basler Kommentar StGB II,

E. 4

a) Strittig ist vorliegend, ob es sich beim Inhalt der Rede des CdA um zu schützende Amts- oder Dienstgeheimnisse handelt. Aus den von den Vorinstanzen festgestellten Sachverhalt ergibt sich, dass am fraglichen Seminar vom 29. April 2016 zum einen etwa die Anforderungen und Einsatzmöglichkeiten der Territorialdivisionen beim Schutz kritischer Infrastrukturen, die Aufgaben der Generalstabsoffiziere und sicherheitspolitische Themen präsentiert und diskutiert wurden. Zum anderen wurden am Seminar auch Informationen über aktuelle politische Entscheide zur WEA und die Grundlagen zu deren aktiven Unterstützung sowie deren Umsetzung vermittelt. Diese Tatsachen betrafen ein laufendes

Gesetzgebungsprojekt und waren weder relativ unbekannt noch bestand daran ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse. Das reibungslose Funktionieren der Armee war von diesen Tatsachen und Informationen nicht betroffen. Im Gegenteil: Gemäss Befehl des CdA sollten die Seminare gerade in der Absicht durchgeführt werden, dass aktuelle Themen der Sicherheitspolitik diskutiert werden können und die Teilnehmer anschliessend über die Grundlagen zur aktiven Unterstützung und Umsetzung der WEA verfügen sollten. Dadurch sollten die Teilnehmer das Besprochene im Rahmen der politischen Diskussion verwenden. Die Vorinstanz folgert vor diesem Hintergrund zu Recht, dass damit nicht gleichzeitig ein Geheimhaltungsinteresse an den im Seminar vermittelten Informationen bestehen kann.

b) Dieses Ergebnis ergibt sich auch dadurch, dass gemäss Ziff. 4.1 des Befehls nicht nur alle höheren Staboffiziere und die eingeteilten Generalstabsoffiziere eingeladen bzw. aufgebeten waren, sondern auch ehemalige Generalstabsoffiziere ausser Dienst. Letztere sind nach dem Wortlaut von Art. 77 MStG nur zur Wahrung solcher Geheimnisse verpflichtet, die sie in ihrer dienstlichen oder amtlichen Eigenschaft anvertraut erhalten oder die sie in ihrer amtlichen oder dienstlichen Stellung wahrgenommen haben. Zu die-

Nr. 21

124 ser Geheimhaltung sind sie auch nach Beendigung des amtlichen oder dienstlichen Verhältnisses verpflichtet. Keiner Geheimhaltungspflicht unterliegen sie dagegen für Geheimnisse, die ihnen nach Beendigung ihres amtlichen oder dienstlichen Verhältnisses offenbart werden. Auf den prozessualen Antrag des Angeklagten, wonach geprüft werden sollte, welche nicht von der militärischen Geheimhaltungspflicht unterworfenen Personen am Seminar vom 29. April 2016 teilgenommen haben, ist entsprechend nicht weiter einzugehen.

c) Zu prüfen ist schliesslich, ob es sich bei den Aussagen des damaligen CdA um schützenswerte Geheimnisse aus seiner Privatsphäre handelte. Dies ist zu verneinen. Es wurden keine Elemente festgestellt, die Informationen aus dem privaten Bereich des CdA umfassten hätten. Vielmehr ging es bei der Präsentation des CdA um Tatsachen, die er nach seinem eigenen Befehl gar nicht geheim halten wollte. Die für die Präsentation gewählte Wortwahl spielt dabei keine Rolle: Einerseits greift der Schutz der Privatsphäre nicht für die Wortwahl bei der Darstellung von ansonsten nicht geheimen Informationen und andererseits kann auch kein Geheimhaltungsinteresse an der Wortwahl geltend gemacht werden, wenn die gesamte Veranstaltung dazu gedacht ist, die Informationen in der politischen Diskussion zu verwenden und an die Öffentlichkeit zu tragen.

Im Ergebnis ist im Einklang mit dem Militärappellationsgericht 2 festzuhalten, dass kein Geheimnis offenbart wurde, weshalb Art. 77 MStG keine Anwendung findet. Somit ist die Kassationsbeschwerde in diesem Punkt abzuweisen.

E. 5

a) Nach Art. 72 Abs. 1 MStG wird mit Geldstrafe sanktioniert, wer vorsätzlich eine Dienstvorschrift oder ein Reglement nicht befolgt. Wer eine solche Verletzung fahrlässig begeht, kann gemäss Art. 72 Abs. 2 MStG mit Busse bestraft werden. Eine Dienstvorschrift ist jede generelle, nicht an eine bestimmte Person gerichtete Vorschrift in Dienstsachen, sei es in Form eines Reglements oder eines Erlasses niedrigerer Stufe. Dienstvorschriften können in schriftlicher oder mündlicher Form von amtlichen oder militärischen Vorgesetzten im Rahmen ihrer dienstlichen oder militärischen Befugnisse erlassen werden. Erforderlich ist

dabei, dass die Dienstvorschrift publiziert bzw. dem Adressatenkreis mitgeteilt bzw. diesem zumindest die Kenntnisnahme der Dienstvorschrift ermöglicht worden ist (vgl. Popp, a.a.O., Art. 72 N 8 ff.; Flachsmann et al., a.a.O., Tafel 75, S. 128, Fn 2).

b) Ziff. 299 des Reglements 51.024 Organisation der Ausbildungsdienste (nachfolgend: ODA) sieht in der hier anwendbaren Fassung vom 1. Januar 2012 Folgendes vor:

1 Angehörige der Armee dürfen im Militärdienst – die Dienstzeit beginnt mit dem Antritt der Einrückungsreise und endet mit dem Abschluss der Entlassungsreise; sie umfasst Arbeitszeit, Ruhezeit und Freizeit, als Freizeit gelten Ausgang und Urlaub (Ziff 3 Abs. 3 «DR 04») – ohne Einwilligung des Kdt bzw des militärischen Vorgesetzten weder fotografieren noch Filme oder Videosequenzen bzw vergleichbare Darstellungen auf Bild-, Ton- und Datenträgern aller Art aufnehmen und speichern, wenn die Aufnahmen im Zusammenhang mit der militärischen Ausbildung und dem Dienstbetrieb stehen oder gegen die guten Sitten oder gegen das Ansehen der Uniform als Ausdruck der Zugehörigkeit zur Armee verstossen. Insbesondere ist generell verboten, Bilder, Film-

Nr. 21 125 und Videosequenzen bzw. vergleichbare Darstellungen in irgendeinem Medium (gedruckt, elektronisch usw) zu veröffentlichen. Diesbezügliche Verstösse sind als Nichtbefolgung von Dienstvorschriften strafbar und werden disziplinarisch geahndet. Weitere Sanktionen und Straftatbestände bleiben vorbehalten.

2 Die Bestimmung gemäss Abs. 1 ist in sämtliche Dienstbefehle zu integrieren und den Armeeingehörigen zu kommunizieren.

Heute ist diese Bestimmung in sprachlich angepasster Fassung in Ziff. 310 Abs. 4 und 6 festgehalten. Ziff. 58 des Reglements 52.059 Integrale Sicherheit (nachfolgend: IS) legt in der bis heute unveränderten Fassung vom 1. Januar 2012 unter dem Titel «Veröffentlichungsverbot» Folgendes fest:

1 Angehörige der Armee dürfen während der Dienstzeit ohne Einwilligung des Kommandanten bzw des militärischen Vorgesetzten weder fotografieren noch Filme und Videosequenzen bzw vergleichbare Darstellungen auf Bild-, Ton- und Datenträgern aller Art aufnehmen und speichern, wenn die Aufnahmen im Zusammenhang mit der militärischen Ausbildung und dem Dienstbetrieb stehen oder gegen die guten Sitten oder gegen das Ansehen der Uniform als Ausdruck der Zugehörigkeit zur Armee verstossen.

2 Insbesondere ist generell verboten, Bilder, Film- und Videosequenzen bzw vergleichbare Darstellungen in irgendeinem Medium (gedruckt, elektronisch, etc) zu veröffentlichen.

3 Diesbezügliche Verstösse sind als Nichtbefolgung von Dienstvorschriften strafbar und werden disziplinarisch geahndet. Weitere Sanktionen und Straftatbestände bleiben vorbehalten.

c) Sowohl das Reglement ODA als auch das Reglement IS stellen mögliche massgebliche Dienstvorschriften dar. Laut dem Verteiler der beiden Reglemente musste der Angeklagte zum massgebenden Zeitpunkt von beiden Reglementen ein persönliches Exemplar erhalten, mindestens aber via Kommandoexemplar und aufgrund der Weiterbildung als Generalstabsoffizier ihren Inhalt gekannt haben. Die Bestimmungen in Ziff. 299 Abs. 1 ODA und in Ziff. 58 Abs. 1 IS sind textlich nahezu deckungsgleich. Ziff. 299 ODA sieht in Abs. 2 allerdings zusätzlich vor, dass die Bestimmung von Abs. 1 «in sämtliche Dienstbefehle zu integrieren und den Armeeingehörigen zu kommunizieren» ist.

d) Mit der Begründung, dass Ziff. 299 ODA wegen der zusätzlichen Bestimmung in Abs. 2 weiter geht als Ziff. 58 IS hat das Militärappellationsgericht 2 im angefochtenen Urteil vom 18. Juni 2018 Ziff. 299 ODA als *lex specialis* zu Ziff. 58 IS qualifiziert (vgl. Urteil, Ziff. 19). Weiter charakterisiert die Vorinstanz Ziff. 299 Abs. 2 ODA als objektive Strafbarkeitsbedingung mit der Schlussfolgerung, dass keine Strafbarkeit wegen Verletzung einer Dienstvorschrift bestehen könne, wenn das Verbot von Ziff. 299 Abs. 1 ODA nicht gemäss Abs. 2 in den Dienstbefehl integriert und den Armeeangehörigen kommuniziert worden

Nr. 21

126 sei (vgl. Urteil, Ziff. 24 ff.). Die Vorinstanz begründet diese Auffassung zudem mit der heutigen Fassung von Ziff. 310 Abs. 6 ODA, die den früheren Abs. 2 von Ziff. 299 ODA ersetzt habe. Dort heisse es nicht mehr nur «Die Bestimmung gemäss Abs. 1 ist in sämtliche Dienstbefehle zu integrieren und den Armeeangehörigen zu kommunizieren», sondern «Die Vorgesetzten machen ihre Unterstellten in den Befehlen für die Ausbildungsdienste und zu Beginn auf dieses Verbot ausdrücklich aufmerksam.» (Hervorhebung hinzugefügt). Dieses Publikationserfordernis habe den offensichtlichen Zweck, Rechtssicherheit für die Adressaten des Verbots zu schaffen, um Ungleichbehandlungen und Willkür zuvor zu kommen, da auch in der Armee Smartphones für unverdächtige Aufnahmen etc. verwendet werden könnten (vgl. Urteil, Ziff. 24).

E. 6

a) Während der Auditor in seiner Kassationsbeschwerde betont, dass es sich bei Ziff. 299 Abs. 2 ODA um eine Informationsbestimmung zur Vermeidung des Verbotsirrtums und nicht um eine objektive Strafbarkeitsbedingung handle, teilt der Angeklagte in seiner Beschwerdeantwort im Wesentlichen die Auffassung der Vorinstanz.

b) Bei einer objektiven Strafbarkeitsbedingung handelt es sich um eine Voraussetzung der Strafbarkeit, die zwar objektiv erfüllt sein muss, die aber das Unrecht der Tat und die Schuld des Täters nicht mitbegründet, mithin nicht zum objektiven Straftatbestand gehört. Im Gegensatz zu den Tatbestandsmerkmalen gehören objektive Strafbarkeitsbedingungen nicht zur Umschreibung des verbotswidrigen Verhaltens, sondern beschränken dessen Strafbarkeit aus Gründen der Praktikabilität. Solche objektiven Strafbarkeitsbedingungen liegen etwa im Eintritt des Todes oder einer Körperverletzung beim Raufhandel gemäss Art. 133 StGB oder beim Angriff nach Art. 134 StGB oder in der Eröffnung des Konkurses bzw. der Ausstellung eines Verlustscheins beim betrügerischen Konkurs sowie beim Pfändungsbetrug nach Art. 163 StGB (vgl. Donatsch/Tag, Strafrecht I, 9. Aufl., Zürich 2013, § 8 3., S. 110 f.; vgl. dazu auch ausführlich die Dissertation von Pierluigi Schaad, Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen im schweizerischen Strafrecht, Winterthur 1964, passim). Davon zu unterscheiden sind Informationsgebote, welche die Erhöhung der Verbotskenntnis bewirken sollen, dabei aber nicht bewirken, dass das Verbot ohne Informationsgebot nicht gelten würde.

c) Der vorinstanzlich angeführte Vergleich mit Art. 292 StGB geht insofern an der Sache vorbei, als die Androhung der Straffolgen im Straftatbestand selber erwähnt wird, d.h. sich nur strafbar macht, wer einer amtlichen Verfügung nicht Folge leistet, sofern in der amtlichen Verfügung selbst eine Strafdrohung enthalten ist. Ausserdem beschlägt Art. 292 StGB amtliche Verfügungen, die eine Verpflichtung zu einem spezifischen Tun, Unterlassen oder Dulden zum Gegenstand haben. Betroffen sind ein konkreter Lebenssachverhalt und ein konkretes Verhalten, zu welchem der Betroffene angehalten werden soll.

Dasselbe gilt sinngemäss für den Hinweis auf Art. 91 SchKG. Auch dort ist dem Betroffenen – nicht nur dem Schuldner, sondern auch Dritten (BGE 125 III 391 E. 3d) – im Zusammenhang mit einem konkreten Lebenssachverhalt eine ansonsten zulässige Handlung untersagt, was anzukündigen ist.

Nr. 21 127 d) Im Gegensatz zu Art. 292 StGB und Art. 91 SchKG verbietet Ziff. 299 ODA hingegen in allgemeiner Weise das Fotografieren etc. Das Publikationserfordernis bringt dabei keine Präzisierung des verbotenen Verhaltens mit sich. Mit Ziff. 299 Abs. 2 ODA wird damit keine zusätzliche materielle Strafbarkeitsvoraussetzung eingeführt, sondern bloss die Pflicht, auf ein unverändert bestehendes Verbot hinzuweisen. Mit der Missachtung der Hinweispflicht durch den Kommandanten entfällt das Aufnahme- und Publikationsverbot von Ziff. 299 Abs. 1 ODA nicht. Demgegenüber liegt kein strafbarer Raufhandel vor, wenn keine Körperverletzung vorliegt bzw. der Tod nicht eintritt. Die Informationspflicht in Ziff. 299 Abs. 2 ODA ist vergleichbar mit einer Pflicht von Ärzten, die bei der Abgabe von Medikamenten Sportler darauf hinzuweisen haben, dass diese Medikamente auf der Dopingliste stehen. Missachtet ein Arzt seine Hinweispflicht, wird die Einnahme des Dopings durch den Sportler deswegen jedoch nicht zulässig.

e) Mit einer Informationspflicht i.S.v. Ziff. 299 Abs. 2 ODA kann jedoch – entgegen der Auffassung der Vorinstanz – keine Abgrenzung zwischen erlaubten und verbotenen Aufnahmen und Publikationen, mithin keine «Praktikabilitätsgrenze» bewirkt werden. In der fraglichen Bestimmung fehlt es denn auch an einem abgrenzenden Kriterium, weshalb sie keine zusätzliche Rechtssicherheit betreffend die Strafbarkeit des konkreten Verhaltens herstellen kann. Ziff. 299 Abs. 2 ODA dient lediglich dazu, das bestehende Aufnahme- und Publikationsverbot in Erinnerung zu rufen, damit der Armeeingehörige daran denkt, vor einer Aufnahme und/oder Publikation von Bild- und/oder Tonmaterial aus dem Militärdienst die Einwilligung des Kommandanten einzuholen. Die Tatsache, dass es verschiedene Gelegenheiten und Anlässe während des Militärdienstes gibt, bei denen Bild- und Tonaufnahmen nicht verboten sein sollen, sondern sogar erwünscht sein können, ändert hieran nichts.

E. 7

a) Bei Ziff. 299 Abs. 2 ODA handelt es sich zusammenfassend nicht um eine objektive Strafbarkeitsbedingung, sondern um eine blosser Informationspflicht des Kommandanten. Bei Missachtung dieser Pflicht entfällt die Verbotsnorm nicht. Da die Vorinstanz ihren Freispruch von der Verletzung von Dienstvorschriften allein auf das Fehlen einer objektiven Strafbarkeitsbedingung abstellt, diese Auffassung jedoch nach dem Gesagten abzulehnen ist, brauchen die weiteren Tatbestandselemente bezüglich Verletzung von Dienstvorschriften nicht erörtert zu werden, da dies der Vorinstanz anheimgestellt sein wird.

b) Bei diesem Ergebnis ist die Kassationsbeschwerde des Auditors in diesem Punkt gutzuheissen. Da die Kassationsbeschwerde somit betreffend mehrfache Verletzung von Dienstgeheimnissen abzuweisen (oben E. 4), jedoch betreffend Nichtbefolgung von Dienstvorschriften gutzuheissen ist, sind die Kosten des Kassationsverfahrens je zur Hälfte vom Angeklagten und der Eidgenossenschaft zu tragen (Art. 193 i.V.m. 183 MStP).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.