

MKGE 10 Nr. 11

Mkg, 1981-02-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/mkg_MKGE_10_Nr_11

FR: ATMC 10 n° 11

IT: STMC 10 n. 11

Erwägungen

E. 41

Nr. 11 versumnis gemass Art. 81 Ziff. 1 Abs. 2 MStG schuldig erklart und zu drei Monaten Gefangnis, unter Gewahrung des militarisehen Strafvollzugs, verurteilt. Auf Appellation des Auditors verurteilte das Militarappellationsgericht 2A Kan B. im Abwesenheitsverfahren wegen fortgesetzter Dienstverweigerung gemass Art. 81 Ziff. 1 Abs. 1 MStG zu drei Monaten Gefangnis, unter Gewahrung des militarisehen Strafvollzugs. Aus den Erwägungen: 1.-... 2. - Die Kassationsbeschwerde richtet sich einzig gegen die Zubilligung des militarisehen Vollzugs der ausgefallten Gefangnisstrafe. Der Beschwerdeführer erblickt darin eine Verletzung von Art. 78 Abs. 2 lit. e MStV, wonach der militarisehe Strafvollzug nicht gewahrt werden darf, wenn das Gericht das Urteil im Abwesenheitsverfahren fallt. Gemass Art. 30 Abs. 2 MStG kann die Gefangnisstrafe «naech den vom Bundesrat zu erlassenden Vorschriften militariseh vollzogen werden. Der Richter entscheidet darüber naeh frei em Ermessen». Gestützt auf diese Gesetzesbestimmung hat der Bundesrat in Art. 78 seiner Verordnung über die Militarstrafrechtspflege vom 24.10.1979 (MStV) die Zubilligung des militarisehen Strafvollzugs von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht (Abs. 1) und in Absatz 2 unter bestimmten Voraussetzungen, unter anderem bei Verurteilung im Abwesenheitsverfahren, ausgeschlossen. Es stellt sich daher zunaehst die Frage, ob sich diese Bestimmung im Rahmen der gesetzlichen Delegationsnorm halt, was der Verteidiger in seiner Vernehmlassung zur Kassationsbeschwerde mit Bezug auf Art. 78 Abs. 2 lit. e MStV verneint. Diese Frage kann im kassationsgerichtlichen Verfahren geprüft werden, denn naeh standiger Rechtsprechung des Militarkassationsgerichts unterliegen unselbständige Verordnungen des Bundesrats grundsätzlich der richterlichen Prüfung hinsichtlich ihrer Verfassungsmässigkeit und Gesetzmassigkeit (MKGE3 Nr. 41; 7Nr. 33; MKGE 1973 Nr. 9, 1976Nr. 3; vgl. auch BGE 99 Ib 62, 165 und 103 IV 193/4). Bei der Prüfung der Gesetzmassigkeit von Art. 78 MStV führt er in Rückblick auf das alte Recht und die einschlagige Rechtsprechung zu wichtigen Aufschlüssen. Der militarisehe Strafvollzug wurde durch eine Notverordnung des Bundesrats vom 29. Februar 1916 für die Dauer des damaligen Aktivdienstes eingeführt und später in das Militarstrafgesetz vom 13. Juni 1927 insofern übernommen, als der Gesetzgeber dem Bundesrat die Kompetenz zur Einführung dieser besonderen Vollzugsart sowie zum Erlass der hierfür notwendigen naeheren Vorschriften einraumte (Art. 30 MStG). Gestützt auf diese Delegationsnorm erliess der Bundesrat am 29. November 1927 eine «Verordnung betreffend den militarisehen Vollzug der Gefangnisstrafe», welche er in der Folge am 17. April 1946 und am 24. Februar 1971

Nr. 11

E. 42

revidierte. In allen diesen Erlassen beschränkte sich der Bundesrat nicht auf reine Ausführungsbestimmungen; er setzte vielmehr auch bestimmte Voraussetzungen fest, unter welchen der militärische Strafvollzug einerseits zulässig, andererseits ausgeschlossen sein sollte. Das Militärkassationsgericht hatte mehrmals Gelegenheit, die Gesetzmässigkeit dieser bundesrätlichen Vorschriften zu prüfen. Es gelangte dabei stets zum Schluss, dass diese durch die gesetzliche Delegationsnorm gedeckt seien. Hiefür fand das Militärkassationsgericht im wesentlichen folgende Begründung: Sinn und Zweck des militärischen Strafvollzugs lägen in der Gewährung einer custodia honesta, das heisst einer ehrenhaften Bewachung für Armeeangehörige, sowie in der militärischen Nacherziehung. Da nicht jeder zu Gefängnis Verurteilte eine custodia honesta verdiene oder sich für eine militärische Nacherziehung eigne, müsse der Anwendungsbereich des militärischen Strafvollzugs beschränkt werden. Aus der Tatsache, dass dies der Gesetzgeber nicht getan habe, ergebe sich klar, dass er dem Bundesrat auch die Abgrenzung des Anwendungsgebietes dieser besonderen Vollzugsart überlassen habe. Der Bundesrat müsse sich dabei aber von den Zwecken des militärischen Strafvollzugs leiten lassen. Solange dies zutreffe, bestünde zwischen dem Gesetz und der Verordnung kein Widerspruch. Dies sei für die vom Bundesrat erlassenen Anwendungsbeschränkungen zu bejahen. Das dem Richter in Art. 30 MStG eingeräumte freie Ermessen beinhalte nicht die Entscheidung genereller Fragen, sondern nur die Beurteilung konkreter Fälle nach Massgabe der vom Bundesrat stellvertretend für den Gesetzgeber aufgestellten Regeln (MKGE 3 Nr. 41, 5 Nr. 110 und 7 Nr. 33; vgl. auch Portmann Bruno, Rechtsfragen des militärischen Vollzugs der Gefängnisstrafe in der Schweiz, Bern 1951, S.29 ff. und 38 ff., der die Gesetzmässigkeit der betreffenden bundesrätlichen Vorschriften ebenfalls bejaht). Bei der Prüfung des heute geltenden Rechts ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Gesetzesbestimmung über den militärischen Strafvollzug gemäss Art. 30 Abs. 2 MStG in der Formulierung zwar knapper ausfiel als im alten Recht, dem Inhalte nach aber mit diesem übereinstimmt. Nach wie vor werden der Erlass näherer Vorschriften für diese Vollzugsart dem Bundesrat überlassen und gleichzeitig dem Richter freies Ermessen für die Entscheidung des konkreten Falles zugebilligt. Den Gesetzesmaterialien lässt sich nicht entnehmen, dass der Gesetzgeber die Rechtsetzungsbefugnis des Bundesrats auf Vorschriften nur technischer Natur beschränkt hätte. In der Botschaft des Bundesrats über die Änderung des Militärstrafgesetzes vom 7. März 1977 (BB1977 II S.25) wird zu Art. 30 folgendes ausgeführt: «An der bisherigen Regelung, wonach der Richter nach freiem Ermessen über die Zubilligung des militärischen Strafvollzuges entscheidet, ist festzuhalten. Massgebend wird dabei auch in Zukunft Artikel 1 der Verordnung vom 24. Februar 1971 über den militärischen Vollzug der Gefängnisstrafe sein Es wurde geprüft, ob die Voraussetzungen der Gewährung des militärischen Strafvollzugs von der Verordnung ins

E. 43

Nr. 11 Gesetz zu übernehmen seien. Angesichts der gefestigten Praxis der Militärgerichte und des Umstandes, dass Einzelheiten nicht der Gesetzesschöpfung bedürfen, wird darauf verzichtet.» Da die eidgenössischen Räte nach Kenntnis dieser Botschaft den Entwurf zu Art. 30 MStG diskussionslos genehmigten (amtl. Bul. NR 1978 S.117 und SR S.128), ist anzunehmen, dass sie dem Bundesrat für die zu erlassende Verordnung die gleichen Rechtsetzungsbefugnisse einräumten wie schon unter dem alten Recht. Da ferner der militärische Strafvollzug nach wie vor den gleichen Zwecken zu dienen hat, war der Bundesrat gehalten, entsprechende Einschränkungen des Anwendungsgebietes anzuordnen.

Keine dieser Einschränkungen geht über die Zwecke der besondern Vollzugsart hinaus. Dies gilt insbesondere auch für die in Art. 78 Abs. 2 lit. e MStV enthaltene Vorschrift, wonach der militärische Strafvollzug nicht zugebilligt werden kann, wenn das Gericht das Urteil im Abwesenheitsverfahren fällt. Denn, nur wenn der Angeklagte zur Hauptverhandlung erscheint, können die Tatumstände und die persönlichen Verhältnisse so geklärt werden, dass der Richter zuverlässig entscheiden kann, ob der Täter der custodia honesta würdig ist und sich für die militärische Nachziehung eignet (vgl. auch MKGE 7 Nr. 33). Damit ist auch von der Gesetzmässigkeit dieser einschränkenden Vorschrift auszugehen. An Art. 78 Abs. 2 lit. e MStV sind nicht nur die Divisionsgerichte, sondern auch die Appellationsgerichte gebunden. Das ergibt sich schon aus dem klaren Wortlaut der Bestimmung. Was der Verteidiger dagegen vorbringt, überzeugt nicht. Wohl war im Appellationsverfahren nur die rechtliche Würdigung des eingeklagten Sachverhalts streitig. Nachdem das Appellationsgericht diesbezüglich aber anders entschieden hatte als die erste Instanz, musste es auch die Straffolge und die Frage des militärischen Strafvollzugs neu entscheiden. Hiefür trug das Appellationsgericht kraft seiner freien Entscheidungsbefugnis (Art. 182 MStP) die volle Verantwortung. Es durfte daher bei der Zubilligung des militärischen Strafvollzugs nicht einfach auf die Beurteilung des Divisionsgerichts abstellen. Zuverlässige Entscheidungsgrundlagen konnte es sich nur im persönlichen Kontakt mit dem Angeklagten verschaffen. Da das Militärappellationsgericht 2A jedoch im Abwesenheitsverfahren den militärischen Strafvollzug gewährte, hat es die Vorschrift des Art. 78 Abs. 2 lit. e MStV verletzt. Das angefochtene Urteil ist daher gestützt auf Art. 185 Abs. 1 lit. d MStP aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. (11. Februar 1981, Oberauditor e. MAG 2A)

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