

MKGE 10 Nr. 195

Mkg, 1987-11-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/mkg_MKGE_10_Nr_195

FR: ATMC 10 n° 195

IT: STMC 10 n. 195

Erwägungen

E. 2

Tötungsdelikte (wie auch Körperverletzungsdelikte) können nach Lehre und Rechtsprechung auch durch Unterlassen begangen werden, sofern der Unterlassende eine Garantenstellung einnimmt. Eine solche ist gegeben, wenn der Täter auf Grund einer besonderen Rechtsbeziehung verpflichtet ist, ein Rechtsgut vor allen oder bestimmten Gefahren zu schützen, oder wenn er durch sein Tun eine Gefahr geschaffen oder eine solche vergrößert hat und deshalb gehalten ist, dafür zu sorgen, dass die Gefahr zu keiner Verletzung fremder Rechtsgüter führt (BGE 108 IV 5 E. 1 b und dort zitierte Judikatur und Literatur; BGE 106 IV 278; 105 IV 19). Strafbar macht sich der Garant, wenn er die gebotene Handlung unterlässt, obwohl diese objektiv möglich gewesen wäre. Die Vorinstanzen sind mit zutreffender Begründung zum Schluss gelangt, dass die Beschwerdegegner als Offiziere und Vorgesetzte für ihre Untergebenen, aber auch für die am Besuchs-

359 Nr. 108 tag teilnehmenden Zivilpersonen verantwortlich und verpflichtet waren, alles Zumutbare zu tun, um sie vor Schaden zu bewahren. Nach den für das Militärkassationsgericht verbindlichen und nicht angefochtenen tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz haben sich die Beschwerdegegner verschiedene vorwerfbare Unterlassungen gebotener Handlungen zuschulden kommen lassen. Strittig ist vorliegend einzig, ob zwischen den Unterlassungen der Beschwerdegegner und dem eingetretenen Erfolg ein natürlicher Kausalzusammenhang bestehe und ob gegebenenfalls ein solcher natürlicher Kausalzusammenhang rechtserheblich sei oder ob das fehlerhafte Verhalten von Rekr. M. und von Z. die Adäquanz unterbrochen habe.

E. 3

a) Die Vorinstanz hat das Bestehen der natürlichen Kausalität zwischen den Unterlassungen der Beschwerdegegner und dem eingetretenen Erfolg mit der Begründung verneint, es sei zweifelhaft, ob bei Einhaltung des gebotenen Verhaltens durch die Angeklagten der strafrechtlich verpönte Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit hätte vermieden werden können. Weder eine gründliche Planung noch klarere Instruktionen, Befehle und Kontrollen hätten mit an Gewissheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindern können, dass Rekrut M. dem Besucher Z. die Handgranate ausgehändigt hätte. Diese vorinstanzliche Beurteilung geht von einem bundesrechtswidrigen Begriff der natürlichen Kausalität aus, ist willkürlich und widerspricht im übrigen dem Ergebnis des Beweisverfahrens. b) Der Begriff des natürlichen Kausalzusammenhangs zwischen dem Verhalten des Täters und dem strafbaren Enderfolg setzt stets, wie bei den Begehungsdelikten so auch bei den (echten und unechten) Unterlassungsdelikten, voraus, dass das Verhalten des Täters nicht bloss möglicherweise oder wahrscheinlicherweise, sondern mit einem hohen Grad der Wahrscheinlichkeit die Ursache des strafbaren

Enderfolgs sei (BGE 108 IV 7/8 E. 2; 106 IV 402; 105 IV 20; 102 IV 102; 101 IV 152/153 mit Hinweisen). Bei Unterlassungsdelikten sind nach der Praxis des Bundesgerichtes, der sich das Militärkassationsgericht angeschlossen hat, hinsichtlich der Kausalität die Unterlassungen hypothetisch zum eingetretenen Erfolg in Beziehung zu setzen. Der (natürliche) Kausalzusammenhang ist nur dann gegeben, wenn die erwartete Handlung nicht hinzugedacht werden könnte, ohne dass der Erfolg höchstwahrscheinlich entfiel (BGE 108 IV 7f. E. 2 mit Hinweisen). Wenngleich bei Unterlassungsdelikten nicht im gleichen Sinn von Kausalität gesprochen werden kann wie bei positiven Handlungen, so erscheint es im Hinblick auf die Rechtsfindung dennoch als sinnvoll, bei Unterlassungen von einer Kausalität der nicht erfolgten Handlung zu sprechen, die hypothetisch zum eingetretenen Erfolg in Beziehung zu setzen sind (ebenso BGE 105 IV 20 mit Hinweisen).

Nr. 108 360 Das Bundesgericht verlangt für die Bejahung des natürlichen Kausalzusammenhangs nicht, wie dies die Vorinstanz annimmt, eine «an Gewissheit grenzende Wahrscheinlichkeit», dass das gebotene aber unterlassene Verhalten den verpönten Erfolg verhindert hatte, sondern begnügt sich mit einem «hohen Grad der Wahrscheinlichkeit» (BGE 101 IV 152/153; 102 IV 102, 105 IV 20; 106 IV 402 gleich Praxis 1981 Nr. 26 S. 66), beziehungsweise mit der Annahme, dass die gebotene Handlung den Erfolg höchstwahrscheinlich verhindert hatte (BGE 102 IV 102; 108 IV 8). Die Vorinstanz hat demnach die Anforderungen an den Grad der Wahrscheinlichkeit, dass die gebotene Handlung den Erfolg verhindert hatte, überdehnt (a.M. offenbar Schultz, Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts I, 4 A., Bern 1982, S. 128) und ist damit von einem unzutreffenden Begriff des natürlichen Kausalzusammenhangs ausgegangen. Die Vorinstanz ist mit im einzelnen zutreffenden Erwägungen davon ausgegangen, dass es Aufgabe der drei Beschwerdegegner gewesen wäre, durch sorgfältige Planung, eindeutige Befehlsgebung und angemessene Kontrolle die mit dem militärischen Betrieb verbundenen Gefährdungen möglichst klein zu halten. Zu Recht hielt sie auch fest, in Folge einer Ausstellung von scharfer Munition anlässlich eines Besuchstages gehörten dazu unter anderem jene Massnahmen, welche einen Kontakt zwischen Zivilpersonen und scharfer Munition verhindern. Auch ihren weiteren Überlegungen ist in diesem Zusammenhang vollumfänglich zuzustimmen: In der Tat erscheint es unerlässlich, die scharfe Munition physisch hinreichend gegen die Standorte der Zivilpersonen abzuschränken und die Besucher dergestalt an den Standort der Munition heranzuführen, dass sie sich nicht selbst den Zugang zu derselben verschaffen können. Zur reibungslosen Abwicklung einer solchen Ausstellung gehört auch eine klare Instruktion der mit ihr befassten Wehrmänner, insbesondere hinsichtlich ihres Kontaktes mit den Besuchern während der Ausstellung und bezüglich Bewachung des Ausstellungsgeländes. Beizupflichten ist auch der Erwägung der Vorinstanz, wonach die mit seiner Funktion verbundenen planerischen Aufgaben eines Vorgesetzten umso umfassender sind, je höher er im Range steht, während dem der unmittelbare Vorgesetzte durch Einzelbefehle und gegebenenfalls durch gezielte Einzelmassnahmen diesen Anordnungen Nachdruck verschaffen muss. Daran haben es die drei Beschwerdegegner, wie die Vorinstanz in für das Militärkassationsgericht verbindlicher Weise in tatsächlicher Hinsicht festgestellt hat, fehlen lassen, wenn auch je nach ihrer damaligen Funktion in unterschiedlicher Art. Um Wiederholungen zu vermeiden, kann an dieser Stelle auf die Urteilsbegründungen der Vorinstanz verwiesen werden (act. 103 S.10, 14). Es genügt festzuhalten, dass Major S. der Planung und Kontrolle nicht die nötige Beachtung geschenkt und dadurch die Sorgfaltspflicht als Instruktionsoffizier verletzt hat. Die Pflichtverletzung von Hptm T. ist

darin zu erblicken dass er die Planung zeitlich zu knapp

361 Nr. 108 bemessen, seine Befehlsgebung zu allgemein gehalten und die Kontrolle vernachlässigt hat. Im Falle von Lt K. liegt der Verstoss gegen die Sorgfaltspflicht in einer ungenügenden Instruktion der Gruppe H. und in einer mangelnden Kontrolle derselben. Die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz, auch bei Beachtung sämtlicher Sorgfaltspflichten durch die Angeklagten und bei Einhaltung der gebotenen Planungen, Instruktionen und Kontrollen hätte sich Rekr M. wahrscheinlich nicht davon abhalten lassen, Z. die Handgranate auszuhändigen, und das Unglück hätte mit einiger Wahrscheinlichkeit nicht verhindert werden können, weshalb vorliegend der natürliche Kausalzusammenhang fehlerhaft und widersprechen dem Ergebnis des Beweisverfahrens. Die Vorinstanz hat unzulässigerweise das Fehlverhalten des tödlich verunfallten Wehrmannes und des Zivilisten Z. weitgehend losgelöst von den konkreten zur Unfallzeit auf dem Ausstellungsgelände herrschenden Verhältnissen gewürdigt. Da bei kommt der Überlegung wesentliche Bedeutung zu, dass die drei Beschwerdegegner Fehlleistungen von noch nicht voll ausgebildeten Wehrmännern und von Zivilisten in hohem Masse begünstigt, ja geradezu erst ermöglicht haben, indem sie es an umfassenden Sicherheitsvorkehrungen, namentlich an einer wirksamen Abschränkung des Ausstellungsgeländes, an der in der klareren Befehlsgebung und in der Bewachung, welche diese Bezeichnung verdient, haben fehlen lassen. Die Vorinstanz hat zwar nicht übersehen, dass sich der Unfall vor Beginn der Ausstellung ereignet hat, als diese erst im Aufbau begriffen war. Sie hat sich aber keine Rechenschaft darüber gegeben, wie sich die damalige mangelhafte Organisation des Ausstellungsgeländes, die ungenügende Instruktion und Befehlserteilung, insbesondere auch das Fehlen eines klaren Bewachungsauftrages auf das Verhalten von mit der Ausstellung befassten Rekruten und Besuchern auswirken mussten. Ohne dass anzunehmen wäre, Rekruten würden in solchen Situationen ganz allgemein zu Sorglosigkeit neigen, so liegt doch auf der Hand, dass sie bei mangelnder Auftragsinstruktion, fehlender klarer Weisungen, keine Waffen oder Munition an Zivilisten herauszugeben, fehlender vorheriger Einübung des Bewachungsauftrages und bei mangelnder rechtzeitiger und wirksamer Abschränkung des Geländes die nötige Vorsicht eben nicht walten lassen. Dies trifft umso eher zu, als Rekr M. Grund zur Annahme hatte, die beiden zu spät zur organisierten Führung erschienenen Besucher seien zum Betreten des Ausstellungsgeländes auf dem Kasernenhofareal schon vor Beginn der Ausstellung berechtigt. Kommt hinzu, dass es sich bei Rekr M. - wie die Vorinstanz feststellt - um einen pflichtbewussten und autoritätsgläubigen Wehrmann handelte, der aus dem Verhalten von Z. schliessen musste, er sei eine Autoritätsperson. Unter den geschilderten Umständen erscheint es nicht als besonders ungewöhnlich, wenn der mit dem Aufbau der Munitionsausstellung beschäftigte Rekr M. dem Zivilisten Z. die scharfe Handgranate aushändigte, zumal er ihn gleichzeitig auf-

Nr. 108 362 forderte, keine Manipulationen daran vorzunehmen, welche Warnung Z. allerdings offenbar überhorte. Bei dieser Sachlage kann entgegen der Ansicht der Vorinstanz ausgeschlossen werden, Rekr M. wäre, selbst bei bereits aufgebauten Abschränkungen und in Missachtung eines zuvor nochmals an ihn ergangenen klaren Befehls, unter keinen Umständen den Kontakt von Zivilisten mit der ausgestellten Munition zuzulassen, der Aufforderung von Z. doch nachgekommen. Es unterliegt keinem ernsthaften Zweifel, dass Rekr M. einen entsprechenden Befehl seiner Vorgesetzten befolgt und seinen Bewachungsauftrag korrekt erfüllt hatte, und zwar auch dann, wenn ihn

Z. trotz vorhandener Abschränkung um Aushandigung der scharfen HG gebeten hatte. Der Befehl des Vorgesetzten hatte bei ihm ohne jeden Zweifel Vorrang gehabt, gerade weil er als pflichtbewusst und autoritätsgläubig galt. Das Beweisverfahren hat zudem ergeben, dass Z. der irr-tümlichen Meinung war, bei der ihm von Rekr M. übergebenen HG handle es sich nicht um eine scharfe, obschon sie die gelbe Markierung trug. Die Vorinstanz hat besonderes Gewicht auf eine Aussage Z. anlässlich der Hauptverhandlung vor Div Ger 10B vom 22./23. Oktober 1985 gelegt, wonach er wahrscheinlich auch gefragt hatte, ob er eine HG haben könne, falls eine Abschränkung vorhanden gewesen wäre (act. 74 S. 20). Sie hat daraus für Rekr M. und den Zivilisten Z. abgeleitet, «die physische Abschränkung hatte mit einiger Wahrscheinlichkeit zu wenig psychische Schranke dargestellt bei Rekr M., um der Aufforderung der Autoritätsperson nicht zu gehorchen, und bei Z., um die Faszination der für ihn unbekannteren Waffe zurückzudrängen». Beide Annahmen sind bei natürlicher Betrachtungsweise nicht haltbar. Was das Verhalten von Rekr M. angeht, so ist das Erforderliche bereits gesagt worden; ergänzend ist zu bemerken, dass das Ersuchen eines sogar als Autoritätsperson auftretenden Besuchers um Aushandigung der HG an einen als besonders autoritätsgläubig charakterisierten unerfahrenen Wehrmann mit Sicherheit nicht im Entferntesten die Wirkung eines klaren und mit dem nötigen Nachdruck erteilten Befehls eines militärischen Vorgesetzten zu erzielen vermag. Für die Richtigkeit dieser Feststellung spricht auch die wesentliche Aussage des zuverlässigen Zeugen Gren L., welche den Kern der Sache trifft und die von der Vorinstanz überhaupt nicht gewürdigt worden ist, nämlich dass er nicht glaube, er und M. hätten die HG auch über eine Abschränkung hinweg gereicht (act. 74 S.18). Den Akten lassen sich keinerlei Anhaltspunkte entnehmen, wonach sich Rekr M. entgegen jeder Erwartung und entgegen seinen Charaktereigenschaften auch über eindeutige Befehle hinweggesetzt hatte, wenn die Beschwerdegegner ihre Sorgfaltspflichten wahrgenommen hätten. Der Beschwerdeführer macht in zutreffender Weise geltend, dass die vorstehend zitierte Aussage von Z. nicht aus ihrem sachlichen Zusammenhang gerissen werden darf, wie dies das Militärappellationsgericht getan hat. Z. gab anlässlich der Hauptverhandlung vom 15. Mai 1984 vor dem Gerichtspräsidenten 11 von Thun durchaus glaubhaft zu Protokoll, eine scharfe HG

363 Nr. 108 hätte er gar nicht angerührt; so wie die Munition ausgestellt gewesen sei, habe er jedoch annehmen müssen, dass es sich um eine inerte HG handeln würde (act. 360 unten der beigezogenen Strafakten des Richteramtes Thun). Unberücksichtigt blieb im angefochtenen Entscheid auch die sehr wichtige und glaubhafte Zeugenaussage des Z. begleitenden Zivilisten M. im bürgerlichen Strafverfahren. Auch er war der festen Überzeugung, er halte bloss eine Manipulier-HG in der Hand, und gab überdies seiner Auffassung Ausdruck, er hätte bestimmt diese HG nicht in die Hand genommen, wenn er gewusst hätte, dass sie explodieren könnte (act. 163 Bst. e der Strafakten des Richteramtes Thun). Darnit widerspricht aber die gegenteilige Annahme der Vorinstanz, Z. hätte von Rekr M. die Aushandigung der, wegen der Abschränkung und der strengen Bewachung für jeden Besucher als scharfe Munition erkennbaren HG gleichwohl verlangt, denn eindeutigen Beweisergebnis und lässt sich in keiner Weise mehr aufrechterhalten. Zudem hätten wirksame Abschränkungen, etwa ein Drahtgitterzaun, die nötige räumliche Distanz geschaffen und ganz allgemein bei der Truppe wie bei den Besuchern zur Vorsicht gemaht. Ob ausserdem noch Warnplakate hatten angebracht werden sollen, ist eine Ernessenssache und kann dahingestellt bleiben. Es muss bei der Feststellung sein Bewenden haben, dass es bei einer klaren Planung und rechtzeitigen Einrichtung der

Ausstellung mit entsprechender Befehlserteilung an die Rekruten sowie vorgängiger Einübung derselben in ihre Bewachungsaufgabe überhaupt nicht zur fatalen Aushandigung der scharfen HG an einen Besucher gekorn- men ware. Ausserdem sind die Kontrollpflichten hinsichtlich der Ausstel- lung der scharfen Munition von den Vorgesetzten des verunfallten Rekruten auf allen Stufen ganzlich vernachlassigt worden, welche Unterlassungen gleichfalls weitgehend zum eingetretenen Erfolg beigetragen haben. Dabei wäre entgegen der Ansicht der Vorinstanz die Anwesenheit eines Offiziers während der Dauer der Ausstellung keineswegs erforderlich gewesen, um die Unfallgefahr auf ein Minimum herabzusetzen. Eine rechtzeitige Kontrolle der ordnungsgemässen Einrichtung und des korrekten Ablaufs auch dieses Teils des Besuchstages etwa anlässlich einer Generalprobe vor Beginn der eigentlichen Ausstellung hatte hinreichend Gewähr für richtiges Verhalten der Rekruten geboten. Die Kontrolle des Ausstellungsgeländes am Besuchstag selber hatten die anderweitig engagierten Offiziere ohne weiteres an Gruppenführer H. delegieren können.

E. 4

Ob die Voraussetzungen für einen adäquaten, das heisst für einen rechtserheblichen Kausalzusammenhang vorliegen, ist eine Rechtsfrage und wird deshalb vom Militärkassationsgericht in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stets frei geprüft (BGE 103 IV 29 E. 2; 101 IV 31; MKGE 10 Nr. 72 i. S. K. e. MAG 2B Erw. 4; MKGE vom 12.2.82 i.S. Th. E. 7 mit Hinweisen). Eine adäquate Kausalität ist gegeben, wenn eine Ursache nach der Erfahrung des Lebens und dem gewöhnlichen Lauf Nr. 108 364 der Dinge geeignet war, zu den tatsächlich eingetretenen Folgen zu führen (vgl. etwa BGE 103 IV 291 mit Hinweisen). Für die Frage der Adäquanz ist es ohne Belang, ob vorauszusehen war, dass sich die Ereignisse bis in alle Einzelheiten genau so abspielen würden, wie sie sich tatsächlich abgespielt haben (BGE 92 IV 87). Allerdings müssen in die zur Prüfung der Rechtserheblichkeit des Kausalzusammenhanges anzustellende Prognose auch entferntere Möglichkeiten miteinbezogen werden. Lediglich entfernte Zufälligkeiten, die das Leben vernünftigerweise ausser acht lässt, sind nicht zu berücksichtigen (MKGE 10Nr. 72Erw. 4; MKGE vom 12.2.82 i.S. Th. E. 7 mit Hinweisen). Aufgrund der vorstehenden Ausführungen zum natürlichen Kausalzusammenhang drängt sich der Schluss förmlich auf, dass der verpönte Erfolg nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach allgemeiner Lebenserfahrung hätte abgewendet werden können, wenn die Beschwerdegegner die ihnen gebotenen Pflichten zu handeln, beachtet hätten. Gewiss war der Verlauf des Unfalles nicht bis in alle Einzelheiten vorauszusehen, und es lässt sich nicht bestreiten, dass sich Rekr M. und Zivilist Z. nicht leicht zu nehmende Fehler anrechnen lassen müssen, der eine, weil er die Handgranate ausgehändigt hat, der andere, weil er darum ersucht und trotz Unkenntnis der Waffe daran manipuliert und sie in der Folge zur Explosion gebracht hat. Dass jedoch die Unterlassungen der Beschwerdegegner zu solchem Geschehen und damit zu einer Tötung und zu Körperverletzungen führen konnten, war nicht so aussergewöhnlich, dass damit nicht hätte gerechnet werden müssen (BGE 111 IV 19 94 IV 27). Es kann demnach nicht zweifelhaft sein, dass der adäquate Kausalzusammenhang zwischen den Unterlassungen der Beschwerdegegner und dem eingetretenen Erfolg durch das Fehlverhalten von Rekr M. und Zivilist Z. nicht unterbrochen worden ist. Im übrigen hätte die Vorinstanz die Frage der Unterbrechung des Kausalzusammenhanges bei der Adäquanz und nicht bereits beim natürlichen Kausalzusammenhang prüfen sollen, da Drittsachen nie den natürlichen

Kausalzusammenhang, sondern lediglich dessen Rechtserheblichkeit, das heisst dessen Adäquanz, zu unterbrechen vermögen (vgl. hierzu Kari Oetli, Schweiz. Haftpflichtrecht I, Zürich 1958, S. 92/93). Durch den Satz, in Anwendung des Grundsatzes «Im Zweifel für den Angeklagten» habe der Kausalzusammenhang als unterbrochen zu gelten (vorinstanzliches Urteil S. 19 oben), wurde sodann nicht nur das Vorhandensein des adäquaten Kausalzusammenhangs zu Unrecht verneint, sondern auch fälschlicherweise in Beweisgrundsatz, der lediglich bei der Sachverhaltsfeststellung zu beachten ist (BGE 83 IV 205 E. 2; vgl. Robert Hauser, Kurzlehrbuch des schweiz. Strafprozessrechts, 2. A., Basel 1984, S.148), der Rechtsbeurteilung zugrunde gelegt.

E. 5

Aus all diesen Gründen erweist sich die Kassationsbeschwerde des Auditors sowohl gemäss Art. 185 Abs. 1 Bst. d MStP als auch von Bst. f. der-

365 Nr. 108, 109 selben Gesetzesbestimmung als begründet. Der angefochtene Entscheid ist daher aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung und Verurteilung der Beschwerdegegner im Sinne der vorstehenden Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 190 und 191 MStP).

E. 6

Zufolge Gutheissung der Kassationsbeschwerde sind die Kosten des Kassationsverfahrens den drei Beschwerdegegnern je zu einem Drittel aufzuerlegen (Art. 193 Abs. 1 MStP). (7. Februar 1987, S., T., K. e. MAG 2B) 109. Formelle Anforderungen an die Begründung eines Kostenrekurses (Art. 197 Abs. 1 MStP) Die Begründung eines Kostenrekurses ist formell ungenügend, wenn aus ihr nicht nachprüfbar hervorgeht, warum sich die wirtschaftlichen Verhältnisse seit der Verurteilung, wie behauptet, verschlechtert haben und warum Zahlungserleichterungen ausgeschlossen sein sollen; wenn ferner jedes Beweisangebot fehlt. Exigences de forme quant à la motivation d'un recours contre une condamnation aux frais (art. 197, al. 1 PPM) La motivation d'un recours pour les frais est insuffisante en la forme lorsqu'il n'en ressort pas, de telle manière qu'elle puisse être revue, pour quelle raison les circonstances économiques se seraient aggravées - comme le soutient le recourant - et pour quelle raison des facilités de paiement seraient exclues; il en est de même lorsqu'aucune preuve n'est offerte. Esigenze formali per la motivazione di un ricorso sulle spese (art. 197 cpv.1 PPM) La motivazione di un ricorso sulle spese è formalmente insufficiente quando non vi si può evincere, in modo da poter essere rivista, per quali ragioni le condizioni economiche si sarebbero aggravate come sostenuto e perché sarebbero escluse facilitazioni di pagamento, come pure quando mancano prove. Aus den Erwägungen: 2.- Gemäss Art. 197 Abs. 1 MStP ist der Rekurs schriftlich mit Antrag und Begründung beim zuständigen Gericht einzureichen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Militärkassationsgerichtes ist ein Antrag und Begründung kein strenger Massstab anzulegen. Das gilt vor allem dann, wenn ein juristischer Laie Rekurs erhebt. Die Interessen eines Verurteilten an der Überprüfung des vorinstanzlichen Entscheides sollen nicht einem unnötigen Formalismus geopfert werden (MKGE vom 5.12.1984 i.S. C.;

Nr. 109 366 MKGE vom 21.4.1982 i.S. F.). Es genügt, wenn der Antrag aus der Rechtsmittelbegründung hervorgeht und wenn sich diese Begründung aus dem Sinn einer Parteierklärung herleiten lässt, so dass sich die vom Militärkassationsgericht erwünschte Überprüfung der vorinstanzlichen Rechtsanwendung erkennen lässt (MKGE vom 5.12.1984 i. S. e., vom 21.4.1982 i. S. F.; und vom 2.6.1972 i.S. M. sowie Hauser,

Kurzlehrbuch, 2. A. 106). Indessen kann es nicht angehen, von der gesetzlich vorgesehenen Begründungspflicht ganz abzusehen. Nach der Rechtsprechung des MKG kann sich der Rekur- rent nicht damit begnügen, n ur gerade zu behaupten, seine finanziellen Ver- haltnisse seien von der Vorinstanz nicht zutreffend gewürdigt worden oder si e hatten si eh na eh d er U rteilfallung verschlechtert (MK G E vom 5.12.1984 i. S. e. und vom 19.9.1984 i. S. Sch.). Vielmehr bedarf es einer hinreichen- den Schilderung der finanziellen Verhältnisse und des entsprechenden Beweisangebots. Daran fehlt es aber im vorliegenden Fali, sind doch die Vorbringen des Rekurrenten weder nachprüfbar noch insofern vollständig, dass die Umstände der Verschlechterung der Verhältnisse beurteilt werden könn- ten. Schliesslich lasst sie auch nicht erkennen, weshalb Zahlungserleichte- rungen auszuschliessen sind. Insbesondere unterlasst aber der Rekurrent jedes Beweisangebot. Indessen gehört- wie das Militarkassationsgericht im Entscheid vom 24.2.1986 i.S. M. festgehalten hat - die Benennung von Beweismitteln zur Begründung des Rekurses, die gemäss Art. 197 Abs. 1 MStG während der gesetzlichen Rekursfrist von 20 Tagen zu erfolgen hat. Es kann nur dann Sache des Militarkassationsgerichtes sein, diese Beweise ausnahmsweise selber zu erheben, wenn dies ohne weiteres als möglich erscheint. Wo aber jeder Hinweis auf konkrete Beweise für die bloss behauptete Veränderung de r wirtschaftlichen Verhältnisse nach der erfolg- ten Verurteilung bzw. Kostenaufgabe durch die Vorinstanz fehlt, kann es nicht Aufgabe der Rekursinstanz sein, selber nach solchen Beweisen zu for- schen. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass die Entschei- dungsgrundlagen vom urteilenden Gericht grundsätzlich von Amtes wegen zuermittelt sind (MKGE IONr. 7 Erw. 3; MKGE vom 4.5.1984 i.S. W. E. 3 und vom 13.6.1985 i.S. H.) und dass im Verfahren vor dem Militarkassa- tionsgericht auch Tatsachen berücksichtigt werden können, die erst nach dem angefochtenen Entscheid eingetreten sind, sofern sie den Nachweis einer Verschlechterung de r finanziellen La g e des V erurteilten zu erbringen vermögen (MKGE vom 23.9.1981 i.S. St. W. 3). Auf den Kostenrekurs ist daher mangels einer hinreichenden Begrün- dung nicht einzutreten. (27. Februar 1987, L. e. DG 6)

367 110. Nr. 110 Vorsätzliche Dienstversumnis, Eventualvorsatz; Nichtbefolgung von Dienstvorschriften, leichter Fali (Art. 81 Ziff.1 Abs. 2; Art. 72 Ziff.1 Abs. 2 MStG) Das Willenselement des Eventualvorsatzes ist gegeben, wenn sich der Tater mit dem Erfolg abfindet, ihn in Kauf nimmt; nicht nötig ist, dass er ihn billigt, gleichsam ihm zustimmt (Angleichung der Rechtsprechung des Mili- tarkassationsgerichts an jene des Bundesgerichts (BGE 96 IV 100 f., besta- tigt in BGE 109 IV 151)). Falls ein Gerieht den Tatbestand der Nichtbefolgung von Dienstvor- schriften für erfüllt erachtet, hat es, dem Grundsatz der materiellen Wahr- heit entsprechend, von Amtes wegen, unabhängig von einem allfalligen Antrag des V erteidigers, zu prüfen, o b ein leichter Fali vorliege. Insoumission intentionnelle, dol éventuel; inobservation de prescrip- tions de service, cas de peu de gravité (art. 81, eh. 1, al. 2; art. 72, eh. 1, al. 2 CPM) L'élément de volonté du dol éventuel est réalisé lorsque l'auteur s'ac- commode du résultat, en prend le risque; peu importe qu'il adhère à ce résul- tat et l'approuve en quelque sorte (alignement de lajurisprudenee du Tribu- nal militaire de eassation sur celle du Tribunal fédéral (ATF 96 IV 100 s. con- firmé par ATF 109 IV 151)). Lorsqu'un tribunal estime que les éléments constitutifs de l'inobserva- tion de prescriptions de service sont réunis, il doit examiner d'office, confor- mément au principe de la recherche, par le juge, de la vérité matérielle des faits et indépendamment d'une requête éventuelle du défenseur s'il y a lieu d'admettre un cas de peu de gravité. Omissione intenzionale del servizio, dolo eventuale; inosservanza di

prescrizioni di servizio, caso poco grave (art. 81 n. 1 cpv. 2; art. 72 n. 1 cpv. 2 CPM) L' elemento de lia volontà relativo al do lo eventuale e realizzato quando l'autore si rassegni al possibile risultato, prendendolo in considerazione. Noo e necessario ebe lo approvi e ebe vi aderisca (adattamento della giuris- prudenza del TMC a quella del TF (DTF 96 IV 100 e seg., confermata nella DTF 109 IV 151)). N ei caso in cui un tribunale ritiene adempiuta la fattispecie dell'inosser- vanza di prescrizioni di servizio, deve esaminare d'ufficio se possa essere ammesso un caso poeo grave, conformemente al principio della ricerca della verità materiale e indipendentemente da un' eventuale richiesta de l difen- sore. Aus dem Sachverhalt: A.- Büro Ord V. meldete sich am 31. Dezember 1985 zivil, nicht jedoch militarisch von sein er letzten Wohnsitzadresse ins Ausland a b un d ist seither

Nr. 110 368 unbekanntes Aufenthaltes. Der in der Mat Kp V/63 eingeteilte Angeklagte leistete dem Aufgebot zur WK-Nachholung mit der Mat Kp V/82 vom 21. April bis 10. Mai 1986 keine Folge. B.- Mit Abwesenheitsurteil vom 24. November 1986 fand das Divisionsgericht 11 den Angeklagten schuldig der vorsätzlichen Dienstversäum- nis im Sinne von Art. 81 Ziff. 1 Abs. 2 MStG sowie der Nichtbefolgung von Dienstvorschriften im Sinne von Art. 72 Ziff. 1 Abs. 1 MStG un d verurteilte ihn zu 30 Tagen Gefängnis, bei Gewährung des bedingten Strafvollzuges. Ferner überband es ihm die Verfahrenskosten. Das Divisionsgericht 11 ging davon aus, der Angeklagte habe sich durch die Verletzung der Meldevor- schriften schuldhaft ausserstande gesetzt, de n Marschbefehl für de n nachzu- holenden Dienst zu erhalten. Er habe nach seiner Dispensierung von der Dienstleistung im Jahre 1985 mit hoher Wahrscheinlichkeit damit zu rech- nen gehabt, 1986 einen Nachhol-WK leisten zu müssen. Er habe somit bewusst in Kauf genommen, die genannte Dienstleistung zu versäumen. C.- Gegen di e ses U rteil hat de r amtliche V erteidiger des Angeklagten Kassationsbeschwerde eingereicht. Er beantragt, das im Abwesenheitsver- fahren gefällte Urteil (act. 17) des Divisionsgerichts 11 vom 24. November 1986 sei aufzuheben, und der Beschwerdeführer sei wegen Nichtbefolgung von Dienstvorschriften im Sinne von Art. 72 Ziff. 1 Abs. 2 MStG disziplina- risch zu bestrafen. D er Verteidiger ma eh t insbesondere geltend, das s e in eventualvorsätzliches Handeln des Beschwerdeführers mit Blick auf die Dienstversäumnis nicht vorliege. Di e Vorinstanz ha be de n rechtlichen Begriff des Eventualvorsatzes kiar verkannt. Auf die weitere Argumenta- tion wird, soweit erforderlich, zurückzukommen sein. D.- Der Auditor hat auf eine Vernehmlassung verzichtet (act. 19). Erwägungen: I.- Gegen Abwesenheitsurteile de r Divisionsgerichte ist di e Kassa- tionsbeschwerde zulässig (Art. 184 Abs. 1 lit. e MStP). Der Verteidiger des Beschwerdeführers hat diese rechtzeitig angemeldet und fristgerecht begründet (Art. 186 Abs. 2 und Art. 187 Abs. 1 MStP, act. 13, 16 und 17). Hält das Militärkassationsgericht die Kassationsbeschwerde für begründet, so hebt es das angefochtene Urteil auf, kann indessen in der Sache selber nicht entscheiden, sondern weist diese an die Vorinstanz zurück (Art. 190 und 191 Abs. 1 MStP). Auf die Kassationsbeschwerde ist demnach lediglich in diesem Rahmen einzutreten. 2.- a) Es wird vom Beschwerdeführer nicht bestritten, dass der objek- tive Tatbestand der vorsitzlichen Dienstversiiumnis im Sinne von Art. 81 Ziff. 1 Abs. 2 MStG bezüglich des Nachhol-WK 1986 erfüllt ist. Es geht im folgenden allein um den subjektiven Tatbestand. Die Vorinstanz hat Even- tualvorsatz angenommen, während der Beschwerdeführer diesen als nicht erfüllt ansieht. Aus seinen Ausführungen geht zudem hervor, dass er die

369 Nr. 110 Wissensseite des Vorsatzes nicht angefochten ha ben will: Er verweist auf die Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit (Kassationsbeschwerde S. 4), di e sich auf der

Wissensseite vom Eventualvorsatz nicht unterscheidet, indem bei beiden das generelle Wissen um die Möglichkeit des Erfolgseintrittes Tatbestandselement bildet (statt vieler BGE 109 IV 150/151). Im weitem geht er im konkreten Fall mit der Vorinstanz vom Wissen um die Möglichkeit des Erfolgseintrittes aus (Kassationsbeschwerde S. 6 oben) und rügt in seiner Zusammenfassung bloss, dass die vom Divisionsgericht vorgenommene hypothetische Annahme des voluntativen Elementes im Vorsatz V. gegen das Legalitätsprinzip verstosse. Nach konstanter Rechtsprechung des Militärkassationsgerichtes (MKGE 9 Nr. 12, 34, 44 sowie 103 und dortige Hinweise) sind Feststellungen über das Wissen des Taters um die Folgen seines Verhaltens tatsächlich nur auf Willkür hin überprüft werden. Ob aus dem Wissen um die Möglichkeit des Erfolgseintrittes auch auf den Willen, diesen Erfolg herbeizuführen, geschlossen werden darf, ist dagegen eine Rechtsfrage, welche die Kassationsinstanz frei überprüfen darf (MKGE 9 Nr. 34). Wie erwähnt, hat der Beschwerdeführer die Feststellungen des Divisionsgerichts über das Wissen um die Folgen seines Verhaltens nicht angefochten und insbesondere nicht auf Willkür hin gerügt. Somit ist im folgenden nur zu prüfen, ob beim Beschwerdeführer der Wille vorgelegen habe, den Nachhol-WK 1986 nicht zu leisten. b) Gemäss neuerer Praxis des Militärkassationsgerichtes ist Eventualvorsatz dann gegeben, wenn der Tater den Eintritt des Erfolges nicht mit Sicherheit voraussieht, sich aber der Möglichkeit des Erfolgseintrittes bewusst ist und die Tat dennoch begeht, indem er den allfälligen Erfolg zum vornherein in Kauf nimmt oder sogar billigt (MKGE 9 Nr. 34 mit Hinweis auf BGE 96 IV 100 und 98 IV 66). In MKGE 9 Nr. 103 hat es bloss noch auf BGE 86 IV 17 Bezug genommen und festgehalten, dass der Tater den Erfolg «billigen» müsse («qu'on ne saurait notamment admettre le dol éventuel des que l'auteur s'est simplement accommodé du résultat possible de son acte ... 11 faut que l'auteur non seulement ait compté sérieusement que le résultat pourrait se produire mais y ait consenti pour le cas où il surviendrait ...»). Wie Hauri (Komm. N. 10 zu Art. 15 MStG) zutreffend ausführt, hat das Militärkassationsgericht mit dieser letzten Entscheidung die durch das Bundesgericht in BGE 96 IV 100/101 vorgenommene Klarstellung des Begriffes des Eventualvorsatzes nicht berücksichtigt. Darin hat das Bundesgericht mit ausführlicher Begründung herausgestellt, es habe in seiner früheren Rechtsprechung den Begriff des Billigens nicht notwendig im Sinne einer Zustimmung des Taters verstanden. Es sei somit nicht ersichtlich, inwiefern sich dieser Begriff von demjenigen des Sich-Abfindens oder des Inkaufnehmens unterscheidet. An dieser Rechtsprechung hat das Bundesgericht seither konstant festgehalten (letztmals BGE 109 IV 151). Auch die überwiegende Lehrmeinung

Nr. 110 370 steht auf diesem Standpunkt (vgl. Germann, Das Verbrechen im neuen Strafrecht, S. 24; Schwander, Das Schweizerische Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Nr. 199 a; Schultz, Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, Erster Band, 4. Auflage, S.197; Logoz/Sandoz, Commentaire du Code Pénal Suisse, deuxième édition, N. 5 e zu Art. 18 StGB; Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 9 N. 90 ff insbesondere N. 93, und neuestens Noll/Trechsel, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, S.88/89). Diese Theorie des Sich-Abfindens oder des Inkaufnehmens (vereinfachend oft Einwilligungstheorie genannt) entspricht auch der herrschenden Auffassung der deutschen Strafrechtslehre (vgl. u.a. Schönke/Schröder, Komm. 21. Auflage, N. 75 ff zu § 15 und Maurach/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband I, 6. Auflage, insbesondere N. 34 ff zu § 22 III). Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass der bundesgerichtlichen Klarstellung des Begriffes des Eventualvorsatzes dank der damit eingeräumten Möglichkeit, dem verbrecherischen Willen Rechnung tragen zu können, zu folgen ist. Das

Willenselement ist hier für die Annahme des Eventualvorsatzes entscheidend: Der Täter muss in den Erfolg, den er sich als möglich vorstellt, einwilligen, er muss ihn in Kauf nehmen, sich mit ihm innerlich abfinden (Nollfrechsel, a. a. O., S. 89). e) Zu berücksichtigen ist indessen, dass das Bundesgericht in einzelnen Entscheiden im Sinne der sogenannten Wahrscheinlichkeitstheorie betont hat, der Richter habe auf das Einverständnis mit der Tatbestandsverwirklichung dann zu schliessen, wenn sie es dem Täter der Erfolg sein es V erhalten als so wahrscheinlich aufdränge, dass sie es vernünftigerweise nur als Inkaufnahme des Erfolges ausgelegt werden könne (BGE 101 IV 46 und dortiger Hinweis). Umgekehrt kann die Wahrscheinlichkeit der Erfolgsaussicht auch nicht mehr sein als ein blosses Indiz für den Vorsatz. Die blosser Möglichkeit geht stufenlos in die mehr oder minder grosse Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts über, so dass sie hier keine einigermaßen scharfe Grenze ziehen lässt, die nicht willkürlich wäre (Stratenwerth, a. a. O., § 9 N. 90 und dortige Hinweise; vgl. etwa auch Maurach/Zipf, a. a. O., N. 35 zu § 22 III; Schönke/Schrönder, a. a. O., N. 70 zu § 15). Eine auf dieser Theorie beruhende Rechtsprechung darf aber nicht als Mittel zur Überwindung von Beweisschwierigkeiten dienen, da sie das Wissen bekanntlich leichter beweisen lässt als das Wollen und deshalb von jenem auf dieses geschlossen wird (Nollfrechsel, a. a. O., S. 89). d) Dieser nur in vereinzelt Fällen veröffentlichten, auf der Wahrscheinlichkeitstheorie beruhenden Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Militärkassationsgerichts (MKGE 8 Nr. 18 und 9 Nr. 44) folgend, hat das Divisionsgericht 11 ausgeführt, der Angeklagte, der von seiner Dienstleistung mit seiner Einheit im Jahre 1985 ärztlich dispensiert worden sei, habe mit hoher Wahrscheinlichkeit damit rechnen müssen, im folgenden Jahr einen Nachhol-WK leisten zu müssen. Insbesondere habe er darauf

371 Nr. 110 gefasst sein müssen, ein Aufgebot zu einem besonderen, nicht mit seiner Einheit zu leistenden und daher nicht auf dem Aufgebotsplakat figurierenden Dienst zu erhalten. Bei diesbezüglichen Unsicherheiten hätte er überdies jederzeit die Möglichkeit gehabt, sich zu erkundigen, ob und mit welcher Einheit er im Jahre 1986 «allenfalls» Dienst zu leisten haben würde. Trotz des zu erwartenden Aufgebotes habe der Angeklagte sich schuldhaft in die Unmöglichkeit versetzt, einen persönlichen Marschbefehl zu erhalten. Er habe damit bewusst in Kauf genommen, die genannte Dienstleistung zu versäumen. Das leichtfertige Verhalten hinsichtlich seiner dienstlichen Pflichten könne daher nicht anders denn als Billigung des eingetretenen Erfolges interpretiert werden. Demgegenüber hat der Verteidiger des Beschwerdeführers geltend gemacht, dieser habe nicht mit «hoher Wahrscheinlichkeit» damit rechnen müssen, im folgenden Jahre einen Nachhol-WK zu leisten. Mit Jahrgang 1962 sei ihm zur Zeit der Abmeldung Ende 1985 noch absolut genügend Zeit zur Verfügung gestanden, seine Dienstpflicht von acht Wiederholungskursen in ordentlicher Weise und mit seiner Einteilungseinheit zu absolvieren. Im übrigen habe er einen Nachhol-WK mit einer fremden Einheit versäumt und nicht den WK mit seiner eigenen Einheit. Es sei weder durch die Akten belegt noch durch Aussagen des Beschwerdeführers nachgewiesen, dass er den Willen zu gerade diesem möglichen Erfolg hatte. Mit hoher Wahrscheinlichkeit habe er einzig mit einem Aufgebot für einen WK mit seiner eigenen Einheit rechnen müssen. Es müsse deshalb als verfehlt bezeichnet werden, wenn die Vorinstanz von einem «leichtfertigen Verhalten» des Beschwerdeführers spreche, das als «Billigung des eingetretenen Erfolges» (nämlich des Versäumnisses des Nachhol-WKs, von welchem er nichts gewusst habe), interpretiert werden müsse. Könne ein Vorsatz zur Dienstversäumnis nicht nachgewiesen werden, sei eine Verurteilung aufgrund von Art. 81 Ziff. 1 Abs. 2 MStG nicht möglich. Eine derartige

Annahme eines Tatbestandsmerkmals führe zu einem Verdachtsurteil. Zwar sei der Grundsatz «in dubio pro reo» kein in Rechtssatz des Bundesverfassungsrechts, doch lässt er sich aus der Vermutung der Unschuld gemäss Art. 6 Ziff. 2 EMRK ableiten. In der Tat hat die Vorinstanz mit ihrem Schluss vom Wissen des Beschwerdeführers auf dessen Willen einen sich aus der allgemeinen Lebenserfahrung (BGE 104 IV 193) nicht zwingend ergebenden Schluss gezogen und damit Art. 15 MStG verletzt. Ein auf eine solche Schlussfolgerung ziehender Wille war schon deshalb nicht leicht zu eruieren, weil der Beschwerdeführer dazu gar nie befragt werden konnte. Deshalb hätte das Divisionsgericht aus dieser schmalen Beweisbasis heraus nicht auf den dahingehenden Willen, den Nachhol-WK in einer fremden Einheit zu versäumen oder in solches Versehen in Kauf zu nehmen oder sie eh damit abzufinden, schliessen dürfen. Eine derartige Schlussfolgerung verbot sich insbesondere aus der Regelung gemäss Art. 21 Abs. 2 der Verordnung über

Nr. 110 372 die Erfüllung der Instruktionspflicht vom 2. Dezember 1963 (SMA 83 Erster Teil S. 480 ff), wonach Soldaten, die mit der Leistung von Wiederholungskursen im Rückstand sind, grundsätzlich zu einem Wiederholungskurs ihrer Einheit einberufen werden, bis sie die ordentlichen Dienstleistungen der Angehörigen ihres Jahrganges erreicht haben, wozu der erst knapp 24jährige Beschwerdeführer noch genügend Zeit hatte. Nur in Ausnahmefällen, wenn sie dringend benötigt werden, können Soldaten, die mit der Leistung von Wiederholungskursen im Rückstand sind, zur Leistung von jährlich mehr als einem Wiederholungskurs, d.h. zusätzlich zu einem WK in einer fremden Einheit, aufgeboten werden. Da somit die Leistung eines Nachhol-WKs mit einer fremden Einheit als Ausnahmefall zu bezeichnen ist, kann auch nicht auf einen Willen, einen solchen zu versäumen, geschlossen werden. Das Vorleben des Beschwerdeführers und die über ihn eingeholten Auskünfte, die recht günstig lauten (vgl. act. 6.2-6.5 sowie 6.7), geben ebenfalls keine Anhaltspunkte zu dem vom Divisionsgericht gezogenen Schluss. Bei der gegebenen Sach- und Beweislage hatte das Divisionsgericht vielmehr prüfen sollen, ob nicht bewusste Fahrlässigkeit vorliegt (vgl. dazu den oben zitierten BGE 109 IV 151; MKGE 9 Nr. 34; Logoz/Sandoz, a.a.O., S. 93; Schönke/Schröder, a.a.O., N. 77 zu § 15). Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass die Vorinstanz durch die Bejahung des Willens, den Erfolg (Versäumnis des Nachhol-WKs 1986) herbeizuführen, Art. 15 MStG verletzt hat. Inwieweit sie dabei auch gegen die Unschuldsvermutung verstossen hat und unter welchem Gesichtspunkt diese zu rügen wäre, braucht nicht eigens geprüft zu werden. Da im Sinne von Art. 185 Abs. 1 lit. d MStP eine Verletzung des Strafgesetzes vorliegt, ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. 3.- a) Beiläufig wird geltend gemacht, hinsichtlich des tatbestandsmässig geforderten Vorsatzes mit Bezug auf die Nichtbefolgung von Dienstvorschriften (Art. 72 MStG) habe beim Beschwerdeführer keine Klarheit verschafft werden können. Es stünden einer Bestrafung deshalb verschiedene Grundsätze entgegen. Diesen Vorhalt begründet der Verteidiger des Beschwerdeführers jedoch nicht näher. Auch beantragt er selber Bestrafung wegen Nichtbefolgung von Dienstvorschriften. Auf diesen Einwand ist somit nicht einzutreten. b) Der Verteidiger des Beschwerdeführers wendet überdies ein, dieser habe einzig gegen Art. 23 VmK verstossen. Es handle sich deshalb um einen leichten Fall gemäss Art. 72 Ziff. 1 Abs. 2 MStG. Es liege bloss eine Unterlassung gebotener Meldepflichten aus Unachtsamkeit vor. Somit sei es unbillig, dem Beschwerdeführer den privilegierten Tatbestand des «leichten Falles» nicht zuzubilligen. Das Urteil des Divisionsgerichts 11 sei

auch in dieser Hinsicht mangelhaft.

373 Nr. 110, 111 Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass das Militärkassationsgericht die Rechtsfrage des leichten Falles frei überprüfen kann (MKGE 10 Nr. 8). Es fällt indessen auf, dass sich die Vorinstanz mit dem leichten Fall gemäss Art. 72 Ziff. 1 Abs. 2 MStG überhaupt nicht auseinandergesetzt, sondern bloss festgehalten hat, der Beschwerdeführer sei der Nichtbefolgung von Dienstvorschriften gemäss Art. 72 Ziff. 1 Abs. 1 MStG schuldig zu sprechen. Sie hat dies mit dem Hinweis begründet, dass er entgegen Art. 23 VmK nicht für die vorgeschriebene Verbindung mit dem Sektionschef bzw. der schweizerischen Vertretung im Ausland gesorgt habe, obwohl ihm diese Meldepflichten zumindest bekannt sein müssen, seien doch die einschlägigen Bestimmungen der VmK auf Seite 2 des DB auszugsweise abgedruckt (Urteil S. 7 und 8). Das Urteil enthält mit andern Worten zur Frage des Vorliegens eines leichten Falls gemäss Art. 72 Ziff. 1 Abs. 2 MStG keine hinreichenden Entscheidungsgründe im Sinne von Art. 185 Abs. 1 lit. e MStP, weshalb dessen Überprüfung im kassationsgerichtlichen Verfahren nicht möglich ist. Das angefochtene Urteil ist deshalb auch in diesem Punkt aufzuheben und zur Neuurteilung im Sinne von Art. 72 Ziff. 1 Abs. 2 MStG zurückzuweisen (vgl. dazu ausführlich MKGE 10 Nr. 59 Erw. 2). Keine Rolle darf dabei spielen, dass der Verteidiger des Beschwerdeführers vor dem Divisionsgericht Schuldigsprechung im Sinne von Art. 72 Ziff. 1 MStG beantragt hatte, ohne den leichten Fall eigens zu erwähnen (act. 11 S. 3). Dem Grundsatz der materiellen Wahrheit entsprechend hatte die Vorinstanz den Sachverhalt von Amtes wegen abklären und der Frage des leichten Falles nachgehen müssen. 4.- Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten durch den Bund zu tragen (Art. 193 Abs. 1 MStP). (3. J uni 1987, V. e. DG 11) 111. Responsabilité restreinte et cas de peu de gravité; mesure d'une sanction disciplinaire, pouvoir d'examen du Tribunal militaire de cassation (art. 11, art. 181 a CPM, art. 192, al. 2 PPM) La responsabilité restreinte n'est pas une raison d'admettre l'existence d'un cas de peu de gravité, mais un motif d'atténuation de la peine. Des lors, il n'y a lieu d'en tenir compte qu'une fois qu'il a été établi que les circonstances d'une infraction, pour laquelle la loi prévoit le cas de peu de gravité, permettent d'admettre un tel cas du point de vue objectif et du point de vue subjectif. Lorsqu'un tribunal militaire d'appel admet qu'il y a un cas de peu de gravité en raison de la responsabilité restreinte de l'accusé, alors même que les circonstances de l'infraction ne permettraient pas par ailleurs d'admettre un

- - - Nr. 111 374 tel cas, et prononce en conséquence une sanction disciplinaire, le Tribunal militaire de cassation est lié par l'admission d'un cas de peu de gravité lorsque l'accusé s'est pourvu seul en cassation; il ne peut revoir que la mesure de la sanction disciplinaire infligée sous l'angle de l'arbitraire. A cet égard, la décision du tribunal militaire d'appel, qui a admis un cas de peu de gravité en raison de la responsabilité restreinte de l'accusé, mais qui n'a pas tenu compte une seconde fois de la responsabilité restreinte lors de la fixation de la sanction disciplinaire, échappe à toute censure. Verminderte Zurechnungsfähigkeit und leichter Fall; Zumessung einer Disziplinarstrafe, Überprüfung durch das Militärkassationsgericht (Art. 11, Art. 181 a MStG, Art. 192 Abs. 2 MStP) Verminderte Zurechnungsfähigkeit ist kein Grund für die Annahme eines leichten Falls, sondern ein Strafmilderungsgrund. Sie wirkt sich demnach erst aus, nachdem feststeht, ob die Erfüllung eines Straftatbestands, für den das Gesetz den leichten Fall kennt, in objektiver und subjektiver Hinsicht leicht wiegt. Nimmt ein Militärappellationsgericht wegen verminderter Zurechnungsfähigkeit eines Angeklagten einen leichten Fall an,

obwohl die Erfüllung des Straftatbestands im übrigen nicht leicht wiegen würde, und verhängt es in der Folge eine Disziplinarstrafe, so ist das Militärkassationsgericht an die Annahme des leichten Falls gebunden, wenn allein der Angeklagte Beschwerde führt; es kann einzig das Mass der verhängten Disziplinarstrafe unter dem Gesichtspunkt der Willkür überprüfen. Vor dieser Überprüfung halt es stand, wenn das Militärappellationsgericht, das einen leichten Fall wegen verminderter Zurechnungsfähigkeit des Angeklagten angenommen hat, diese bei der Zumessung der Disziplinarstrafe nicht nochmals berücksichtigt. Scemata responsabilità e caso poco grave; commisurazione della pena disciplinare, potere di esame del Tribunale militare di cassazione (art. 11, art. 181 a CPM, art. 192 cpv. 2 PPM) La scemata responsabilità non è una ragione per far commettere il caso poco grave, ma un motivo di attenuazione della pena. E quindi possibile tenerne conto soltanto dopo aver stabilito il compimento di una fattispecie per la quale la legge prevede l'alternativa del caso poco grave, se così appare dal fatto oggettivo e da quello soggettivo. Qualora un tribunale militare di appello ammetta l'esistenza di un caso poco grave, pronunciando di conseguenza una pena disciplinare, per la scemata responsabilità dell'imputato, anche se per altro verso la fattispecie non sembrerebbe poco grave, il tribunale militare di cassazione rimane legato al riconoscimento del caso poco grave, se il ricorso per cassazione viene interposto unicamente dall'imputato. In tal caso può essere riesaminata per arbitrio unicamente la misura della pena disciplinare. Esula da ogni censura, a

375 Nr. 111 questo proposito, la decisione dei tribunali di appello e di appello e ha ammesso il caso poco grave per la scemata responsabilità, senza tenerne conto una seconda volta nella commisurazione della pena disciplinare. Résumé des faits: A.- Par jugement du 18 décembre 1986, le Tribunal militaire d'appel I A a libéré pénalement J. 1954, de l'accusation d'insoumission intentionnelle; admettant le peu de gravité du cas, le tribunal a puni J. disciplinairement de 12 jours d'arrêts de rigueur et a mis à sa charge les frais de première instance et d'expertise par Fr. 1'505.-, les frais de la procédure d'appel étant supportés par la Confédération. B.- Les faits de la cause peuvent être résumés ainsi: Alors qu'il avait régulièrement accompli ses cours de répétition, l'auto J. n'a en revanche pas effectué ses tirs obligatoires des 1979 et s'est vu infliger pour cette raison les sanctions disciplinaires suivantes: en 1979, Fr. 40.- d'amende; en 1980, Fr. 100.- d'amende; en 1981, 3 jours d'arrêts de rigueur; en 1982, 5 jours d'arrêts de rigueur, et en 1983, 7 jours d'arrêts de rigueur. En 1984, J. a de nouveau fait défaut aux tirs obligatoires et ne s'est présenté non plus au cours de tir pour retardataires. Il en a fait de même en 1985. Une enquête ordinaire a été ouverte contre lui. Au cours de l'enquête, J. a expliqué qu'il n'accomplissait pas ses tirs obligatoires parce qu'il ne supportait pas nerveusement de tirer des coups de feu: «Les coups de feu me crispent et me font même transpirer tellement je suis tendu. Même dans la vie civile, tout claquement me fait sursauter». Devant le tribunal de division, J. a encore précisé: «Je reconnais une part de négligence dans mon comportement ... Je n'ai jamais refusé de faire du service militaire. En entrant en service en landwehr, j'irai avec l'intention de ne pas faire du tir». Les renseignements civils et militaires recueillis sur le compte de J. sont favorables. C.- Par jugement du 30 janvier 1986, le Tribunal de division IO A a reconnu J. coupable d'insoumission intentionnelle au sens de l'article 81, ch. 1, al. 2 du CPM et l'a condamné à une peine de 15 jours d'emprisonnement avec sursis pendant 3 ans, ainsi qu'aux frais de la cause fixés à Fr. 800.-. L'auditeur ayant appelé du jugement du Tribunal de division IO A, le Tribunal militaire d'appel I A, saisi du dossier, a ordonné une expertise psychiatrique. Dans son rapport, le Dr. D. retient que J. souffre d'une névrose

hystéro-phobique. Il conclut que cette névrose peut être assimilée, au sens de l'article 11 du CPM, à un développement mental incomplet et précise: «Ce développement mental incomplet n'est cependant pas de nature à atténuer la faiblesse d'apprécier le caractère illicite de l'acte. Par contre, ce développement mental incomplet est de nature à atténuer fortement la faiblesse de se déterminer d'après cette appréciation».

Nr. 111 376 En date du 18 décembre 1986, le Tribunal militaire d'appel a admis l'appel en libérant pénalement J. et en le condamnant à une peine disciplinaire. D. - J. s'est pourvu en cassation contre ce jugement. Il conclut à l'annulation du jugement du 18 décembre 1986, les frais étant mis à la charge de la Confédération. L'auditeur conclut au rejet du pourvoi. Extraits des motifs: Le pourvoi de J. a été déposé dans les formes et délais légaux. La voie de la cassation est ouverte contre les jugements des tribunaux militaires d'appel (art. 184, al. 1, let. a PPM) même s'ils libèrent pénalement l'accusé et le punissent disciplinairement. Le recourant se plaint d'une violation de la loi pénale au sens de l'art. 185, al. 1, let. d PPM. Des lors, son pourvoi est recevable. 2.- Dans son unique moyen, le recourant fait valoir que la punition disciplinaire de 12 jours d'arrêts de rigueur apparaît comme plus sévère que la sanction pénale de 15 jours d'emprisonnement avec sursis prononcée par le tribunal de division. Il considère des lors que le tribunal militaire d'appel a violé la loi pénale en prononçant une punition excessive et, par conséquent, arbitraire. En revanche, le recourant admet que c'est à juste titre que le tribunal militaire d'appel a retenu l'insoumission intentionnelle et qualifié le cas de peu de gravité. Ce moyen n'est pas fondé. Le jugement du Tribunal militaire d'appel I A est plus favorable au recourant que le jugement du Tribunal de division IOA contre lequel l'auditeur avait d'ailleurs interjeté appel. En effet, le jugement du tribunal militaire d'appel libère pénalement le recourant. Peu importe qu'il soit alors puni disciplinairement d'arrêts de rigueur. Il s'agit en effet d'une sanction disciplinaire et non plus d'une sanction pénale, même si cette dernière était assortie du sursis. Le recourant ne demande d'ailleurs pas à être condamné pénalement, ce qui à défaut de pourvoi de l'auditeur ne serait pas possible sans violer le principe de l'interdiction de la reformatio in peius. Des lors, il ne reste qu'à examiner le grief d'arbitraire invoqué par le recourant à l'égard de la punition disciplinaire de 12 jours d'arrêts de rigueur. Pour justifier sa décision, le tribunal militaire d'appel a tout d'abord considéré que le recourant n'avait pas agi dans le dessein de se soustraire au service militaire et qu'il s'était en conséquence rendu coupable d'insoumission intentionnelle. Il a ensuite retenu, sur la base de l'expertise psychiatrique, que la responsabilité de l'accusé était fortement restreinte, et estimé en tenant compte également des services accomplis et des bons renseignements recueillis sur le comportement de l'accusé dans la vie civile et militaire, qu'il fallait admettre le cas de peu de gravité, l'infraction pouvant être

377 Nr. 111 punie disciplinairement. Enfin, pour fixer le genre et la mesure de la sanction, le tribunal d'appel a retenu que l'accusé persistait dans son attitude coupable depuis 1979 malgré des sanctions toujours plus sévères prononcées à son encontre. Il en a conclu que la sanction devait tenir compte de sa persistance coupable et devait être de nature à l'inciter à surmonter les désagréments résultant pour lui des détonations. Une punition de 12 jours d'arrêts de rigueur lui est ainsi apparue comme adéquate. Ce raisonnement n'est certes pas à l'abri de critiques et on peut se demander si les juges d'appel n'ont pas été amenés à confondre la notion de cas de peu de gravité et la responsabilité restreinte de l'art. 11 du CPM. A vrai dire, le raisonnement des juges aurait dû procéder d'un ordre différent: considérant l'attitude persistante de l'accusé depuis 1979 et l'inefficacité des sanctions

disciplinaires prononcées pour l'empêcher de changer d'attitude, le tribunal militaire d'appel n'aurait pas dû considérer l'infraction comme un cas de peu de gravité. En conséquence, il aurait dû condamner le recourant pénalement pour insoumission intentionnelle et fixer une peine qui tienne compte de la responsabilité restreinte attestée par l'expertise psychiatrique. L'octroi du sursis aurait alors pu être envisagé, si le recourant s'était déclaré prêt à accomplir à l'avenir ses tâches obligatoires malgré son handicap psychique. Cependant, le Tribunal militaire de cassation ne peut pas corriger le jugement dans ce sens puisqu'il procéderait alors à une réformation in peius, c'est-à-dire aggraverait la peine du recourant. Des lors, le Tribunal militaire de cassation ne peut qu'examiner si le Tribunal militaire d'appel I A, en fixant une sanction disciplinaire de 12 jours d'arrêts de rigueur, a excédé son large pouvoir d'appréciation. Selon l'art. 181 a du CPM, le genre et la mesure de la sanction disciplinaire doivent être fixés en tenant compte des mobiles de l'auteur de l'infraction, de ses antécédents, de sa situation personnelle et de sa conduite au service militaire. En fixant une peine de 12 jours d'arrêts de rigueur, le tribunal militaire d'appel a tenu compte de ces éléments. Prenant en considération la récidive et la progression des sanctions intervenues et contre lesquelles le recourant n'a, semble-t-il, soulevé aucun grief, la sanction ne paraît pas excessive ou arbitraire. On pourrait tout au plus se demander si le Tribunal militaire d'appel I A n'aurait pas dû, là aussi, appliquer l'art. 11 CPM. Il ne l'a pas fait puisqu'il avait déjà appliqué cette disposition pour considérer le cas comme de peu de gravité. Cela ne signifie pas pour autant qu'il ait excédé son large pouvoir d'appréciation. Il n'a des lors pas violé la loi pénale. 3.- Il résulte de ce qui précède que le pourvoi en cassation doit être rejeté et les frais mis à la charge du recourant, en application de l'art. 193, al. 1 CPM. (11 septembre 1987, J.c. TMA I A)

Nr. 112 378 112. Greve de la faim lors d'un service d'avancement (art. 81, eh. 1, al. 1; art. 95, eh. 1, al. 1 CPM) Celui qui refuse de se nourrir afin de manifester son opposition contre un service d'avancement qu'il est forcé d'accomplir (mais qu'il accomplit néanmoins) ne se rend pas coupable de refus de servir, mais le cas échéant de mutilation, dans la mesure où la greve de la faim entraîne l'incapacité à accomplir le service en cause. Hungerstreik im Beförderungsdienst (Art. 81 Ziff. 1 Abs. 1, Art. 95 Ziff. 1 Abs. 1 MStG) Wer die Nahrungsaufnahme verweigert, um seinen Unwillen kund zu tun gegen einen Beförderungsdienst, den er gezwungenermassen (aber immerhin) leistet, macht sich nicht der Dienstverweigerung schuldig, sondern allenfalls der Verstümmelung, sofern der Hungerstreik die Unfähigkeit, den fraglichen Dienst zu leisten, bewirkt. Sciopero della fame nell'ambito di un servizio di avanzamento (art. 81 n. 1 epv. 1; art. 95 n. 1 cpv. 1 CPM) Chiunque rifiuta di nutrirsi per manifestare la sua opposizione ad un servizio di avanzamento al quale è costretto (ma è pur sempre compie), non si rende colpevole di rifiuto del servizio, ma eventualmente di mutilazione, nella misura in cui lo sciopero di Ua fame comporti l'incapacità a prestare il servizio in questione. Extrait des motifs: 2.- Par son unique moyen, l'auditeur fait valoir que le Tribunal militaire d'appel I A a tiré des faits, qui ne sont pas contestés, une conclusion juridique erronée en considérant qu'en entamant une greve de la faim, P. n'avait pas concrétisé son intention de refuser de servir et commis l'infraction réprimée par l'art. 81, eh. 1, al. 1 du CPM. Ce grief n'est pas fondé. L'art. 81 du CPM dispose que, pour qu'il y ait refus de servir ou insoumission intentionnelle, le coupable doit avoir désobéi à un ordre. Il faut donc non seulement l'intention, mais encore un acte bien déterminé (ATMC 9 no 63), caractéristique d'une désobéissance dont on peut inférer que l'auteur cherche, d'une manière générale, à se soustraire à ses obligations militaires (ATMC 10 no 17). La désobéissance peut aussi se manifester sous la forme d'une

omission, par une attitude passive (ATMC 8 no 52) mais qui suppose nécessairement que l'auteur ait reçu un ordre précis d'accomplir l'un des actes qu'implique la marche du service et auquel il n'aurait pas obtempéré. La seule intention, même proclamée à plusieurs reprises, de refuser tout service d'avancement et d'essayer par l'usage de tous les moyens légaux de parvenir à ce but n'est pas punissable si elle ne s'est pas manifestée par des actes ou omissions contrevenant aux exigences du service.

379 Nr. 112, 113 Or, si le règlement de service fixe des prescriptions particulières quant au comportement ou à la tenue, il ne pose aucune exigence au militaire en matière de subsistance, ne lui conférant que le droit d'être nourri (RS eh. 283). Le fait de s'abstenir de consommer toute nourriture ne constitue pas, en soi, une infraction aux prescriptions de service. Bien plus, il n'a pas été démontré que P. ait reçu l'ordre de prendre son repas de midi, à supposer qu'un tel ordre puisse être donné, le commandant d'école s'étant borné à l'informer qu'une greve de la faim devait être considérée comme un refus de servir et à le rendre attentif aux conséquences qui en résultaient.

E. 11

peut y avoir violation de dispositions essentielles de la procédure lorsque le procès-verbal rend de manière inexacte ou incomplète une déclaration devant le tribunal militaire d'appel. Il est cependant nécessaire que l'irrégularité ait été signalée au cours des débats: le recourant aurait dû s'enquérir du contenu du procès-verbal et signaler le cas échéant l'irrégularité. Verbalizzazione inesatta o incompleta quale violazione di disposizioni essenziali di procedura (art. 38 cpv. 1; art. 185 cpv. 1 lett. e e cpv. 2 PPM) Una violazione di disposizioni essenziali di procedura può essere data da una verbalizzazione inesatta o incompleta di una dichiarazione resa dinanzi a un tribunale militare di appello. L'irregolarità deve comunque essere rilevata durante il dibattimento. Il ricorrente avrebbe dovuto informarsi sul contenuto del processo verbale ed eventualmente sollevare delle eccezioni. Aus den Erwägungen: 2.- Der Beschwerdeführer greift die Erwägung als willkürlich an, er weigere sich, Militardienst zu leisten, indem er geltend macht, vor Militärappellationsgericht differenzierter ausgesagt zu haben, als es das Protokoll wiedergebe. Zwischen der Feststellung, der Beschwerdeführer weigere sich, Militardienst zu leisten, und dem Ergebnis des Beweisverfahrens (Art. 185 Abs. 1 lit. f MStP) besteht keinerlei Widerspruch. Der Beschwerdeführer hat bereits während der Voruntersuchung (pag. 18 und 20) sowie der Hauptverhandlung vor Divisionsgericht erklärt, künftigen Aufgeboten keine Folge mehr zu leisten, und vor Divisionsgericht zudem beigefügt, lieber gehe er ins Gefängnis (pag. 94). Anlässlich der Hauptverhandlung vor Militärappellationsgericht hat er dem Protokoll zufolge (pag. 88), welches diese Ergebnisse ausweisen muss (Art. 39 Abs. 1 MStP) und wie andere Einvernahmeprotokolle beweiskräftig ist (MKGE 4 Nr. 152 Erw. 11/2 und 3 Nr. 107 Erw. A), in der genau gleichen Weise ausgesagt. Der Beschwerdeführer beanstandet effektiv nicht einen zwischen tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils und dem Ergebnis des

391 Nr. 117 Beweisverfahrens vorhandenen Widerspruch, sondern eine unrichtige oder unvollständige Protokollierung seiner Äusserungen vor Militärappellationsgericht. Hierin liegt, da die Aussagen einvernommener Personen ihrem wesentlichen Inhalte nach zu protokollieren sind (Art. 38 Abs. 1 MStP), eine Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften während der Hauptverhandlung, durch die ihm angeblich ein Rechtsnachteil entstanden ist. Aus einem solchen Grunde kann die Kassation aber nur begehrt werden, falls der Mangel während der Hauptverhandlung gerügt worden ist (Art.

185 Abs. 2 MStP); das trifft nicht zu. Eine Beanstandung des Protokolls wäre entgegen MKGE 5 Nr. 24 möglich gewesen, hatte der Beschwerdeführer sich nach dessen Inhalt erkundigt, zumal es nach der unwiderlegten Darstellung des Gerichtsschreibers (pag. 177) in der Hauptverhandlung selber fortlaufend niedergeschrieben worden ist (MKGE 4 Nr. 152 Erw. 11/2). (27. November 1987, F. e. MAG 2B)

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