

## MKGE 11 Nr. 16

Mkg, 1989-06-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/mkg\\_MKGE\\_11\\_Nr\\_16](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/mkg_MKGE_11_Nr_16)

FR: ATMC 11 n° 16

IT: STMC 11 n. 16

### Erwägungen

#### E. 4

Bei diesem Ausgang des Verfahrens rechtfertigt es sich, die Kosten des Revisionsverfahrens je hälftig dem Bund und dem Gesuehsteller aufzuerlegen. (22. September 1988, Sch. e. Div Ger 11)

#### E. 9

Strafzumessung bei Ausreissen (Art. 83, Art. 44 MStG) · Für Ausreissen mag eine Gefängnisstrafe von ~lf Monaten an der oberen Grenze liegen, braucht aber unter Würdigung aller erheblichen Umstände - beispielsweise extrem egoistische Einstellung; provokatives, arrogantes und unkameradschaftliches Verhalten im Dienst; fehlende Einsicht und Reue; durch Vorstrafen getrübt Leumund - nicht willkürlich zu sein. Mesure de la peine en cas de désertion (art. 83, art. 44 CPM) En cas de désertion, si une peine d'emprisonnement de onze mois se situe sans doute à la limite supérieure, elle n'est cependant pas nécessairement arbitraire en tenant compte de l'ensemble des circonstances de l'espece, telles qu'une attitude d'égoïsme extrême, un comportement provocant, arrogant et sans esprit de camaraderie au ser-

vi,ce, le défaut de tout repentir ou une réputation ternie par des condamnations antérieures. Commisurazione de/la pena in caso di diserzione (art. 83, at. 44 CPM) Nel caso di diserzione, u na pena di detenzione di undici mesi potrebbe situarsi al limite superiore; non è comunque necessariamente arbitraria tenuto conto di tutte le circostanze rilevanti, quali un'attitudine estremamente egoistica, un comportamento in servizio provocatorio, arrogante e senza spirito di camerateria, come pure la mancanza di ogni segno di pentimento, o u na vita anteriore costellata di condanne . • Aus den Erwagungen: 2.d) Was der Beschwerdeführer ausgehend von einem behaupteten "gän-gigen Normalmass" der Strafe für Dienstverweigerung von 7 Monaten ausführt um darzutun, das Militärappellationsgericht 28 habe bei einer Überschreitung desselben um "nicht weniger als 58%" eine willkürlich harte Strafe ausgefällt, ist als im Ansatz verfehlt vom Militärkassationsgericht bereits mehrfach verworfen worden (MKGE 13.3.1985 i.S. K. und Q., sowie 16.6.1988 i.S. R., je E 2). Es erscheint, wie dort eingehend erörtert worden ist, mit einer auf Willkür beschränkten Kognitionsbefugnis und einem dadurch dem Sachrichter eröffneten weiten Ermessensspielraum grundsätzlich unvereinbar, dessen Strafkompetenz innerhalb des gesetzlichen Rahmens auf einen starren und eng begrenzten, bei mehrmonatigen Freiheitsstrafen eine Spanne von bloss zwei Monaten offen lassenden Bereich einzuengen und jede Strafe, die diesen überschreitet, kategorisch als willkürlich zu erklären, sofern nicht ausserordentliche Umstände gegeben sind. Die vorliegend ausgesprochene Gefängnisstrafe sprengt, selbst wenn im allgemeinen Strafen von 6-8 Monaten ausgesprochen werden, und sie mit

## E. 11

Fahrlässige Tötung im Zusammenhang mit Lastwagenunfall bei Besuchstag (Art. 120 MStG) · Garantenstellung des Schulkommandanten, der einen Besuchstag befehlt und dessen Durchführung wesentlich prägt. Ihm obliegt deshalb, die Zuschauer vor Gefahren der für diesen Besuchstag geplanten militärischen Demonstrationen durch geeignete Massnahmen zu schützen (E.1 und 2). Die Verantwortung des Schulkommandanten als eines Garanten umfasst jedoch keine Gefahrenerhöhungen, · mit denen er aufgrund seiner an ein nach bisheriger Erfahrung pflichtbewusstes und gehorsames Kader gerichteten Weisungen nicht rechnen musste (E.2 und 3). Hätte sich der eingetretene Unfall vermeiden lassen, wenn die klaren Weisungen des Schulkommandanten befolgt worden wären, so fehlt zwischen der dem Garanten gebotenen Handlung und dem Unfall der adäquate Kausalzusammenhang (E.3 und 4). · · Homicide par négligence dans le cas d'un accident de camion survenu une journée de visite (art. 120 CPM) Devoir juridique d'agir du commandant d'école, qui ordonne une journée de visite et détermine dans une large mesure son organisation. Des lors, il a l'obligation de protéger les spectateurs par des mesures appropriées contre les dangers résultant des démonstrations militaires prévues pendant cette journée de visite (consid. 1 et 2). Le devoir du commandant d'école de prendre des mesures ne s'étend pas cependant à une augmentation des risques, à laquelle il ne devait pas s'attendre eu égard aux instructions qu'il avait données à des cadres qui, selon l'expérience acquise précédemment, pouvaient être considérés comme respectueux des devoirs de service et obéissants (consid. 2 et 3). · S'il apparaît que l'accident survenu aurait pu être évité dans l'hypothèse où les instructions claires du commandant d'école auraient été respectées, il n'y a pas de rapport de causalité adéquate entre les mesures qui s'imposaient au commandant d'école, en tant que personne tenue de prendre des précautions appropriées, d'une part, et l'accident, d'autre part (consid. 3 et 4). Omicidio colposo in relazione con un incidente di camion nel corso di una giornata di porte aperte (art. 120 CPM) Posizione di garante del comandante di scuola che ordina una giornata di porte aperte e determina in larga misura la sua esecuzione. Da questo momento gli incombe l'obbligo di proteggere gli spettatori con misure appropriate contro i pericoli risultanti dalle dimostrazioni militari previste durante questa giornata delle porte aperte (cons. 1 e 2). 41

La responsabilità del comandante di scuola quale garante non si estende però ad un aumento dei rischi col quale non doveva calcolare, avuto riguardo alle istruzioni da lui date ai quadri, che secondo l'esperienza acquisita precedentemente potevano essere considerati obbedienti e rispettosi dei doveri di servizio (cons. 2 e 3). Qualora appaia che l'incidente capitato avrebbe potuto essere evitato se fossero state seguite le chiare istruzioni del comandante di scuola, viene a cadere il nesso causale adeguato fra le misure imposte al comandante di scuola quale garante da una parte e l'incidente dall'altra (cons. 3 e 4). Aus den Erwägungen: 1. Nach Art. 120 und 124 MStG ist mit Gefängnis oder mit Busse zu bestrafen, · wer fahrlässig den Tod eines Menschen verursacht bzw. fahrlässig einen Menschen an Körper oder Gesundheit schädigt. 1. Nach Rechtsprechung und Lehre können sowohl Tötungs- wie auch Körperverletzungsdelikte durch Unterlassung begangen werden, sofern die Unterlassung einer Person zuzuordnen ist, der Garantenstellung zukommt. Eine Garantenpflicht kann sich nicht nur aufgrund des Gesetzes oder eines besonderen Rechtsverhältnisses ergeben, sie ist nach der Rechtsprechung des MKG auch zu bejahen, wenn der Täter aufgrund einer besonderen Rechtsbeziehung verpflichtet ist, ein bestimmtes Rechtsgut gegen Gefahren zu schützen oder wenn er durch sein Verhalten eine Gefahr geschaffen oder vergrössert hat und deshalb gehalten ist, die zumutbaren Vorsichts- und

Schutzmassnahmen zu ergreifen (MKGE vom 27.2.1987 i.S. St. u.a., zur Veröffentlichung bestimmt mit weiteren Hinweisen; vgl. au eh BGE 108 IV 5 f E. 1 b). Strafbar macht si eh d er G-arant, wenn er di e gebotene Hand- lung unterlässt, obwohl di ese objektiv möglich (BGE 1 08 IV 6 E. 1 b), das heisst für den Täter überhaupt ausführbar und ·als solche erkennbar gewe- sen wäre. Die Gefahren, die durch die gebotene Handlung verhindert werden sollen, müssen somit nach dem normalen Lauf der Dinge zu erwarten sein. Insofern muss die gebotene Handlung zum verpönten und vermeid- baren Erfolg adäquat kausal sein. Dabei ist es nach der Rechtsprechung des MKG - in Übereinstimmung mit jener des Bundesgerichts - ohne Be- lang, ob das dann tatsächlich eintretende schädigende Ereignis in allen Einzelheiten zum voraus erkennbar ist. In die Vorausschau sind zwar auch entferntere Möglichkeiten des Lebensablaufes einzubeziehen, nicht aber bloss entferntere Zufälligkeiten, mit deren Eintritt vernünftige~eise nicht mehr gerechnet werden muss. In den zu erwartenden Ereignisablauf ist sodann auch das Verhalten Dritter einzubeziehen, es sei denn, es handle sich um ein derart aussergewöhnliches Verhalten, dass mit ihm nach dem gewöhnlichen Lauf.der Dinge nicht gerechnet werden muss (MKGE vom 42

27.2.1987 i.S. St. u.a.; MKGE 1984 Nr. 9; MKGE vom 12.2.1982 i.S. Th. E.; BGE·92 IV 87; vgl. auch Stratenwerth, A.T. 386 N. 37) .. 2. Die Vorinstanz hat die Garantenstellung von Oberst Gst K. bejaht, da er als Schulkommandant für den Besuchstag die Verantwortung getragen ha- be. Mit diesem Besuchstag seien tatsächlich besondere Gefahren der in Aussicht genommenen militärischen Demonstrationen eingeplant worden, vor denen die Zuschauer durch geeignete Massnahmen zu schützen ge- wesen seien. Dass Oberst i Gst K. am Besuchstag selber nicht mehr an- wesend war, ändere nichts an der Tatsache, dass er diesen Anlass befoh- len und in seiner Durchführung wesentlich geprägt habe. Der Stellvertreter von Oberst i Gst K. habe sich auf den konkreten Ablauf des vom Schul- kommandanten selber organisie.rten Besuchstages beschränken können. Das MAG 2A stellt zudem fest, dass durch Sicherheitsposten oder Absper- rungen hinreichende Sicherheitsdistanzen zum Übungsablauf hätten ge- währJeistet werden können, was mit hoher Wahrscheinlichkeit den tatsäch- lich eingetretenen schweren Unfall verhindert hätte. Es verneint indessen, dass Oberst i Gst K. aufgrund der gegebenen Umstände und der persönl- chen Erfahrungen und Fähigkeiten habe erkennen können, dass solche besonderen Sicherheitsmassnahmen geboten seien. Dieser habe sich nämlich darauf verlassen dürfen, dass alltägliche Gefahrensituationen von jedermann erkannt und gemieden werden. Das treffe auch für ordnungs- gemäss verkehrende schwere Militärfahrzeuge zu. Oberst i Gst K. habe davon ausgehen dürfen, dass diesbezüglich mit keinen besonderen Gefah- ren zu rechnen sei, da die Anfahrt nicht Gegenstand einer besorideren mili- tärischen Demonstration gebildet habe. Klarerweise sei denn auch die Weisung erteilt worden, wirkungsvolle und seriöse Arbeit zu leisten und blasse Blendeffekte (Show) zu vermeiden. Oberst i Gst K. habe somit auf eine angemessene Fahrzeuggeschwindigkeit zählen dürfen. Zudem habe er ganz kiar gefordert, dass die beiden Übungen zeitlich voneinander ge- trennt bleiben, so dass keine Ablenkung der Besucher eintrete. Aufgrund ' dieser Anordnungen habe sich der Schulkommandant darauf einstellen dürfen, das es einem nicht völlig unerfahrenen, vielmehr den Hauptmanns- grad abverdienenden Offizier gelinge, die erforderliche, schadensverflin- dernde Ordnung bei den Besuchern zu wahren. 3. Diese Betrachtungsweise des MAG 2A verstösst nicht gegen das Straf- gesetz. Z w ar trifft e s zu, das s e ine grössere Zuschauerzahl ni eh t lei eh t un- te r Kontrolle zu halten ist. Indessen ist auch eine beachtliche Besucher- menge in der Lage, sich auf gewöhnliche Betriebsrisiken von schweren Lastwagen einzustellen. Das erfordert allerdings, dass einerseits die Fahr-

weise jederzeit den Gegebenheiten angepasst bleibt und dass an derseits dem einzelnen Besucher und den Zuschauern insgesamt die Möglichkeit bleibt, sich auf die Anfahrt von schweren Fahrzeugen zu konzentrieren. 43

Oberst i Gst K. durfte aufgrund seiner Anordnungen davon ausgehen, dass diese Voraussetzungen für einen geordneten Übungsauflauf erfüllt werden. Er untersagte ja jede Art von Effekthascherei und bestand insbesondere auf einer klaren Trennung der beiden Übungen. Damit durften aus seiner nicht unbegründeten Sicht der Dinge tatsächlich die Voraussetzungen für eine angemessene Geschwindigkeit, für die Möglichkeit der Kontrolle dar- über und dafür, dass die zweite Übung erst beginne, wenn sich die Zuschauer ganz auf die Anfahrt der Fahrzeuge konzentrieren können, als gegeben angesehen werden. Demgegenüber sind beim konkreten Übungsablauf Gefahrenerhöhungen eingetreten, mit denen der verantwortliche Schulkommandant aufgrund seiner Anordnungen zuhanden eines grundsätzlich pflichtbewussten und gehorsamen Kadets nicht rechnen musste. Zum einen wurde am Samstagmorgen noch bei einem auf der konkreten Übungsstrecke als Motorfahrer geltenden Wehrmann, der bei den Protokolfahrten offensichtlich besonderer Mühe bekundete, auf eine erhöhte Geschwindigkeit hingewirkt, obwohl das Gegenteil angezeigt gewesen wäre. Vor allem aber ist entgegen den Weisungen des Schutzkommandanten nicht dafür gesorgt worden, dass der Ablauf der beiden Übungen völlig getrennt blieb bzw. der Beginn der zweiten Übung erst nach Abschluss der ersten und in der Gewissheit ausgelöst wurde, dass der Anweisung an die Besucher, die Fahrbahn für die herannahenden Fahrzeuge freizuhalten, nachgegeben wurde. Nachdem nun aber die tatsächlich getroffenen Vorkehrungen betreffend den Beginn der zweiten Übung die klar erkennbare und auch erkannte Absicht von Oberst i Gst K. zur Gewährleistung der erforderlichen Sicherheit offensichtlich gefährdeten, insbesondere deshalb, weil die Anfahrt der Fahrzeuge für die zweite Übung mit einer den Verhältnissen nicht angepassten Geschwindigkeit erfolgte, hatte der die gesamte Demonstration überwachende Kp Kdt wenigstens auf eine Unterbrechung der zweiten Übung hinwirken müssen. Dazu war der Kp Kdt nicht nur in der Lage, sondern auch verpflichtet, weil er sowohl die zeitliche Überschneidung der beiden Demonstrationen, als auch das Verhalten der Zuschauer zu beurteilen vermochte. Diese Gefahrenerhöhungen waren nun aber für Oberst i Gst K. nicht zum Voraus erkennbar.

4. Was der Auditor Div Ger 3 demgegenüber im einzelnen vorbringt, vermag nicht zu überzeugen. a) Soweit er auf mangelhafte Kontrollen seitens von Oberst i Gst K. bei der Ausführung seiner Anweisungen hinweist, legt er weder dar, um welche Art von Kontrollen es sich hätte handeln sollen, noch was sie gegen die dann erst am Besuchstag eingetretenen und vorher nicht voraussehbaren Gefahrenerhöhungen hätten ausrichten können. 44

b) Nicht zu einer Verhinderung des dann tatsächlich eingetretenen schweren Unfalls hätte eine Geländeinspektion nach dem vom Schulkommandanten bewilligten Wechsel des Übungsgeländes bzw. eine konkretere Absprache des Zuschauertraumes führen können. Nicht das Übungsgelände als solches und auch nicht die Anordnungen über den Übungsablauf, sondern die genannten, von Oberst i Gst K. weder gebilligten noch im Voraus erkennbaren Gefahrenerhöhungen führten schliesslich zum verpönten Erfolg bzw. Unglück. Die Feststellung der Vorinstanz, dass eine angepasste Geschwindigkeit der an der zweiten Übung beteiligten Fahrzeuge und eine hinreichende zeitliche Trennung bzw. ein nachträglich an Ort und Stelle verfügbarer teilweiser Übungsunterbruch zur Trennung der beiden Übungen durchaus ausreicht hätten, um die erforderliche Disziplin bei den

Zuschauern auf dem ihnen zugewiesenen Raum herbeizuführen, betrifft in erster Linie den Sachverhalt, den das MKG nur auf Willkür hin überprüfen kann (vgl. Art. 185 Abs. 1 Bst. f MSTG). Von solcher Willkür kann hier nicht die Rede sein. Die Unachtsamkeit gewisser Zuschauer und deren Unmöglichkeit, sich rechtzeitig in Sicherheit zu begeben, ist eben ganz wesentlich auf die Überschneidung der beiden Übungen zurückzuführen und sodann auf eine, unangemessene Fahrzeuggeschwindigkeit, die in Missachtung der Weisungen des Schulkommandanten erst am Samstagmorgen festgelegt wurde. (2. Dezember 1988, Aud. e. MAG 2A)

## E. 12

Entrée en matière sur un recours tardif contre le refus du relief: droit d'être renseigné sur les voies de recours; ~observation du délai /ors- qu'un écrit est adressé à un service ou office suisse (art. 197 al. 1, art. 195 lettre d PPM; art. 42 al. 1, art. 152 al. 3 PPM; art. 46 al. 3 PPM) Au vu de circonstances particulières, il peut être justifié d'entrer en matière sur un recours tardif. Telle est le cas lorsque le refus du relief a été notifié sans indication des voies de recours, ni dans la décision elle-même ni dans une notice d'accompagnement, ou lorsque le condamné choisit par erreur la voie du pourvoi en cassation et qu'il est conforté dans son erreur par la fixation, par le tribunal, d'un délai pour motiver son pourvoi, délai -qu'il respecte par la suite (consid. 1 et 2). Les art. 42 al. 1 et 152 al. 3 PPM sont des cas particuliers du principe général du droit d'être renseigné sur les moyens de droit, ce principe étant également applicable dans le cas du refus du relief (consid. 2). 45

les termes "un service ou office suisse" de l'art. 46 art. 3 PPM visent non seulement les autorités fédérales, mais toute autorité suisse, y compris cantonale ou communale (consid. 3). Eintreten auf einen verspäteten Rekurs gegen die Verweigerung der Wiederaufnahme des Verfahrens, Anspruch auf Rechtsmittelbelehrung; Fristenwahrung durch Einreichen schriftlicher Eingaben an schweizerische Dienst- oder Amtsstellen (Art. 197 Abs. 1, Art. 195 Bst. d MSTP; Art. 42 Abs. 1, Art. 152 Abs. 3 MSTP; Art. 46 Abs. 3 MSTP) Besondere Umstände können rechtfertigen, auf einen verspäteten Rekurs einzutreten, beispielsweise: wenn die Verweigerung der Wiederaufnahme des Verfahrens weder mit Rechtsmittelbelehrung eröffnet wurde noch selber eine Rechtsmittelbelehrung enthält, der Verurteilte irrtümlicherweise eine Kassationsbeschwerde anmeldet und in seinem Irrtum dadurch bestärkt wird, dass ihm gerichtsseitig eine Frist zur Begründung der Kassationsbeschwerde angesetzt wird, die er in der Folge einhält (E.1 und 2). Art. 42 Abs. 1 und Art. 152 Abs. 3 MSTP konkretisieren den allgemeinen Grundsatz des Anspruchs auf Rechtsmittelbelehrung, der auch bei der Verweigerung der Wiederaufnahme des Verfahrens gilt (E.2). Zu den "schweizerischen Dienst- oder Amtsstellen" im Sinn von Art. 46 Abs. 3 MSTP gehören neben den Dienst- und Amtsstellen des Bundes auch jene der Kantone und Gemeinden (E.3). Entrata in materia su un ricorso contro il rifiuto di revoca di una sentenza contumaciale: diritto all'indicazione dei rimedi giuridici; rispetto dei termine con l'invio di scritti. a un servizio o ad un ufficio svizzero (art. 197 cfr. 1, art. 195 lett. d PPM; art. 42 cfr. 1, art. 152 cfr. PPM; art. 46 cfr. 3 PPM) Circostanze particolari possono giustificare l'entrata in materia su un ricorso tardivo, ad esempio quando il rifiuto della revoca della sentenza contumaciale sia stato notificato senza l'indicazione dei rimedi giuridici, né nella decisione stessa, né in una nota d'accompagnamento, oppure quando il condannato annunci erroneamente un ricorso per cassazione e venga confortato nel suo errore dalla fissazione di un termine per la motivazione del suo gravame, rispettando quindi lo stesso termine (cons. 1 e 2). Gli art. 42 cfr. 1 e 152 cfr. 3 PPM concretizzano il principio

generale del diritto di essere informato sui rimedi giuridici, valido pure nel caso di rifiuto della revoca di una sentenza contumaciale (cons. 2). I termini "un servizio o un ufficio svizzero" ai sensi dell'art. 46 cfr. 3 PPM comprendono accanto a quelli della Confederazione, i servizi e gli uffici cantonali e comunali (cons. 3). - 46

Extraits des motifs: 1. La décision attaquée a pour objet le refus du relief. Selon l'article 195, lettre d PPM, la voie du recours au Tribunal militaire de cassation est ouverte contre une telle décision. Il ne s'agit cependant pas du pourvoi en cassation au sens des articles 184 et suivants PPM. Un recours au Tribunal militaire de cassation contre une décision refusant le relief doit être déposé par écrit, avec motifs et conclusions, auprès du tribunal qui a statué, dans les 20 jours dès la communication écrite de la décision attaquée (art. 197, al. 1 PPM). En l'espèce, le jugement entrepris, du 11 septembre 1987 a été envoyé par pli daté du 21 janvier 1988 et le recours daté du 25 mars 1988 apparaît tardif et devrait donc en principe être déclaré irrecevable. 2. Il se pose toutefois dans le cas d'espèce un problème particulier. Immédiatement après le prononcé de la décision attaquée, le recourant, par l'entremise de son avocat, a adressé une lettre, datée du 14 septembre 1987, à l'autorité qui avait statué. Dans cette lettre, G. exprime clairement la volonté de recourir contre la décision et sollicite un délai pour motiver son appel. Cependant, il est manifeste que G. faisait une confusion entre l'appel ordinaire et le recours selon l'article 195 PPM. En présence d'une erreur manifeste sur la voie de recours et d'une demande de délai, on peut se demander si l'on ne pouvait pas exiger de l'autorité qu'elle réponde à la requête qui lui était adressée. Il aurait été facile d'indiquer que la décision pouvait faire l'objet d'un recours au Tribunal militaire de cassation en application de l'article 195 lettre d PPM et que le recours devait être déposé dans la forme et le délai prévus par l'article 197, al. 1 PPM. En envoyant ensuite la décision attaquée au justiciable, en date du 21 janvier 1988, l'autorité a précisé que le dossier avait été transmis au Tribunal militaire d'appel et que la notification intervenait conformément à l'article 176 PPM. Par cette communication, l'autorité a conforté le justiciable dans son erreur, lui donnant à croire que la voie de recours était bien l'appel ordinaire et qu'il n'avait rien à entreprendre dans l'immédiat. Certes, l'autorité n'a pas agi malicieusement: elle était elle-même dans l'erreur. En présence toutefois d'une erreur commune à l'autorité et au justiciable, on peut se demander, sous l'angle du principe de la bonne foi due par l'administration, si une déclaration d'irrecevabilité est acceptable dans ces circonstances. En outre, il convient de se demander si l'autorité n'avait pas l'obligation de renseigner G. sur les voies de recours. Si l'on considère le refus du relief comme un jugement, l'article 152, al. 3 PPM oblige le président à informer les parties de la voie de recours à l'issue de l'audience. Or, selon le pro-

cess-verbal de l'audience du 11 septembre 1987, le président n'avait pas donné cette information. Si, au contraire, on devait considérer qu'il ne s'agit pas d'un jugement, mais d'une décision, celle-ci devrait indiquer par écrit la voie, l'autorité et le délai de recours. (art. 142, al. 1 PPM). Il est vrai, toutefois, que l'obligation d'indiquer la voie de recours n'est pas prévue spécialement pour le refus du relief, mais on peut considérer, selon la systématique de la loi, qu'il s'agit d'un principe général. En l'espèce, le recourant, agissant par l'entremise de son avocat, a manifesté par lettre du 14 septembre 1987 la volonté d'attaquer la décision du 11 septembre 1987: on ne saurait dès lors lui reprocher d'avoir tardé à se manifester. Certes, le recourant s'est trompé sur la voie de recours, ce qui explique qu'il n'ait pas procédé conformément à l'article 197, al. 1 PPM. Cependant, si l'on a pas donné au recourant les informations auxquelles il avait droit, on ne peut pas lui

reprocher de les avoir ignorées .. Le défaut d'indication des voies de recours ne doit pas désavantager le justiciable. Cela vaut d'autant plus lorsqu'une prise de position de l'autorité le conforte dans son erreur. Dans ces conditions, le recours de G. est recevable en la forme.

3. Par son unique moyen, le recourant fait valoir qu'il était désormais établi, par les pièces produites en date du 12 octobre 1987, que G. avait effectivement adressé une lettre, en date du 24 février 1986, au "Tribunal de Rolle", déclarant recourir contre le jugement par défaut du 6 décembre 1985, qui lui avait été notifié le 17 février 1986. Il conclut à ce que la décision du 11 septembre 1987 refusant le relief du jugement précité soit mis à néant et que la cause soit renvoyée au Tribunal de division 2 pour statuer à nouveau. Ce moyen est fondé. L'article 197, al. 2 PPM déclare applicable par analogie l'article 182 PPM, de sorte que le Tribunal militaire de cassation peut revoir librement la cause en fait et en droit, sans être lié par les conclusions des parties (sous réserve de l'interdiction de la reformatio in peius). Le tribunal peut donc connaître de faits, de moyens de preuve ou d'arguments juridiques nouveaux. En conséquence, les nouveaux moyens de preuve apportés devant le Tribunal militaire de cassation sont recevables. Le recourant a été condamné par défaut le 6 décembre 1985 et le jugement lui fut notifié le 17 février 1986. Selon l'article 156 al. 1 PPM, il pouvait en demander le relief dans les 10 jours. Il a établi par pièces qu'il en avait effectivement demandé le relief par lettre déposée dans un bureau de poste suisse en temps utile, soit le 24 février 1986. Cependant, la demande de relief, adressée au "Tribunal de Rolle", était mal dirigée. 48

Lorsqu'un écrit est adressé à un service ou office suisse incompétent avant l'expiration du délai, celui-ci est considéré comme observé; l'écrit doit être immédiatement transmis à l'autorité compétente (art. 46, al. 3 PPM) .. Les termes "un service ou office suisse" ont pour but de faire la distinction par rapport aux autorités étrangères. L'adjectif "suisse" n'est pas synonyme de "fédéral" et n'a donc pas pour but d'exclure les autorités cantonales ou communales. Dès lors, le recourant ayant agi en temps utile auprès d'un service officiel cantonal, il est réputé avoir respecté le délai qui lui a été imparti, quand bien même ce service était incompétent. Il est vrai que sa lettre ne comportait pas de mention permettant d'identifier la cause, de sorte que l'on ne peut pas faire de reproches au greffe du Tribunal de district de Rolle. On ne saurait pour autant en conclure que la demande de relief est irrecevable .. En effet, l'article 156, al. 1 PPM est extrêmement large en ce qui concerne la forme des demandes de relief. Il précise que la demande n'a pas à être motivée et qu'elle peut être faite par écrit ou oralement. Il n'est pas exigé de joindre une copie de la décision attaquée, ni même de la mentionner de manière précise et exacte. Il ne saurait être question de créer, par voie jurisprudentielle, des conditions de recevabilité qui n'ont pas été voulues par le législateur. Dès lors que le recourant a manifesté, en temps utile, auprès d'une autorité suisse, son désaccord avec le jugement rendu par défaut, sa demande de relief remplit les conditions posées par l'article 156, al. 1 PPM. (2 décembre 1988, G. e. Trib Div 2)

### **E. 13**

Une demande de révision n'est pas recevable dans le cas d'une procédure disciplinaire et des décisions s'y rapportant (art. 200 al. 1 PPM) Les décisions disciplinaires et les décisions procédurales s'y rapportant ne sont ni des ordonnances de condamnation ni des jugements au sens de l'art. 200 al. 1 PPM; dès lors, elles ne peuvent pas faire l'objet d'une demande de révision. Keine Revision gegen Disziplinarverfügungen und -entscheide (Art. 200 Abs. 1 MStP) Disziplinarverfügungen und Rechtsmittelentscheide hierüber sind weder

Strafmandate noch Urteile im Sinn von Art. 200 Abs. 1 MStP, weshalb gegen sie die Revision nicht verlangt werden kann. 49

Inammissibilità di una domanda di revisione contro decisioni nell'ambito disciplinare (art. 200 cfr. 1 PPM) . Le decisioni disciplinari e le decisioni procedurali nell'ambito disciplinare non costituiscono né decreti d'accusa né sentenze ai sensi dell'art. 200 cfr. 1 PPM; contro le stesse non è pertanto possibile proporre una domanda di revisione Extrait des motifs: . 2. Z. a par ailleurs présenté une demande de révision, dont il convient d'examiner la recevabilité. Sous l'empire de l'OJPPM, il avait été jugé que la voie de la révision n'était pas ouverte à l'encontre d'une décision par laquelle le tribunal prononce une peine disciplinaire (ATMC vol. 8 no 10, p. 13). Les considérants de la décision retenaient alors que: "Secondo l'art. 199 OGPM il rimedio della revisione è possibile soltanto in relazione a una procedura giudiziaria militare terminata con una sentenza passata in giudicato". Dall'art. 160a feg. cit. si evince che, nei casi da esso contemplati, la procedura giudiziaria militare vera e propria termina con l'assoluzione dell'imputato da ogni accusa di crimine o delitto. La successiva decisione, che lo punisce disciplinarmente, è una semplice sanzione disciplinare e non una "sentenza" ai sensi dell'art. 199 OGPPM .(Häfliger, Kommentar zur Militärstrafgerichtsordnung, no 6 all'art. 160a). Già per questa ragione la procedura non può venire riassunta in via di revisione. All'interna differenza tra la sentenza penale e la decisione disciplinare nulla muta il fatto che, formalmente, esse sono congiunte in un medesimo atto (AGPPM 160a)." L'OJPPM a été remplacée par la Procédure pénale militaire (PPM) dès le 1<sup>er</sup> janvier 1980. Aux termes de l'art. 200 PPM, le condamné peut demander, lorsque les motifs en sont réunis, la révision d'une ordonnance de condamnation ou d'un jugement exécutoire. Selon la jurisprudence, les jugements susceptibles de révision sont: les jugements au fond, les décisions judiciaires postérieures au jugement au fond, les ordonnances de condamnation et les décisions à caractère pénal (ATMC 1986 no 13). La PPM n'a pas étendu, expressis verbis, la faculté de demander la révision à la suite d'une procédure disciplinaire. Il n'y a aucune raison de s'écarter de la jurisprudence rendue sur cette question du temps de l'OJPPM. En effet, l'opinion soutenue jusqu'à ce jour par le Tribunal militaire de cassation, selon laquelle la procédure disciplinaire, quel que soit le domaine 50

considéré, ne fait pas partie du droit pénal stricto sensu, est conforme tant à la doctrine qu'à la jurisprudence du Tribunal Fédéral (ATF 97 I 831; Fleiner/Giacometti, Bundesstaatsrecht, p. 691; Germann, Commentaire du Code pénal, note 3 des remarques préliminaires aux art. 1 à 100; de Montmolin, La révision pénale selon l'art. 397 CPS et les lois vaudoises, thèse Lausanne 1981, p. 63). Les sanctions qui visent à maintenir l'ordre et la discipline à l'intérieur du cercle des personnes soumises au droit disciplinaire ne sont pas des peines au sens du droit pénal. La voie de la révision, si elle n'est ainsi pas ouverte contre les décisions disciplinaires. Cette solution est en accord avec l'art. 213 al. 5 CPM selon lequel la décision sur recours disciplinaire prise par le tribunal est définitive. Elle correspond en outre à la volonté du législateur de régler l'ensemble du droit disciplinaire, y compris la procédure le concernant, dans le Code pénal militaire (ATMC 1981 no 2, avec référence au Bulletin sténographique du Conseil national). Il s'ensuit que le recours du t. Z. est également irrecevable en tant qu'il demande la révision de la décision disciplinaire du 22 juin 1988. (2 décembre 1988, Z. e. TMA 1A)

Verletzung des Strafgesetzes und Fehlen hinreichender Entscheidungsgründe bei der Strafzumessung (Art. 185 Abs. 1 Bst. d und e MStP; Art. 44 M.StG) Überschreitet ein Gericht ohne zusätzliche Begründung das übliche Strafmass, so erweist sich die ausgesprochene Strafe als willkürlich hart und verletzt damit das Strafgesetz.

Demgegenüber bildet das Fehlen hinreichender Entscheidungsgründe einen vom Ergebnis materieller Prüfung unabhängigen Mangel, der selbständig und vorweg zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führt: nämlich dann, wenn die Entscheidungsgründe nicht hinreichen, um den Parteien die Überlegungen des Gerichts bekanntzugeben und einer Rechtsmittelinstanz zu ermöglichen, sie nachzuprüfen. Violation de la /oi pénale et défaut d'une motivation suffisante en ce qui concerne la fixation de la quotité de la peine {art. 185 al. 1 litt. d et e PPM; art. 44 CPM) Lorsqu'un tribunal dépasse sans motivation particulière la mesure usuelle de la peine, la peine ainsi prononcée doit être considérée comme arbitrairement sévère et viole des lors la loi pénale. En revanche, le défaut d'une motivation suffisante du jugement constitue un 51

·grief indépendant du résultat de l'examen quant au fond, et entraîne à lui seul et d'emblée la cassation du jugement entrepris: teJ est le cas lorsque les motifs du jugement ne sont pas suffisamment explicites afin que les parties soient à même de prendre connaissance de l'ap"" pré-iation juridique portée par le tribunal et que l'instance supérieure saisie d'un moyen de droit puisse. contrôler si cette appréciation est correcte. Violazione de/la /egge pena/e e mancanza di sufficiente ·motivazione ne/la commisurazione de/la pena (art. 185 cfr. 1 lett. d e e PPM; art. 44 CPM) . Quando un tribunale sorpassa senza motivazione particolare la misu- ra usuale della pena, quella pronunciata deve essere considerata arbitrariamente severa e viola pertanto la legge penale. Per contro, la mancanza di una sufficiente ~otivazione del giudizio costituisce un gravame indipendente dai risultati dell'esame materiale, il quale da solo e d'acchito porta all'annullamento del ·giudizio impugnato: se- . gnatamente quando i motivi del giudizio non sono sufficienti a porta- re a conoscenza delle parti l'apprezzamento operato dai tribunale e a permettere il riesame da parte dell'istanza di ricorso. Aus den EJWägungen: 1. San Sdt H. macht geltend, der angefochtene Entscheid enthalte keine hinreichenden Entscheidungsgründe (Art. 185 Abs. 1 lit. e MStP). Er be- gründet seine Ansicht im wesentlichen damit, es fehle an einlä~slichen und sorgfältigen Ausführungen über die nach seinem Dafürhalten besonders streng ausgefallene Strafe; namentlich sei nicht ersichtlich, weshalb der zu beurteilende Fali viel gravierender sein solle als ei n normaler. Der Einwand ist unbehelflich. Fehlt eine zusätzliche Begrün\_ dung in einem Fali, in welchem sich das Urteil vom üblichen Strafmass entfernt; so er- weist sich die ausgesprochene Strafe als willkürlich hart und verletzt damit das Strafgesetz (MKGE 9 Nr. 53). Gemäss ständiger Rechtsprechung des Militärkassationsgerichtes ist das Urteil in solchen Fällen aus materiellen Gründen (Art. 185 Abs. 1 .lit. d MStP) aufzuheben. Unzulängliche Entschei- dungsgründe stellen demgegenüber einen vom Ergebnis materieller Prü- fung unabhängigen formellen, aufgrund von Art. 185 Abs. 1 lit. e MStP selbständig und vorweg zur Aufhebung führenden Mangel dar (MKGE vom 22.9.1988 i.S. St. E. 1; MKGE vom 19.9.1986 i.S. H. E. 1). Das Militärappellationsgericht 28 hat sich in seinen Erwägungen eingehend zu den Gründen der bereits vor ihm einzig beanstandeten Strafzumessung geäu- ssert; anhand dieser vermochte der Beschwerdeführer die Strafe ohne wei- teres als rechtsverletzend anzufechten. Das Militärkassationsgericht ist ebenso in der Lage, die vorgenommene Gesetzesanwendung nachzuprü- 52

fen. Damit ist dem Erfordernis hinreichender Entscheidungsgründe Genüge getan (MKGE 11 Nr. 9). (17. März 1989, H.c. MAG 28)

## E. 15

Ausschluss aus der Armee a/s Entgegenkommen gegenüber dem Gewissenstäter (Art. 81 Ziff. 2 Abs. 1 MStG) Der Ausschluss aus der Armee bedeutet {auch} ein Entgegenkommen gegenüber dem Gewissenstäter; wird dieses nicht gewährt, so ist er beschwert und insofern zur Appellation oder Kassationsbeschwerde legitimiert. Denn durch den Ausschluss aus der Armee soll dem in seiner Überzeugung gefestigten Gewissenstäter der Konflikt zwischen zwanghaft wirkender persönlicher Überzeugung einerseits und vollem Bewusstsein der mit dieser Überzeugung unvereinbaren staatsbürgerlichen Pflichten andererseits fortan erspart bleiben. Exclusion de l'armée en tant que mesure prise dans l'intérêt de l'objecteur de conscience {art. 82 eh. 2 al. 1 CPM} L'exclusion de l'armée représente (également) une mesure prise dans l'intérêt de l'objecteur de conscience; des lors, si cette mesure n'est pas accordée, l'objecteur se trouve grevé et il a qualité pour interjeter appel ou pour former un pourvoi en cassation. En effet, l'exclusion de l'armée vise à épargner d'ordinaire, à l'objecteur de conscience dont les convictions sont affermissées, le conflit entre les effets contraignants de sa conviction personnelle, d'une part, et la pleine conscience de ses devoirs de citoyen incompatibles avec cette conviction, d'autre part. Esclusione dall'esercito quale misura in favore dell'obiettore di coscienza (art. 81 cfr. 2 cpv 1 CPM) L'esclusione dall'esercito rappresenta anche una misura in favore dell'obiettore di coscienza; se non viene pronunciata l'obiettore è legittimato a ricorrere in appello o in cassazione. In effetti, l'esclusione dall'esercito mira a risparmiare in seguito all'obiettore di coscienza, le cui convinzioni sono radicate, il conflitto fra gli effetti che lo costringono nella sua convinzione personale da una parte e la piena coscienza dei suoi doveri di cittadino, incompatibili con questa convinzione, dall'altra. 53

Aus den Erwägungen: 3. Im Unterschied zum Ausschluss aus der Armee im Sinn von Art. 36 Abs. 2 MStG bedeutet nach gesetzlicher Wertung der Ausschluss im Sinn von Art. 81 Ziff. 2 Abs. 1 Satz 2 MStG für den Verurteilten nicht nur Strafe, sondern auch Entgegenkommen (Lauri, Kommentar, N 82 zu Art. 81 MStG). Wird dieses ihm nicht gewährt, so ist er beschwert und damit zur Appellation oder Kassationsbeschwerde legitimiert (MKGE 9 Nr. 40 und 8 Nr. 43). Eine besondere gesetzliche Grundlage des Ausschlusses von Dienstverweigerern aus Gewissensgründen aus der Armee drängte sich auf, weil Art. 36 Abs. 2 MStG die Verurteilung zu einer Gefängnisstrafe voraussetzt. Nach klarem Wortlaut verlangen indes weder Art 36 Abs. 2 noch Art. 81 Ziff. 2 Abs. 1 MStG eine zu vollziehende Freiheitsstrafe. Diesen Standpunkt vertritt jedoch die Vorinstanz, wenn sie den Nichtausschluss aus der Armee damit begründet, der Verurteilte könne andernfalls in den Genuss einer gegenüber vergleichbaren Fällen von Dienstverweigerung in Gewissensnot sachlich nicht zu rechtfertigenden doppelten Privilegierung: nämlich des Ausschlusses aus der Armee und der Gewährung des bedingten Strafvollzuges. Soweit der Ausschluss aus der Armee im Sinn von Art. 36 Abs. 2 MStG im freien Ermessen des Sachrichters liegt, hat sich dieser im allgemeinen an zwei Gesichtspunkte zu halten: ob der Verurteilte unwürdig sei, weiterhin der Armee anzugehören; sodann ob er für die Armee {noch} tragbar sei. Unter dem zweiten Gesichtspunkt erscheint regelmässig der Ausschluss aus der Armee geboten, wenn anzunehmen ist, dass der Verurteilte seine Haltung in absehbarer Zeit nicht ändern, sein Verbleiben in der Armee deren Organisation demnach ungebührlich belasten werde (MKGE 9 Nr. 144, E.4). Beim Ausschluss aus der Armee nach

Art. 81 Ziff. 2 Abs. 1 Satz 2 MStG kommt ein dritter Gesichtspunkt hinzu: das bereits bei der Legitimationsfrage erwähnte Entgegenkommen des Gesetzgebers gegenüber dem in seinen Überzeugungen gefestigten Gewissenstater (MKGE 8 Nr. 43, E.5), dem der Konflikt zwischen zwanghaft wirkender persönlicher Überzeugung einerseits und vollem Bewusstsein der mit dieser Überzeugung unvereinbaren staatsbürgerlichen Pflichten andererseits (MKGE 1 O N r. 64, E.1) fortan erspart bleiben soll. Darüber hat sich die Vorinstanz nicht ausgesprochen. Massgebend für sie war die Überlegung, mit dem Ausschluss aus der Armee werde der Beschwerdeführer grundlos bessergestellt, weil er bereits in den Genuss des bedingten Strafvollzugs komme. Letzteres hätte sich jedoch vermeiden lassen, wenn der Auditor unter Hinweis auf die gefestigte Rechtsprechung gegen die erstinstanzliche Gewährung des bedingten Strafvollzugs appelliert hätte. Das von der Vorinstanz hervorgehobene Gebot der Rechtsgleichheit verlangt (und erlaubt) keine gesamthafte Gegenüberstellung vergleichbarer Fälle. Weil die Vorinstanz vom Ausschluss des Verurteilten 54

aus der Armee aus Gründen abgesehen hat, die das Strafgesetz nicht kennt, hat sie dieses verletzt; ihr Urteil ist daher aufzuheben und die Sache im Sinn der Erwägungen an sie zur Neuurteilung zurückzuweisen. (15. Juni 1989, K. e. MAG 28)

#### **E. 16**

Rekurs gegen den Entscheid, eine aufgeschobene Strafe vollstrecken zu lassen, weil eine angeordnete Massnahme nicht durchgeführt werden konnte (Art. 195 MStP; Art. 30b MStG i.V.m. Art. 44 StGB) Zu den nicht abschliessend aufgezählten Kategorien rekursfähiger Entscheide gehört auch der Entscheid, eine aufgeschobene Strafe zu vollstrecken, weil eine angeordnete Massnahme nicht durchgeführt werden konnte. Bei Kostenrekursen kann der Rekurrent auch eine Verschlechterung seiner finanziellen Verhältnisse geltend machen, die nach der Verurteilung (die den angefochtenen Kostenspruch nach sich zog) eingetreten ist, und entsprechende neue Tatsachen vorbringen. Ob im Rekursverfahren ganz allgemein neue Tatsachen vorgebracht werden dürfen, ist damit nicht entschieden (und brauchte im konkreten Fall nicht entschieden zu werden: der Rekurrent hatte behauptet, das durch die gerichtlich angeordnete, erfolglos gebliebene Alkoholkur angestrebte Ziel anderweitig erreicht zu haben, was jedoch nicht zutrifft). *Recours contre la décision d'ordonner l'exécution d'une peine assortie du sursis, lorsqu'une mesure imposée n'a pas pu être exécutée* (art. 195 PPM; art. 30 b CPM en liaison avec l'art. 44 CPS) La décision ordonnant l'exécution d'une peine assortie du sursis, pour le motif qu'une mesure imposée n'a pas pu être exécutée, entre dans le cadre de la liste non exhaustive des catégories de décisions susceptibles de recours. En matière de recours pour les frais, le recourant peut aussi faire valoir une détérioration de sa situation financière intervenue postérieurement à la condamnation (qui avait donné lieu à la décision contestée sur les frais) et invoquer à cet égard des éléments nouveaux. Demeure réservée la question de savoir si, de manière générale, des faits nouveaux peuvent être invoqués dans la procédure de recours (du reste, la question n'avait pas à être tranchée en l'espace: le recourant avait soutenu qu'il avait atteint par ailleurs le résultat visé par la cure de désintoxication de l'alcool imposée par le jugement et demeurée sans succès; or, tel n'était pas le cas). 55

*Ricorso contro la decisione di ordinare l'esecuzione di una pena sospesa condizionalmente, poiché una misura di sicutezza non ha potuto essere eseguita* {art. 195 PPM; art. 30 b CPM in relazione con l'art. 84 CPS) la decisione che ordina l'esecuzione di

una pena sospesa condizionalmente, poiché una misura di sicurezza non ha potuto essere eseguita, entra nella categoria delle decisioni che possono essere impugnate mediante ricorso. In materia di ricorso sulle spese, il ricorrente può anche far valere un peggioramento delle sue condizioni finanziarie intervenuto dopo la condanna (che aveva dato luogo alla decisione contestata sulle spese) e invocare pure nuovi elementi. Rimane aperta la questione della possibilità in generale nella procedura di ricorso, di allegare fatti nuovi (nel presente caso la questione non ha dovuto essere decisa: il ricorrente aveva sostenuto di aver raggiunto altrimenti lo scopo perseguito con la cura di disintossicazione dall'alcool imposta dalla sentenza, ciò che però non era il caso). Aus den Erwägungen: 2. Gemäss Art. 195 Bst. a MStP ist der Rekurs gegen einen Entscheid zulässig, mit welchem nach dem Vollzug sichernder Massnahmen die Vollstreckung aufgeschobener Strafen angeordnet wird. In hier zu beurteilenden Fällen konnte die vom Divisionsgericht 7 angeordnete Massnahme, die zum Aufschub der Haftstrafe führte, nicht durchgeführt werden. Dennoch ist vom Zweck der Gesetzesbestimmung her klar, dass auch unter diesen Umständen der Rekurs offensteht. Die Aufzählung der einzelnen Kategorien von rekursfähigen Entscheiden in Art. 195 Bst. a MStP ist nicht abschliessend; der Gesetzgeber hat dies mit der Wendung, 'namentlich in folgenden Fällen', zum Ausdruck gebracht (vgl. hierzu auch Jürg Neumann, Zur Abgrenzung der Rechtsmittel im revidierten militärischen Strafprozess, in SJZ 1982, S. 344 und die dort zitierte Rechtsprechung des MKG). 13. Mit dem Rekurs wird im wesentlichen geltend gemacht, die richterlich angeordnete Alkoholentwöhnungsmassnahme sei zwar am persönlichen Verhalten, d.h. am Widerstand von Mittr. B. gescheitert, indessen habe sich dieser unmittelbar nach dem Entscheid des Divisionsgerichtes 7 vom 15. November 1988, worin der Misserfolg der richterlichen Massnahme festgestellt worden sei, selber freiwillig einer Alkoholentwöhnungskur unterzogen. Damit soll offensichtlich auch gesagt sein, auf die näheren Umstände, bzw. die fremdbestimmte oder freiwillige Grundlage einer solchen Entwöhnungskur könne letztlich nichts ankommen. Es müsse vielmehr allein die Tatsache massgebend bleiben, dass eine solche wirklich durchgeführt worden sei. In diesem Sinne wird der vom Divisionsgericht 7 festgestellte Misserfolg der richterlich angeordneten Massnahme in Zweifel gezogen. 56

4. Es ist offensichtlich, dass sich der Rekurrent bei seinem Vorbringen auf neue Tatsachen stützt, die dem Divisionsgericht 7 noch gar nicht zugänglich waren. Nun trifft es zu, dass die konstante Rechtsprechung des MKG<sup>3</sup> im Falle des Kostenrekurses davon ausgeht, der Rekurrent könne sich auch auf eine nachträgliche Verschlechterung seiner finanziellen Verhältnisse berufen und diesbezüglich neue Tatsachen geltend machen (MKGE 10 Nr. 109 und 69). Ob indessen im Rahmen des Rekursverfahrens - gleicherweise wie bei der Appellation (dazu MKGE vom 13. Juni 1986 i.S. R.; vgl. auch Franz Bollinger, Die Appellation im Militärstrafprozess, Diss. Zürich 1988, S. 204) .. generell echte Noven zulässig sind, kann vorliegend offenbleiben. Auch wenn es als generell zulässig erscheinen müsste, im Rekursverfahren nachträglich - d.h. nach dem angefochtenen Entscheid eingetretene neue Tatsachen geltend zu machen, könnte diesem Rekurs kein Erfolg beschieden sein. Es steht zwar fest, dass sich Mittr. B. vom 16. November 1988 bis zum 25. Februar 1989 freiwillig einer Alkoholentwöhnungskur unterzog. Die Kantonale Psychiatrische Klinik St. Urban, in welcher er sich aufhielt, äussert sich indessen in ihrem Bericht vom 5. Mai 1989 klarerweise dahin, die Therapie habe sich nicht nur als ausserordentlich problematisch erwiesen, sondern sie habe mit dem Austritt am 25. Februar 1989 noch nicht ordentlich abgeschlossen werden können; die unter diesen

Umständen besonders wichtige Nachbehandlung bei Dr. S. sei wiederum ihrerseits durch die nach wie vor negative Einstellung von Mitr B. kaum geeignet, das während des Klinikaufenthaltes nicht erreichte Ziel der Alkoholentwöhnung nachträglich noch zu verwirklichen. Damit steht aber ausser Frage, dass der angefochtene Beschluss des Divisionsgerichtes 7 auf jeden Fall der Überprüfung standzuhalten vermag. Der freiwillige Klinikaufenthalt vermag die angeordnete Massnahme nach Art. 30b MStG in Verbindung mit Art. 44 StGB nicht zu ersetzen und ist ihr nicht gleichzustellen. Die Vorinstanz hat demnach zu Recht den Vollzug der aufgeschobenen Freiheitsstrafe angeordnet. - (15. Juni 1989, B .e. DG 7)

#### **E. 17**

Keine Geltung von Art. 148 Abs. 2 MStP für die Hauptverhandlung vor dem Militärappellationsgericht (Art. 148 Abs. 2 und Art. 181 Abs. 3 MStP) Für die Hauptverhandlung vor dem Militärappellationsgericht gilt Art. 148 Abs. 2 MStP auch dann nicht, wenn der Auditor nicht zugunsten des Angeklagten appelliert hat, das Verbot der reformatio in peius somit nicht in Frage steht. Offen gelassen, wie es sich verhalte, wenn 57 der Angeklagte in der Hauptverhandlung vor dem Divisionsgericht keine Gelegenheit hatte, sich gegen eine allfällige Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts zu verteidigen.

Application exclue de l'art. -1~8 al. 2 PPM dans le cadre des débats devant le Tribunal militaire d'appel {art. 148 al. 2 et art. 181 al. 3 PPM) L'art. 148 al. 2 PPM n'est pas applicable dans le cadre des débats devant le Tribunal militaire d'appel, et ceci même lorsque l'auditeur n'a pas interjeté son appel dans l'intérêt de l'accusé et que l'interdiction de la reformatio in peius n'est pas en cause .. Question laissée indécise pour le cas où l'accusé n'aurait pas eu l'occasion, lors des débats devant le tribunal de division, de se défendre contre un éventuel changement de qualification juridique. L'art. 148 cfr. 2 PPM n'est pas applicable ai dibattimenti dinanzi al Tribunale militare di appello (art. 148 cfr. 2 e art. 181 cfr. 3 PPM) L'art. 148 cfr. 2 non è applicabile ai dibattimenti dinanzi al Tribunale militare d'appello nemmeno nel caso in cui l'uditore non ha interposto un appello in favore dell'accusato e che non è pertanto in discussione la questione del divieto della reformatio in peiusD Questione rimasta indecisa per il caso in cui un accusato non abbia avuto occasione, durante il dibattimento dinanzi al tribunale di divisione, di difendersi di fronte a un eventuale mutamento della qualificazione giuridica. ' Aus den Erwägungen: 1. Der Beschwerdeführer rügt vorerst eine Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften (Art. 185 Abs. 1 lit. e MStP). Das MAG 28 habe Art. 148 Abs. 2 MStP missachtet, wonach "eine Verurteilung aufgrund von Strafbestimmungen, die nicht in der Anklageschrift aufgeführt sind", nur erfolgen darf, "wenn der Angeklagte zuvor auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes hingewiesen und ihm Gelegenheit zur Verteidigung gegeben worden ist". Diese Gesetzesbestimmung richte sich nach der systematischen Einordnung zwar an das Divisionsgericht, gelte aber auch für das Verfahren vor dem Militärappellationsgericht. Dabei handle es sich um eine zwingende Vorschrift, deren Missachtung notwendigerweise zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen müsse. Dabei bleibe auch unbeachtlich, dass die erste Instanz dieser Gesetzesvorschrift nachgelebt habe. Wesentlich sei nämlich, dass der Angeklagte sich auch vor der zweiten Instanz noch einmal zu einer der Anklage nicht zu entnehmenden rechtlichen Würdigung einer Straftat äussern könne. Die Rüge ist unbegründet. Übersehen vgl. Art. 181 Abs. 3 MStP, wo für die Hauptverhandlung vor dem Militärappellationsgericht auf jene Bestimmungen für das divisionsgerichtliche Verfahren verwiesen wird, welchen in 58

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