

## **MKGE 13 Nr. 34**

Mkg, 2012-12-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/mkg\\_MKGE\\_13\\_Nr\\_34](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/mkg_MKGE_13_Nr_34)

FR: ATMC 13 n° 34

IT: STMC 13 n. 34

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

a) Das Militärkassationsgericht ist für die Behandlung von Kassationsbeschwerden zuständig (Art. 13 MStP).

b) Dieses Rechtsmittel kann nach Art. 184 Abs. 1 lit. c MStP gegen Abwesenheitsurteile der Militärgerichte erhoben werden. Nach Art. 186 Abs. 2 MStP ist die Kassationsbeschwerde innert fünf Tagen nach der mündlichen Eröffnung des Urteils schriftlich beim Gericht anzumelden, das geurteilt hat.

aa) Der Auditor meldete mit Schreiben vom Freitag, den 8. Juni 2012, die Kassationsbeschwerde gegen das Abwesenheitsurteil vom 5. Juni 2012 bei der Kanzlei des Militärgerichts 5 an (Eingang am Montag, den 11. Juni 2012). Mit verfahrensleitender Verfügung vom 16. August 2012 setzte der Militärgerichtspräsident dem Auditor nach Art. 187 Abs. 1 MStG die zwanzigtägige Frist zur Begründung der Beschwerde und erlaubte sich "der guten Ordnung halber" den Hinweis, eine Kassationsbeschwerde sei beim Gerichtsschreiber zuhanden des Präsidenten des urteilenden Gerichts anzumelden. Zudem merkte er an, dass sich weitere Ausführungen dazu erübrigten, zumal das Militärkassationsgericht über die Zulässigkeit und Rechtzeitigkeit der Kassationsbeschwerde zu entscheiden habe.

bb) Der Auditor hat die Anmeldung der Kassationsbeschwerde innert der fünftägigen Frist korrekt an das "Militärgericht 5, c/o Oberauditorat, Maulbeerstrasse 9, 3003 Bern", und damit an das für die Anmeldung der Kassationsbeschwerde zuständige Gericht adressiert. Die "Kanzlei Mil Ger 5" brachte am 11. Juni 2012 den Eingangsstempel an.

Zweifel an der korrekten Anmeldung der Kassationsbeschwerde sind daher, entgegen den Andeutungen des Präsidenten des Militärgerichts 5, nicht angebracht. Entscheidend ist, dass die Kassationsbeschwerde rechtzeitig in den Machtbereich des Militärgerichts 5 gelangt ist, wobei als Adressat der Präsident, ein anderer Richter, der Gerichtsschreiber oder die Gerichtskanzlei in Frage kommt (ANDRÉ JOMINI, in: Wehrenberg/Martin/Flachsmann/Bertschi/Schmid [Hrsg.], Kommentar zum Militärstrafprozess, Zürich 2008, N. 18 zu Art. 186 MStP).

4/11

cc) Auf die form- und fristgerecht erhobene Kassationsbeschwerde ist daher einzutreten (Art. 186 Abs. 2 und Art. 187 Abs. 1 MStP).

c) Der Auditor vertritt die Auffassung, bei einer Militärdienstverweigerung nach Art. 81 Abs. 1bis MStG sei der Ausschluss aus der Armee nur zulässig, wenn der Angeklagte zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wird. Denn nach dieser Bestimmung ist für eine strafbare Handlung nach Abs. 1 eine Geldstrafe oder eine gemeinnützige Arbeit bei gleichzeitigem

Ausschluss aus der Armee nach Art. 49 MStG ausgeschlossen. Insofern hätte das Militärgericht 5 entweder, wie von ihm beantragt, eine unbedingte Freiheitsstrafe aussprechen müssen oder aber den Angeklagten nicht aus der Armee ausschliessen dürfen, falls es eine Geldstrafe wirklich für angemessen erachtete.

Der Auditor macht somit den Kassationsgrund von Art. 185 Abs. 1 lit. d MStP geltend, weshalb das Militärkassationsgericht nach Art. 189 Abs. 4 MStP nicht an die Begründung der Kassationsbeschwerde gebunden ist.

## **E. 2**

Das Militärgericht 5 hat Sdt C. K. wegen partieller Militärdienstverweigerung gemäss Art. 81 Abs. 1 MStG und Militärdienstversümnisses gemäss Art. 82 Abs. 1 MStG zu einer Gesamtstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 140.– verurteilt und ihn gestützt auf Art. 49 Abs. 2 MStG aus der Armee ausgeschlossen.

Angesichts der Anträge des Auditors ist hier einzig die Frage des Ausschlusses von Sdt C. K. aus der Armee zu prüfen.

a) Wird der Täter zu einer Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren verurteilt oder nach Art. 64 StGB verwahrt, so ordnet das Gericht den Ausschluss aus der Armee an (Art. 49 Abs. 1 MStG). Wird der Täter zu einer anderen Strafe verurteilt, so kann das Gericht gestützt auf Art. 49 Abs. 2 MStG den Ausschluss aus der Armee anordnen. Insofern sah sich das Militärgericht 5 veranlasst, den Angeklagten nach pflichtgemäßem Ermessen aus der Armee auszuschliessen, zumal nach dieser Bestimmung die ausgesprochene Geldstrafe genügte. Indessen lässt sich – jedenfalls nach dem Wortlaut – von Art. 81 Abs. 1bis MStG eine

5/11

Geldstrafe oder eine gemeinnützige Arbeit nicht mit einem gleichzeitigen Ausschluss aus der Armee nach Art. 49 MStG verbinden.

Angesichts dieses (scheinbaren) Widerspruchs ist nachfolgend das Verhältnis dieser Bestimmungen zueinander im entstehungsgeschichtlichen und gesetzes-systematischen Kontext zu klären.

b) Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach seinem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis eines teleologischen Verständnisses ausgelegt werden. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Dabei befolgt das Militärkassationsgericht wie das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer festen Hierarchie zu unterwerfen. Auch die Gesetzesmaterialien können beigezogen werden, wenn sie auf die streitige Frage eine klare Antwort geben (BGE 135 III 112 E. 3.3.2, 132 III 707 E. 2).

c) Der Ausschluss aus der Armee ist heute als Massnahme ausgestaltet, entweder als "sichernde Massnahme" (nach Art. 48 MStG, im fünften Kapitel "Massnahmen" eingeordnet) oder als "andere Massnahme" (nach Art. 49 MStG im sechsten Kapitel unter "Andere Massnahmen").

In der Botschaft vom 21. September 1998 zur Änderung des Allgemeinen Teils des StGB und des MStG wird erläutert, dass der Allgemeine Teil des MStG im Wesentlichen dem Allgemeinen Teil des StGB entspricht. Vorbehalten bleiben vor allem militärspezifische Normen, die das bürgerliche Strafrecht naturgemäss nicht kennt, wie die Degradation und der Ausschluss aus der Armee. Der neue Allgemeine Teil des MStG schloss sich aber auch insofern dem StGB an, als der in Art. 49 MStG vorgesehene Ausschluss aus der Armee neu als "andere Massnahme" gestaltet wurde. Als Nebenstrafe blieb einzig die Degradation bestehen. Das alte MStG kannte den Ausschluss aus der Armee sowohl als sichernde Massnahme als auch als Nebenstrafe. In der Botschaft wird jedoch dargelegt,

6/11

dass sich der Charakter des Ausschlusses aus der Armee im Laufe der Zeit geändert hat. Während früher der ehrlose Dienstleistende ausgeschlossen worden und fortan mit einem Makel behaftet gewesen sei, werde heute ausgeschlossen, wer für die Armee objektiv untragbar sei. Damit komme nicht mehr das Schuldprinzip, sondern das Verhältnismässigkeitsprinzip zur Anwendung. Dies ermögliche es, eine Abwägung zwischen den Interessen der Armee und denjenigen des Täters vorzunehmen (BB1 1999 II 1979 ff., S. 2211 Ziff. 316.2 und S. 2212 Ziff. 318; vgl. auch a.a.O., S. 1986, 2201, 2215; vgl. auch zur weitgehenden Übereinstimmung des Allgemeinen Teils des bürgerlichen und militärischen Strafrechts MKGE 13 Nr. 21 E. 3.3.2 und 3.4).

d) Mit dieser Gesetzesänderung wurde vor allem auch an die Rechtsprechung des Militärkassationsgerichts angeknüpft (vgl. BB1 1999 II 2211, Ziff. 316.2 mit Verweis auf MKGE 7 Nr. 45; vgl. dazu auch MKGE 9 Nr. 144 E. 4 und MKGE 8 Nr. 27 E. II/3, wonach dem Armeeausschluss ein Doppelcharakter als Nebenstrafe und Massnahme im Interesse der Armee eignet, wie dies auch in MKGE 10 Nr. 65 E. 3b festgehalten wird).

Im Rahmen dieser Gesetzesrevision drang die Kritik von C. K. HAURI (Kommentar zum Militärstrafgesetz, Bern 1983, N 11 zu Art. 36 aMStG) nicht durch, wonach das Militärkassationsgericht mit dem Kriterium der Tragbarkeit des Verurteilten für die Armee eine bedauerliche Entwicklung fortsetze, die dem Ausschluss aus der Armee den Charakter einer Nebenstrafe nehme, indem der Armeeausschluss immer mehr zu einer Massnahme im Sinne der Entlastung der Armee von störenden, missliebigen Wehrmännern werde.

In Bestätigung seiner Rechtsprechung, die auch Anlass zur besagten Änderung der Regelung des Armeeausschlusses gegeben hatte, führte das Militärkassationsgericht im Jahre 2009 in MKGE 13 Nr. 16 (E. 5d) ebenfalls aus, dass es nach neuem Recht nicht mehr darum gehe, ehrlose Dienstleistende auszuschliessen. Vielmehr solle aus der Armee ausgeschlossen werden, wer für diese objektiv untragbar ist. Ausserdem bezog sich das Militärkassationsgericht explizit auf die Ausführungen in der Botschaft von 1998 zum Verhältnismässigkeitsprinzip und zur gebotenen Interessenabwägung. Allerdings hat es den Ausschluss aus der

7/11

Armee nach Art. 49 MStG in diesem Urteil unter Bezugnahme auf MKGE 10 Nr. 65 (E. 3b) vielleicht etwas missverständlich auch als Nebenstrafe bezeichnet.

e) Im Unterschied dazu kann ein Ausschluss aus der Armee auch auf administrativem Weg in Anwendung des Militärgesetzes vom 3. Februar 1995 (MG, SR 510.10) ausgesprochen werden (vgl. Urteil des Militärkassationsgerichts Nr. 835 vom 27.

September 2012, E.3).

Nach Art. 22 MG werden Angehörige aus der Armee ausgeschlossen, wenn sie für die Armee infolge eines Strafurteils untragbar geworden sind, sei es wegen eines Verbrechens bzw. Vergehens oder wegen einer angeordneten freiheitsentziehenden Massnahme. Somit stellt auch das Militärgesetz heute auf das Kriterium der Untragbarkeit ab; das frühere Kriterium der Unwürdigkeit ist auch hier entfallen (vgl. Botschaft betreffend das Bundesgesetz über die Armee und die Militärverwaltung sowie den Bundesbeschluss über die Organisation der Armee vom 8. September 1993, BBl 1993 IV 1 ff., S. 44). Die entsprechende Bestimmung ist wiederholt geändert worden. Der heute geltende Wortlaut von Art. 22 MG wurde durch die Änderung vom 19. März 2010 ins Militärgesetz eingefügt (AS 2010 6015). Bei dieser Revision wurde das objektive Kriterium der Untragbarkeit konsequent weitergeführt; die früheren Ausschlussgründe der Vormundschaft, der Unfähigkeit sowie des Konkurses oder der fruchtlosen Pfändung ohne strafrechtliche Verurteilung wurden entsprechend den heutigen Wertvorstellungen gestrichen.

Im Unterschied zum Ausschluss nach Art. 49 MStG handelt es sich beim Ausschluss nach Art. 22 MG nicht um eine strafrechtliche, sondern um eine verwaltungsrechtliche Massnahme. Der Führungsstab der Armee schliesst jedes Jahr gestützt auf Art. 22 MG rund 120 bis 150 straffällig gewordene Angehörige aus der Armee aus (Botschaft zur Änderung der Militärgesetzgebung vom 7. März 2008, BBl 2008 3274). Der bis Ende 2006 im Beschwerdefall für den Ausschluss letztinstanzlich zuständige Bundesrat hat in diesem Zusammenhang für den Begriff der Untragbarkeit folgende Kriterien entwickelt: Unvereinbarkeit des Delikts mit der Funktion, Vorbildfunktion als Kader, Gefährdung anderer Armeeangehöriger, Zumutbarkeit der Zwangsgemeinschaft für die anderen Armeeangehörigen, Ansehen der Armee, Schutz des Betroffenen (vgl. Botschaft vom 7. März 2008,

8/11

a.a.O., S. 3228 ff.). Das neu zuständige Bundesverwaltungsgericht hat diese Beschwerdepraxis weiterentwickelt (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3298/2010 vom 24. November 2010 E. 3.2.3, wonach Untragbarkeit immer dann anzunehmen sei, "wenn der weitere Verbleib eines wegen Verbrechen oder Vergehen bestraften Angehörigen in der Armee mit der Erfüllung der Aufgaben der Armee unvereinbar wäre, einen geordneten Dienstbetrieb oder die Glaubwürdigkeit der Armee in der Öffentlichkeit ernsthaft beeinträchtigen würde oder die Würde und physische Integrität ihrer Angehörigen durch Zwangsgemeinschaft mit einem erheblich straffällig gewordenen Kameraden verletzen könnte.").

f) Art. 81 Abs. 1bis MStG ist mit der Revision der Disziplinarstrafordnung vom

### **E. 3**

Wird das Urteil aufgehoben, so weist das Militärkassationsgericht gestützt auf Art. 191 Abs. 1 MStP die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurück.

Im vorliegenden Fall genügt es jedoch, die Dispositiv-Ziffer 4 des angefochtenen Urteils betreffend den Armeeausschluss aufzuheben. Zur Vermeidung eines prozessualen Leerlaufs ist es zudem gerechtfertigt, den vorliegenden Fall direkt an die zuständige Behörde zu überweisen. Angesichts der sorgfältigen Begründung des Strafmasses ist nicht davon auszugehen, dass das Militärgericht 5 dieses nur deswegen erhöhen würde, um einen

Ausschluss von Sdt C. K. aus der Armee zu ermöglichen, zumal ja ein Ausschluss nach Art. 22 MG hier nicht grundsätzlich ausser Betracht fällt.

War das Militärgericht 5 angesichts der verhängten Geldstrafe für einen Ausschluss von Sdt C. K. aus der Armee nicht zuständig, ist die Dispositiv-Ziffer 4 des angefochtenen Urteils gestützt auf Art. 185 Abs. 1 lit. b MStP aufzuheben und die Sache, entgegen dem Antrag des Auditors, nicht an die Vorinstanz, sondern nach Art. 191 Abs. 3 MStP an den Führungsstab der Armee (FST A) zu überweisen. Als sachzuständige Behörde wird dieser einen allfälligen Armeeausschluss von Sdt C. K. zu prüfen haben.

11/11

#### **E. 4**

Für Kosten und Entschädigung gilt nach Art. 193 MStP sinngemäss Art. 183 MStP. Danach trifft das Militärkassationsgericht den Entscheid über die Kosten und Entschädigungen nach seinem Ermessen, wenn nicht der Angeklagte vollständig obsiegt. Der Angeklagte bzw. Verurteilte unterliegt im vorliegenden Verfahren im Wesentlichen. Das teilweise Obsiegen des Auditors ist jedoch rein formeller Natur, indem die Frage des Ausschlusses aus der Armee zuständigkeitshalber an eine andere Behörde zu überweisen ist. Daher ist hier auf eine Kosten-erhebung zu verzichten.

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