

MKGE 13 Nr. 41

Mkg, 2013-12-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/mkg_MKGE_13_Nr_41

FR: ATMC 13 n° 41

IT: STMC 13 n. 41

Erwägungen

E. 1.1

Die Kassationsbeschwerde ist zulässig gegen Urteile der Militärappellationsgerichte (Art. 184 Abs. 1 lit. a MStP). Auf die fristgerecht angemeldete und begründete (Art. 186 Abs. 2 sowie Art. 187 Abs. 1 MStP), den Formerfordernissen entsprechende Beschwerde des zur Ergreifung dieses Rechtsmittels legitimierten Auditors (Art. 186 Abs. 1 MStP) ist einzutreten.

E. 1.2

Der Auditor ficht das Urteil des MAG, bei welchem einzig noch der (Nicht-)Ausschluss aus der Armee sowie der teilweise Kostenerlass des erstinstanzlichen Urteils Streitgegenstand bildeten, in beiden Punkten an. Während die Kassationsbeschwerde in Bezug auf den Ausschluss aus der Armee ohne weiteres zulässig ist (vgl. etwa MKGE 13 Nr. 34 E. 1), versteht sich dies hinsichtlich des Kostenpunktes mit Blick auf frühere Präjudizien des Militärkassationsgerichts nicht ohne weiteres von selbst.

5/19

E. 1.2.1

So hat das Militärkassationsgericht in MKGE 10 Nr. 91 E. 5 erwogen, wenn der Auditor in seiner Kassationsbeschwerde neben Vorbringen im Schuld- und Strafpunkt auch geltend mache, die Verfahrenskosten im angefochtenen Urteil seien rechtsfehlerhaft verlegt worden, könne auf diesen letzten Aspekt im Rahmen dieses Rechtsmittels nicht eingetreten werden; vielmehr sei das betreffende Begehren als Kostenrekurs (heute Art. 195 lit. d [vormals lit. f] MStP) zu behandeln. In einem früheren Urteil wies das MKG ausserdem darauf hin, dass eine Umdeutung einer Kassationsbeschwerde im Kostenpunkt in einen Kostenrekurs nur dann in Betracht komme, wenn die Form- und Fristvorschriften des Rekurses eingehalten worden seien (MKGE 10 Nr. 83 E. A.1). Diese Voraussetzung erscheint insofern nicht ganz unbedeutend, als der Rekurs innert zwanzig Tagen seit der schriftlichen Mitteilung des angefochtenen Entscheids schriftlich mit Antrag und Begründung beim urteilenden Gericht eingereicht werden muss (Art. 197 Abs. 1 MStP), wogegen die Kassationsbeschwerde zunächst lediglich innert fünf Tagen seit mündlicher Urteilsöffnung schriftlich anzumelden ist und hernach innert 20 Tagen begründet werden muss (Art. 186 Abs. 2 bzw. Art. 187 Abs. 1 MStP; vgl. zur analogen Situation im Verhältnis zwischen Appellation und Kostenrekurs: MKGE 11 Nr. 93 E. 3c).

E. 1.2.2

Soweit die Rechtsprechung in MKGE 10 Nr. 83 und Nr. 91 dahingehend zu verstehen wäre, dass sich der Kosten- und Entschädigungspunkt im Urteil eines Militärappellationsgerichts auch dann nicht mit Kassationsbeschwerde (mit-)anfechten

liesse (und ausschliesslich der Kostenrekurs zur Verfügung stünde), wenn auch das zugrunde liegende Strafurteil in der Sache angefochten wird, vermöchte dies nicht zu überzeugen und wäre diese Rechtsprechung in- sofern zu präzisieren. Dabei ist zunächst vom Gesetzeswortlaut selber auszu- gehen: Gemäss Ingress von Art. 195 MStP kann gegen Entscheide der Militär- und Militärappellationsgerichte (unter anderem betreffend Kostenaufgabe und Entschädigungsbegehren) Rekurs an das MKG erhoben werden, "sofern die Appellation oder die Kassationsbeschwerde nicht zulässig ist". Die Subsidiarität des Rekurses gegenüber den primären Rechtsmitteln Appellation und Kassati- onsbeschwerde gilt grundsätzlich uneingeschränkt hinsichtlich der Überprüfung von Sachurteilen, also von jenen Erkenntnissen, welche materielles Strafrecht zum Inhalt haben und auf Verurteilung oder Freispruch lauten (ANDRÉ W. MO- SER, in: Wehrenberg/Martin/Flachsmann/Bertschi/Schmid [Hrsg.], Kommentar zum Militärstrafprozess, Zürich 2008 [im Folgenden: MStP-Kommentar], Vor- bemerkungen zu Art. 184–194 N. 26). Hievon macht das Gesetz im Verhältnis zwischen Appellation und Rekurs insofern eine Ausnahme, als es in Abwei- chung vom vorgenannten Subsidiaritätsgrundsatz dann auf das Rekurs-

6/19

verfahren verweist, wenn von einem (Sach-)Urteil "lediglich" der Kosten- und Entschädigungspunkt (oder der Entscheid über zivilrechtliche Ansprüche) ange- fochten wird (Art. 172 Abs. 2 MStP). In solchen Fällen steht "einzig" der Rekurs zur Verfügung, d.h. wird der Rekurs faktisch zum primären Rechtsmittel gegen- über der Appellation und – von der Rechtsprechung analog gehandhabt (vgl. etwa MKGE 10 Nr. 66) – gegenüber der Kassationsbeschwerde. Als Aus- nahmeregelung ist diese Abweichung vom Regelinstanzenzug jedoch eng aus- zulegen und deren Anwendungsbereich auf jene Fälle zu beschränken, in wel- chen sich der Streitgegenstand des Rechtsmittelverfahrens ausschliesslich auf den Kosten- und Entschädigungspunkt (oder die zivilrechtlichen Ansprüche) beschränkt. Ist dies nicht der Fall und sind von einem Sachurteil zugleich auch (materiell- oder verfahrensrechtliche) Aspekte des Schuld-, Straf- oder Mass- nahmenpunkts angefochten, so sind die Hauptrechtsmittel Appellation und Kas- sationsbeschwerde zu ergreifen. Dies entspricht auch der im neueren Schrift- tum vertretenen Auffassung (vgl. ALAIN P. RÖTHLISBERGER, in: MStP- Kommentar, Art. 195 N. 16; MOSER, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 184–194 N. 27) und gilt auch dann, wenn mit Bezug auf den Kosten- und Entschädi- gungspunkt (nebst den Vorbringen im Schuld- und/oder Strafpunkt) eigen- ständige Rügen erhoben werden (etwa hinsichtlich genauer Kostenverlegung oder Entschädigungshöhe). Eine Aufspaltung des Rechtsmittelzugs (mit im Verhältnis zwischen Appellation und Rekurs gar unterschiedlichen Zuständig- keiten) ist in diesem Fall nicht opportun, zumal sich eine abweichende Beurtei- lung durch die Rechtsmittelinstanz in der Sache selber in aller Regel auch un- mittelbar auf den Kosten- und Entschädigungsentscheid auswirken dürfte. Ent- sprechend hat sich auch das MKG in jüngeren Entscheiden in Grenzfällen für die Zulässigkeit des Hauptrechtsmittels ausgesprochen: So hat es etwa ent- schieden, dass selbst der Rückzug einer Appellation in Bezug auf den Schuld- und Strafpunkt und deren alleinige Aufrechterhaltung im Kosten- und Entschä- digungspunkt nicht dazu führe, dass das Rechtsmittel als Rekurs zu behandeln wäre (MKGE 11 Nr. 93 E. 3); anders war nur dann zu entscheiden, wenn die Appellation von Anfang an auf den Kosten- und Entschädigungspunkt be- schränkt war und dieses Rechtsmittel insofern fälschlicherweise (anstelle des Rekurses) ergriffen wurde (vgl. MKGE 13 Nr. 31 E. 1.1).

E. 1.2.3

Zusammenfassend ist mithin klarzustellen, dass – soweit ein Sachurteil eines Militärgerichts oder eines Militärappellationsgerichts Anfechtungsobjekt eines Rechtsmittelverfahrens bildet – der Rekurs gemäss Art. 195 lit. d MStP einzig dann zu Gebot steht, wenn das Urteil ausschliesslich im Kosten- und/oder Entschädigungspunkt angefochten wird. Werden demgegenüber in der Rechtsmittelangelegenheit weitere Punkte in der Sache selber (im Schuld- und/oder Straf-

7/19

punkt) aufgegriffen, ist über die (Rechtmässigkeit der) Kostenaufgabe und Entschädigung im angefochtenen Entscheid im Rahmen des jeweils zur Verfügung stehenden Hauptrechtsmittels – Appellation oder Kassationsbeschwerde – zu befinden, selbst wenn eigenständige Rügen in diesem Punkt erhoben wurden.

Immerhin hat das MKG in einem solchen Fall im Verfahren der Kassationsbeschwerde das angefochtene Urteil im Kosten- und Entschädigungspunkt richtigerweise mit gleicher Kognition zu prüfen, wie sie ihm auch im Verfahren des (Kosten-)Rekurses zustünde. In Abweichung vom allgemeinen Grundsatz, wonach die Kassationsbeschwerde grundsätzlich rein kassatorischer Natur ist (vgl. statt vieler etwa MKGE 13 Nr. 25 E. 1.1), muss dem MKG in Bezug auf selbständige Rügen im Kosten- und Entschädigungspunkt namentlich auch die Möglichkeit offenstehen, über diesen Punkt – in analoger Anwendung von Art. 198 MStP – gegebenenfalls auch reformatorisch zu entscheiden (ebenso MOSER, in: MStP-Kommentar, Art. 184 N. 13).

E. 1.2.4

Vorliegend richtet sich die Kassationsbeschwerde des Auditors sowohl gegen den vom MAG (im Grundsatz) bestätigten Nichtausschluss des Beschwerdegegners aus der Armee – also den Straf- bzw. Massnahmenpunkt – als auch gegen den von der Vorinstanz bestätigten Kostenpunkt. Liegt damit kein rein auf den Kosten- oder Entschädigungspunkt beschränktes Rechtsmittel gegen ein (wenn auch vom materiell-rechtlichen Streitgegenstand her auf den Massnahmenpunkt beschränktes) Sachurteil eines MAG vor, ist das vorliegende Rechtsmittel nach dem Gesagten integral als Kassationsbeschwerde entgegenzunehmen und zu behandeln.

E. 1.3

In der vorliegenden Kassationsbeschwerde wird wiederholt der Kassationsgrund von Art. 185 Abs. 1 lit. c MStP (Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften während der Hauptverhandlung) angerufen. Insoweit prüft das Militärkassationsgericht gemäss Art. 189 Abs. 3 MStP nur die in der Kassationsbeschwerde aufgeführten Tatsachen. Soweit der Auditor als Kassationsgrund eine Verletzung des Strafgesetzes (Art. 185 Abs. 1 lit. d MStP) oder einen Widerspruch einer wesentlichen tatsächlichen Feststellung zum Ergebnis des Beweisverfahrens (Art. 185 Abs. 1 lit. f MStP) geltend macht, ist das Militärkassationsgericht gemäss Art. 189 Abs. 4 MStP nicht an die Begründung der Kassationsbeschwerde gebunden (vgl. zum Ganzen: THEO BOPP, in: MStP-Kommentar, a.a.O., Art. 187–189 N. 36 ff., mit weiteren Hinweisen).

8/19

E. 2.1

Der Auditor rügt als Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes, dass das Militärappellationsgericht seine Kognition nicht ausgeschöpft habe. Es habe das Urteil des Militärgerichts 7 nicht frei mit voller Kognition überprüft, sondern nur auf Rechtsfehler hin, indem es sich zur Kassationsinstanz erklärt habe. Damit liege eine formelle Rechtsverweigerung vor.

E. 2.2

Der Rüge einer formellen Rechtsverweigerung kommt vorliegend keine selbständige Bedeutung zu. Sie erschöpft sich materiell darin, dass das Militärappellationsgericht seine Kognition nicht ausgeschöpft habe. Insoweit ist einzig zu prüfen, ob Letzteres der Fall ist.

E. 2.3

Es trifft zu, dass das Militärappellationsgericht seine Kognition gestützt auf Urteile des MKG mit Formulierungen umschrieben hat, die sich auf die Kognition des MKG beziehen. So hat das MAG namentlich festgehalten, in den Ermessensspielraum der Vorinstanz sei nur einzugreifen, wenn diese ihr Ermessen überschritten oder missbraucht habe, beispielsweise indem sie von rechtlich nicht massgeblichen Gesichtspunkten ausgegangen sei, wesentliche Gesichtspunkte ausser Acht gelassen oder sachfremde Kriterien angewandt habe (an- gefochtenes Urteil E. IV/5; MKGE 12 Nr. 20 E. 2 in Bezug auf den Ermessensspielraum bei der Strafzumessung). In der Tat gehört es zum Wesen der Appellation, dass das Berufungsgericht das angefochtene Urteil in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht frei würdigt (Art. 182 Abs. 1 MStP). Es entscheidet mit voller Kognition und ist grundsätzlich der Erforschung der materiellen Wahrheit verpflichtet. Dennoch ist das Rechtsmittelverfahren ein Überprüfungsverfahren, in welchem es um die Frage geht, ob die Vorinstanz einen wesentlichen Fehler gemacht hat. Auch wenn das Militärappellationsgericht mit voller Kognition entscheidet, soll es nicht ohne triftige Gründe in das Ermessen des erstinstanzlichen Gerichts eingreifen (ISENRING/MATHYS, in: MStP-Kommentar, Art. 182 N. 1 und 2).

E. 2.4

Aus den Erwägungen des angefochtenen Urteils ergibt sich, dass das Militärappellationsgericht 2 das Urteil des Militärgerichts 7 in Tat und Wahrheit frei überprüft und dessen Würdigung für richtig befunden hat. Es hat Sachverhaltselemente, die gegen einen Ausschluss aus der Armee sprechen, gewürdigt, die von der ersten Instanz festgestellten Umstände für die günstige Prognose des Verurteilten zu künftigem Wohlverhalten in den wesentlichen Teilen wiederholt und sich der Beurteilung der ersten Gerichtsinstanz angeschlossen. So wird ausdrücklich festgehalten, für das Militärappellationsgericht stehe fest,

9/19

dass das inkriminierte Verhalten durch einen üblen Streich ausgelöst worden sei und dem Appellaten kein schweres Verschulden vorgeworfen werden könne. Er befinde sich in Therapie; seine Ausführungen zum positiven Therapieverlauf erschienen grundsätzlich als glaubwürdig. Zudem wolle er Armeedienst leisten und habe den Tatbeweis mit dem WK 2012 erbracht (E. IV/6–8). Unter Würdigung des Verhältnismässigkeitsprinzips sei kein Ausschlussgrund gegeben; die Beurteilung der Vorinstanz erscheine als angemessen (E. IV/9). An dieser freien Würdigung vermögen die irreführenden Umschreibungen des Prüfungsrahmens, wonach eine abweichende Beurteilung einen Ermessensüberschreitung

bzw. einen Ermessensmissbrauch durch die erste Instanz voraussetze (namentlich E. IV/5 und 9) nichts zu ändern. Das MAG hat sich hinreichend und frei mit dem angefochtenen Urteil auseinandergesetzt und seine Meinung so klar gebildet, dass eine Zurückweisung an die Vorinstanz zur angeblichen Ausschöpfung des Beurteilungsspielraumes einem Justizleerlauf gleichkäme. Diese Rüge erweist sich mithin im Ergebnis als unbegründet.

E. 2.5

Gleich verhält es sich in Bezug auf die Kostenverlegung. Das Militärappellationsgericht 2 hat die besonderen Gründe für einen teilweisen Kostenerlass explizit gewürdigt und sich der Beurteilung des Militärgerichts 7 angeschlossen. Es hat die Auffassung der Vorinstanz ohne weiteren Kommentar wiederholt, wonach der Kostenaufwand im Vergleich zum Verschulden und zur Strafe unverhältnismässig wäre und in Anbetracht des Nettoeinkommens von Fr. 3'800.-- eine unangemessene soziale Härte bedeuten würde (E. V/6). Sodann hat es explizit in eigener Würdigung festgehalten, dass sich der Verurteilte in einer finanziell angespannten Situation befinde. Diese habe sich seit dem erstinstanzlichen Urteil verschlechtert; das monatliche Einkommen sei um Fr. 500.-- zurückgegangen. Ein teilweiser Kostenerlass sei geeignet, die Rückkehr in geordnete Verhältnisse zu erleichtern. Der Verurteilte sei zudem massiv zu seinem Verhalten provoziert worden (E. V/7). Der vom Militärgericht gewährte Kostenerlass sei weder Ermessensüberschreitung noch Ermessensmissbrauch, sondern erscheine als angemessen (E. V/8). In den Erwägungen lässt sich – trotz bzw. entgegen der irreleitenden Benennung der Prüfungsbefugnis – eine eigenständige, freie Würdigung durch das MAG 2 erkennen. Die Rüge einer unzulässigen Einschränkung der Kognition ist damit auch in dieser Hinsicht nicht begründet.

10/19

E. 3

Jahren gemäss Ziffer 4 des Urteils des Militärgerichts 7") – bei der gegebenen prozessualen Konstellation auch nicht (nachträglich) mit der bedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafe verknüpfen lässt, auch wenn die Auflage, die begonnene Therapie einer ADHS-Erkrankung fortzuführen, im Grundsatz sehr wohl zum Inhalt einer solchen (betreffend "die ärztliche und psychologische Betreuung") im Sinne von (Art. 54 MStG i.V.m.) Art. 94 StGB hätte gemacht werden können. Zum einen liesse sich eine derartige Weisung nicht einfach wie hier mit den "berechtigten Interessen der Armee" begründen (so aber E. IV/10 des angefochtenen Urteils), sondern sie müsste sich – mit Blick auf den spezialpräventiven Zweck der Weisung (vgl. STRATENWERTH, a.a.O., § 5 N. 72) – auf die Bewährung des Verurteilten im Zusammenhang mit seiner bedingt aufge-

14/19

schobenen Freiheitsstrafe beziehen. Zum ändern würde eine nachträgliche Anordnung in Bezug auf die bedingt ausgesprochene Freiheitsstrafe einen Punkt betreffen, welcher vor Militärappellationsgericht nach Beschränkung der Appellation auf den Nichtausschluss und den Kostenpunkt durch den Auditor gar nicht mehr Streitgegenstand bildete bzw. – wie das Militärappellationsgericht selber festhält – bereits in Rechtskraft erwachsen war. In dieser Hinsicht würde die nachträgliche Verknüpfung des bedingten Strafvollzugs mit einer Weisung – soweit nicht bereits mit dem Grundsatz *ne bis in idem* in Konflikt stehend – auch gegen das Verbot der *reformatio in peius* verstossen. Schon aus denselben prozessualen Überlegungen wäre vorliegend auch die (vom Auditor ohnehin nicht

beantragte) Anordnung einer ambulanten psychischen Behandlung entsprechenden Inhalts als Massnahme nach (Art. 47 Abs. 1 MStG i.V.m.) Art. 63 StGB durch das Militärappellationsgericht ausser Betracht gefallen, ohne dass deren strengere Voraussetzungen (STRATENWERTH, a.a.O., § 5 N. 79, insbesondere Fn. 143) überhaupt näher zu prüfen wären.

E. 3.1

Materiell beanstandet der Auditor, dass das Militärappellationsgericht den Verurteilten nicht aus der Armee ausgeschlossen hat.

Wird ein 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 er zu einer anderen Strafe oder unter Annahme verminderter Schuldfähigkeit verurteilt oder wegen Schuldunfähigkeit freigesprochen, so kann das Militärgericht den Ausschluss aus der Armee anordnen (Art. 48 Abs. 1 und Art. 49 Abs. 2 MStG).

E. 3.2

Das Militärgericht 7 hat den Angeklagten rechtskräftig mit einer Freiheitsstrafe von 15 Monaten bestraft. Damit liegt kein zwingender Ausschlussgrund nach Art. 49 Abs. 1 MStG vor; indessen kommt ein solcher gestützt auf Art. 49 Abs. 2 MStG in Betracht. In seinem Urteil vom 28. November 2012 hat das Militärgericht 7 dem Angeklagten bei Tatbegehung eine leicht verminderte Schuldfähigkeit nach Art. 18 Abs. 2 MStG attestiert und diese strafmildernd berücksichtigt (genanntes Urteil, Ziff. 27). Insofern käme im Grundsatz auch ein Ausschluss gestützt auf Art. 48 Abs. 1 MStG in Betracht, welcher indessen ebenso wenig zwingend ist.

Art. 49 Abs. 2 MStG spricht beim Ausschluss aus der Armee eines zu weniger als drei Jahren Freiheitsstrafe verurteilten Täters explizit von der blossen Möglichkeit im Sinne einer Kann-Vorschrift. Diese stellt nach der Rechtsprechung die Entscheidung ins pflichtgemässe Ermessen der zuständigen Instanz. Gleich wie bei der Strafzumessung kommt dem Militärappellationsgericht bei der Beantwortung der Frage, ob der Angeklagte aus der Armee auszuschliessen sei, ein weiter Ermessensspielraum zu. Dies bedeutet, dass die Kassationsbeschwerde des Auditors nur dann gutgeheissen werden könnte, wenn die Vorinstanz sich bei der Begründung des (Nicht-)Ausschlusses aus der Armee auf sachfremde Kriterien gestützt hätte, die auf einen Ermessensmissbrauch oder auf Willkür hinauslaufen würden (MKGE 13 Nr. 16 E. 5d, mit Hinweisen). Analoges gilt für den Ausschlussgrund nach Art. 48 Abs. 1 MStG.

E. 3.3

Der Ausschluss aus der Armee ist nach geltendem Recht nicht mehr eine Nebenstrafe, sondern als Massnahme ausgestaltet, entweder als sichernde Massnahme (Art. 48 MStG) oder als andere Massnahme (Art. 49 MStG). Aus der Armee ausgeschlossen wird heute, wer für die Armee objektiv untragbar ist. Damit kommt nicht mehr das Schuldprinzip, sondern das Verhältnismässig-

11/19

keitsprinzip zur Anwendung. Dies ermöglicht eine Interessenabwägung zwischen den Interessen der Armee und denjenigen des Täters. Ebenso können Angehörige nach Art. 22 des Militärgesetzes vom 3. Februar 1995 (MG, SR 510.10) administrativ aus der Armee entlassen werden, wenn sie für die Armee infolge eines Strafurteils untragbar geworden

sind. Auch das Militär- gesetz stellt heute auf das Kriterium der Untragbarkeit ab. Die Untragbarkeit beurteilt sich in der Verwaltungspraxis nach folgenden Kriterien: Unvereinbarkeit des Delikts mit der Funktion, Vorbildfunktion als Kader, Gefährdung anderer Armeeingehöriger, Ansehen der Armee, Schutz des Betroffenen. Untragbarkeit liegt immer vor, wenn der weitere Verbleib eines wegen eines Verbrechens oder eines Vergehens 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 beeinträchtigte oder die Würde und physische Integrität ihrer Angehörigen durch Zwangsgemeinschaft mit einem erheblich straffällig gewordenen Kameraden verletztten könnte (vgl. zum Ganzen MKGE 13 Nr. 34 E. 2). Für einen Ausschluss gestützt auf das Militärstrafrecht sind diese Kriterien ebenfalls anwendbar.

E. 3.4

Das Militärappellationsgericht 2 hat besonders berücksichtigt, dass das be- strafte Verhalten des Verurteilten durch einen üblen Streich ausgelöst worden war. Sein Verhalten sei in diesem Zusammenhang zu sehen, dem Verurteilten könne kein schweres Verschulden vorgeworfen werden. Die Ausführungen zum positiven Therapieverlauf seien glaubwürdig. Unter Würdigung des Verhältnis- mässigkeitsprinzips sei der Verzicht auf einen Ausschluss aus der Armee an- gemessen (E. IV/7). Um den Interessen der Armee an einem geordneten Dienstbetrieb Rechnung zu tragen, wurde ihm die Weisung erteilt, die Therapie der bei ihm gutachterlich diagnostizierte und bereits vom Militärgericht 7 festge- stellten ADHS-Erkrankung während der Probezeit weiter zu führen und dem Mi- litärärztlichen Dienst jeweils Ende Oktober einen kurzen Verlaufsbericht des behandelnden Arztes zukommen zu lassen (E. IV/10).

E. 3.5

Das Militärappellationsgericht verknüpfte den streitigen Nichtausschluss aus der Armee in appellatorio neu mit der erwähnten Weisung an den Be- schwerdegegner. Demgegenüber hatte das Militärgericht 7 dem Angeklagten im erstinstanzlichen Urteil keine solche Weisung erteilt, sondern von dessen Aus- schluss aus der Armee vorbehaltlos abgesehen.

12/19

Die dem Beschwerdegegner vom Militärappellationsgericht auferlegte Weisung erweist sich in der vorliegenden Konstellation aus den nachfolgenden Gründen als unzulässig.

E. 3.5.1

Schiebt ein Gericht – wie vorliegend das Militärgericht 7 – den Vollzug einer Freiheitsstrafe im Sinne von Art. 36 MStG auf, so bestimmt es dem Verurteilten eine Probezeit von zwei bis fünf Jahren (Art. 38 Abs. 1 MStG). Für die Dauer der Probezeit kann das Gericht dem Verurteilten Weisungen erteilen (Art. 38 Abs. 2 MStG). Als Inhalt dieser Weisungen kommen unter anderem auch sol- che betreffend eine ärztliche oder psychologische Betreuung in Betracht (Art. 54 MStG in Verbindung mit Art. 94 StGB). Die Weisung ist im Urteil festzu- halten und zu begründen (Art. 95 Abs. 2 StGB). Missachtet der Verurteilte die Weisung, ist sie undurchführbar oder nicht mehr erforderlich, erstattet die zu- ständige Behörde Bericht (Art. 95 Abs. 3 StGB). Das Gericht kann diesfalls die Probezeit um die Hälfte verlängern, die Weisung ändern, aufheben oder neue Weisungen erteilen, oder aber die bedingte Strafe widerrufen bzw. (bei beding- ter Entlassung) die Rückversetzung in den Straf- oder Massnahmenvollzug an- ordnen, wenn ernsthaft zu

erwarten ist, dass der Verurteilte neue Straftaten begeht (Art. 95 Abs. 4 lit. a und c sowie Abs. 5 StGB).

Aus der vorstehend umschriebenen gesetzlichen Konzeption der Weisung ergibt sich, dass sich eine solche nur akzessorisch zu einer laufenden Probezeit, sei es bei Gewährung des bedingten Strafvollzugs (Art. 38 Abs. 2 MStG), bei Absehen von einer Rückversetzung nach einem Probezeitdelikt unter gleichzeitiger Verlängerung der Probezeit (Art. 40 Abs. 2 MStG) oder anlässlich einer bedingten Entlassung (Art. 34b Abs. 1 MStG in Verbindung mit Art. 87 Abs. 2 StGB), anordnen lässt (vgl. insbesondere auch [Art. 54 MStG i.V.m.] Art. 94 StGB: "Die Weisungen, welche das Gericht [...] dem Verurteilten für die Probezeit erteilen kann [...]"). So hält denn auch das Bundesgericht fest: "Nach dem Gesetz können nur bedingte Strafen mit Weisungen verbunden werden, deren Zweck gerade auch darin besteht, im wohlverstandenen Interesse des Verurteilten dessen Bewährungsaussichten zu begünstigen" (BGE 137 IV 72 E. 2.4 S. 78).

E. 3.5.2

Wie bereits ausgeführt wurde, handelt es sich beim Ausschluss aus der Armee nicht (mehr) um eine Nebenstrafe, sondern um eine Massnahme (oben E. 3.3). Bereits altrechtlich konnte der Ausschluss aus der Armee nicht bedingt ausgesprochen werden (vgl. Art. 32 Ziff. 1 Abs. 1 MStG in der Fassung vom 1. Februar 1975; KURT HAURI, Militärstrafgesetz, Kommentar, Bern 1983, Art. 32 N. 5 sowie Art. 36 N. 20). Selbiges muss erst recht für den Armeeausschluss in

13/19

seiner aktuellen Ausgestaltung als Massnahme gelten, in welchem Bereich ein bedingter Vollzug von vornherein ausser Betracht fällt (vgl. BGE 108 IV 158 E. 1 S. 159; 129 IV 296 E. 2.1 und 2.2; GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II, 2. Auflage, Bern 2006, § 5 N. 18). Insofern erscheinen Weisungen in diesem Zusammenhang unzulässig und im Ergebnis auch sinn- und zwecklos, da sich der Verurteilte mangels bedingten Ausschlusses und entsprechender Probezeit überhaupt nicht im technischen Sinne zu bewähren vermöchte (und im Falle einer Widerhandlung gegen die angeordneten Weisungen auf einen – militärstrafrechtlichen – Nichtentlassungsentscheid auch nicht zurückgekommen werden könnte). Auch ergäbe eine bedingte Entlassung aus der Armee insoweit wenig Sinn, als die für den Entlassungsentscheid massgeblichen Faktoren (objektive Untragbarkeit des Fehlbaren für die Armee) vom Angeklagten regelmässig nur sehr beschränkt individuell beeinflussbar sein dürften. Schliesslich besteht auch sachlich keine Notwendigkeit für die Einführung einer bedingten Entlassung, weil ausserhalb eines Strafverfahrens – wie ebenfalls bereits erwähnt (oben E. 3.3) – auch eine administrative Entlassung aus der Armee in Anwendung von Art. 22 MG möglich ist und bleibt.

E. 3.5.3

Das Militärappellationsgericht hat im angefochtenen Entscheid denn auch richtigerweise eine bedingt aufgeschobene Entlassung aus der Armee nicht in Erwägung gezogen, sondern im Ergebnis den erstinstanzlichen Nichtausschluss bestätigt. Dies hätte es nicht tun dürfen, wenn die oben erwähnten Voraussetzungen für einen Ausschluss aus der Armee (E. 3.3) zu bejahen gewesen wären. Für einen lediglich unter Auferlegung von Weisungen zu rechtfertigenden Nichtausschluss aus Verhältnismässigkeitsüberlegungen, wie er der Vorinstanz offenbar vorschwebt, lässt das Gesetz keinen Raum.

E. 3.5.4

Hinzu kommt vorliegend, dass sich die Weisung – entgegen dem Dispositiv des angefochtenen Urteils (Ziff. 3 des Dispositivs: "während der Probezeit von

E. 3.5.5

Nach dem Gesagten ist die vorinstanzliche Verknüpfung des Nichtausschlusses aus der Armee mit der Weisung zulasten des Verurteilten, sich während der Probezeit zur Behandlung seiner Erkrankung durch eine Fachperson therapieren zu lassen, unzulässig. Dies führt indessen nicht zur Aufhebung des angefochtenen Urteils, da der Verurteilte selber dagegen kein Rechtsmittel ergriffen und der Auditor diesen Punkt nicht zugunsten des Angeklagten aufgegriffen hat. Welche Tragweite die Weisung nach ihrer vorliegend festgestellten Unrechtmässigkeit im Ergebnis (noch) hat, kann dahingestellt bleiben, zumal mit der Kontrolle ihrer Einhaltung und allfälligen Sanktionierung nach dem angefochtenen Urteil ohnehin kein Militärgericht oder Organ des Strafvollzugs, sondern der Militärärztliche Dienst betraut wurde, welcher die notwendigen Schlüsse – im Hinblick auf einen allfälligen späteren administrativen Ausschluss gestützt auf Art. 22 MG – selber zu ziehen hat und insofern durch das Urteil des Militärappellationsgerichts ohnehin nicht gebunden ist.

Zu prüfen bleibt damit, ob der Nichtausschluss aus der Armee sich auch ohne die vorinstanzliche Weisung als rechtskonform erweist, was der Auditor bestreitet.

E. 3.6

Vorauszuschicken ist, dass es sich bei der – nach dem vorstehend Ausgeführten (E. 3.5) zu Unrecht weisungsweise angeordneten – Therapie nicht um eine erst noch einzuleitende, sondern um eine solche handelt, welche der Verurteilte nach den Feststellungen im angefochtenen Urteil bereits aus eigenem Antrieb begonnen hat und mit Blick auf den attestierten positiven Thera-

15/19

pieverlauf mutmasslicherweise (auf freiwilliger Basis) auch weiterführen wird. Die vom Auditor in Zweifel gezogene Vereinbarkeit dieser Therapie sowie der im Zuge derselben verabreichten Medikamente mit dem Dienstbetrieb bleibt damit weiterhin zu prüfen. Entgegen der Meinung des Auditors stehen die Sitzungen mit der Therapeutin einem geordneten Dienstbetrieb nicht entgegen, ist doch keineswegs dargetan, dass diese während des Dienstbetriebes nicht unterbrochen oder angepasst werden könnten. Aus dem Aufdruck des Beipackzettels des verschriebenen Medikaments (Concerta) ergibt sich nicht, dass die dort angegebenen Nebenwirkungen – worunter Benommenheit und damit einhergehende Beeinträchtigung der Reaktionsfähigkeit, der Fahrtüchtigkeit und der Fähigkeit, Werkzeuge und Maschinen zu bedienen – im vorliegenden Fall auch tatsächlich auftreten. Die Beipackzettel lassen bekanntlich keine, auch noch so selten beobachtete Nebenwirkung aus, um die Haftung des Herstellers auszuschliessen. Immerhin kann das hier fragliche Medikament selbst von Kindern ab sechs Jahren eingenommen werden. Es handelt sich um ein zentralnervöses Stimulans, das die Aufmerksamkeit erhöht und die Impulsivität und Hyperaktivität bei Kindern, Jugendlichen und Erwachsenen mit einer sogenannten Aufmerksamkeitsdefizit/Hyperaktivitätsstörung (ADHS) senkt (Appellationsakten, pag. 39). Es ist damit geeignet, das Verhalten des Verurteilten auszugleichen. Die Interessen der Armee an einem geordneten Dienstbetrieb sind damit rechtsgenügend berücksichtigt, ebenso die öffentliche Sicherheit und jene der

Militärangehörigen.

Auch die übrigen Umstände lassen den vorinstanzlich bestätigten Nicht- ausschluss aus der Armee nicht als rechtsverletzend erkennen: Dem Verurteilten ist kein schweres Verschulden vorgeworfen worden; verschiedene Punkte (so u.a. sein guter Leumund, seine Einsicht, Reue und Kooperation) konnten strafmindernd berücksichtigt werden. Der Verurteilte ist namentlich kein Wiederholungstäter; die ihm gestellte positive Prognose hat er bezüglich seines Verhaltens innerhalb des Dienstbetriebs (anlässlich eines WK im Jahr 2012) bereits einmal bestätigt. Sodann ist seine Straftat durch eine üble Provokation von Kameraden ausgelöst worden. Die ihm vom Militärgericht 7 zugebilligte leicht verminderte Schuldfähigkeit beruhte denn auch keineswegs allein auf der ADHS-Diagnose, sondern massgeblich auf weiteren, zur Tatzeit wirkenden, vornehmlich exogenen Faktoren (fehlender Schlaf, erfolgloses Beschweren bei Vorgesetzten, erfolgloses Bitten um Ruhe, entwertender "Streich" mit Milch und Kakaopulver, mangelnde Verständigung auf Französisch, Alkoholenuss und Cannabiskonsum). Es lagen somit besondere, spezifische Umstände für die Tat vor, weshalb dem Verurteilten eine günstige Prognose gestellt worden ist. Sollten sich Umstände ergeben, aufgrund denen er für den Militärdienst untragbar

16/19

wird, können jederzeit die nötigen Massnahmen und gestützt auf Art. 22 MG ein administratives Verfahren auf Ausschluss aus der Armee eingeleitet werden.

Eine Rechtsverletzung oder Ermessensüberschreitung des Militärappellationsgericht 2 liegt beim gegebenen, rechtmässig festgestellten Sachverhalt nicht vor. Insbesondere drängt sich nicht imperativ der Schluss auf, der Verurteilte sei für die Armee objektiv untragbar.

E. 4.1

Schliesslich beanstandet der Auditor die Kostenverlegung des Militärappellationsgerichts. Es lägen keine besonderen Gründe im Sinne von Art. 151 Abs. 1 Satz 2 MStP vor, aufgrund derer das Gericht die Kosten ganz oder teilweise erlassen könne. Er bringt unter anderem vor, der Kostenaufwand für das Verfahren sei nicht unverhältnismässig hoch gewesen; es läge kein sozialer Härtefall vor; der Resozialisierungsgedanke spiele keine Rolle, weil der Verurteilte die Strafe nicht verbüssen müsse, und ausserdem könnten ihm im Kostenvollzug Zahlungserleichterungen gewährt werden.

E. 4.2

Gemäss Art. 151 Abs. 1 MStP werden dem Verurteilten die Kosten der Untersuchung und der Hauptverhandlung auferlegt. Aus besonderen Gründen kann ihm das Gericht die Kosten ganz oder teilweise erlassen. Ob die vom Gesetzgeber nicht näher umschriebenen "besonderen Gründe" für einen ganzen oder teilweisen Kostenerlass vorliegen, ist vom zuständigen Gericht unter Berücksichtigung der massgeblichen Umstände des Einzelfalles im Rahmen des pflichtgemässen Ermessens zu entscheiden (vgl. MKGE 10 Nr. 7 E. 3 sowie Nr. 43 E. 2).

Nach ständiger Praxis des MKG können diese Gründe objektiver oder subjektiver Natur sein. Als Gründe objektiver Natur kommen Billigkeitserwägungen in Betracht, wenn etwa die Strafuntersuchung zu einem unverhältnismässig hohen Kostenaufwand geführt hat, der gerechterweise dem Verurteilten nicht vollständig überbunden werden kann. Subjektive Gründe sind solche, die in der Person des Verurteilten oder dessen Lebensumständen zu suchen sind. Dem Kostenerlass liegt die Idee zugrunde, dass der Verurteilte die gerechte

Sanktion durch die im Urteil ausgesprochene Strafe erleiden soll und nicht durch die Auflage entstandener Kosten. Unangemessene soziale Härte und der Resozialisierungsgedanke, wonach der Verurteilte, namentlich wenn er verschuldet ist, nicht mit Verfahrenskosten zu belasten ist, die ihm nach erstandener Strafe die Wiedereingliederung ins normale Leben erschweren, können daher ebenfalls berücksichtigt werden (MKGE 10 Nr. 1 E. 2, Nr. 7 E. 1, Nr. 43 E. II/2, Nr. 85

17/19

E. 1; 11 Nr. 90 E. 1; ferner: GERRITT GÖRLICH, in: MStP-Kommentar, Art. 151 N. 8).

E. 4.3

Die Rügen des Auditors sind nicht geeignet, die im angefochtenen Entscheid geschützte erstinstanzliche Festsetzung der Verfahrenskosten unter Gewährung eines teilweisen Kostenerlasses als Ermessenüberschreitung oder - missbrauch erscheinen zu lassen.

E. 4.3.1

Verfehlt ist zunächst der Hinweis des Auditors, ein Härtefall scheidet schon aufgrund der Zwangsvollstreckungsregeln aus, weil dem Betroffenen bei einer Einkommenspfändung nach den (für den Einzug von Gerichtskosten nach Art. 214 MStP in Verbindung mit Art. 75 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess [BZP; SR 273]) massgeblichen Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; SR 281.1) das Existenzminimum auf jeden Fall zu belassen sei. Die Zwangsvollstreckung folgt eigenen Regeln, die nicht schon beim Strafurteil zu berücksichtigen sind, sondern erst wenn die auferlegten Verfahrenskosten mangels Bezahlung eingetrieben werden müssen. Demgegenüber folgt der Kostenerlass nach Art. 151 Abs. 1 Satz 2 seinerseits – wie aufgezeigt (oben E. 4.2) – eigenen Gesetzmässigkeiten.

E. 4.3.2

Massgeblich ist vorliegend allein die Frage, ob im Sinne von Art. 151 Abs. 1 MStP besondere Gründe vorliegen, die eine Herabsetzung der Kostenaufgabe rechtfertigen. Das Militärappellationsgericht 2 hat hierzu unter anderem festgestellt, dass der Verurteilte über ein monatliches Einkommen von Fr. 3'300.-- verfügt. Das Einkommen des lediglich im Stundenlohn Beschäftigten sei zudem nicht gesichert und habe sich denn auch seit dem Zeitpunkt des erstinstanzlichen Urteils um Fr. 500.-- vermindert. Ein zumindest teilweiser Kostenerlass sei insofern geeignet, die Rückkehr des Verurteilten in geordnete Verhältnisse zu erleichtern. In gewisser Masse sei auch zu berücksichtigen, dass der Straftat eine massive Provokation vorausgegangen sei und der Verurteilte die begonnene Therapie teilweise mitfinanzieren müsse.

E. 4.3.3

Diese Gründe sind sachlich vertretbar. Entgegen der Auffassung des Auditors sind die Verfahrenskosten gemessen am Einkommen des Verurteilten relativ hoch. Davon hat das Militärappellationsgericht 2 dem Verurteilten allein für das erstinstanzliche Verfahren immerhin Fr. 5'000.-- der Barauslagen und Fr. 850.-- an Gebühren überbunden. Es ist eine Ermessensfrage, über wie viele Monate der Verurteilte sein ganzes freies Einkommen für die Kosten des Straf-

18/19

verfahrens verwenden soll. Dieses Ermessen haben das Militärgericht 7 und das Militärappellationsgericht 2 mit der Reduktion der erstinstanzlichen Verfahrenskosten um rund 60 % im vorliegenden Fall nicht überschritten, auch wenn es ebenso vertretbar gewesen wäre, dem Verurteilten einen höheren Anteil der Verfahrenskosten zu überbürden.

E. 4.4

Entgegen der Auffassung des Auditors ist das Urteil des Militärappellationsgerichts 2 auch nicht wegen der Feststellung zu kassieren, dass sich der Verurteilte in einer finanziell angespannten Situation befinde. Diese Aussage ist letztlich nicht entscheidend. Ebenso wenig ist entscheidend, wie der Angeklagte den freien Beitrag seines Einkommens verwendet, ob er so sparsam ist, dass er trotz des kleinen Einkommens einen schönen Betrag sparen kann, oder ob er den freien Betrag für Ausbildung oder Konsum verwendet. Entscheidend ist allein, dass ein Einkommen von Fr. 3'300.-- (zumal ungesichert) objektiv betrachtet tatsächlich bescheiden ist, so dass eine Reduktion der doch beträchtlichen Gesamtkosten des erstinstanzlichen Verfahrens als vertretbar erscheint (bei Gesamtkosten von Fr. 12'896.-- war der grösste Posten das forensisch-psychiatrische Gutachten von rund Fr. 8'700.--). Die Annahme, dass der teilweise Kostenerlass unter den gegebenen Umständen geeignet ist, die soziale Integration des Verurteilten aufrechtzuerhalten, erscheint nicht als unhaltbare Schlussfolgerung. Eine Ermessensüberschreitung ist nicht ersichtlich und ebenso nicht eine willkürliche Beweiswürdigung, die sich auf das Urteil ausgewirkt hätte, oder im Ergebnis die Anwendung von sachfremden Kriterien.

E. 5

Nach dem Gesagten ist die Kassationsbeschwerde des Auditors in allen Punkten als unbegründet abzuweisen.

In dieser Konstellation und bei diesem Ausgang gehen die Kosten des Verfahrens vor Militärkassationsgericht zu Lasten des Bundes (Art. 193 in Verbindung mit Art. 183 Abs. 1 Satz 2 MStP; MOSER, in: MStP-Kommentar, Art. 193 N. 16). Die Entschädigung der amtlichen Verteidigerin des Angeklagten und Beschwerdegegners für das Verfahren vor Militärkassationsgericht erfolgt usanzgemäss durch separate Verfügung des Präsidenten (MKGE 13 Nr. 9 E. 5).

19/19

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