

## **MKGE 14 Nr. 30**

Mkg, 2020-09-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/mkg\\_MKGE\\_14\\_Nr\\_30](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/mkg_MKGE_14_Nr_30)

FR: ATMC 14 n° 30

IT: STMC 14 n. 30

### **Erwägungen**

#### **E. 2**

Der Auditor bestreitet die Zulässigkeit des Aufschubs des Vollzugs der Geldstrafe von 70 Tagessätzen zu Fr. 90.-- und meint, dass das Militärappellationsgericht 2 zufolge Widerrufs des bedingten Vollzugs des Urteils vom 28. Januar 2016 in Anwendung von Art. 40 Abs. 1 Satz 2 MStG eine Gesamtstrafe hätte aussprechen müssen. Wie sich aus den nachstehenden Erwägungen ergibt, muss nur der zweite Einwand beurteilt werden.

a) Der Gesetzgeber hat mit dem Bundesgesetz vom 19. Juni 2015 (AS 2016 1249) das Sanktionenrecht sowohl des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0) als auch des Militärstrafgesetzes (MStG) geändert. Davon betroffen waren unter anderem die Art. 46 Abs. 1 StGB und der Art. 40 Abs. 1 MStG. Die Formulierung dieser beiden Bestimmungen ist identisch und lautet wie folgt: «Begeht der Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen und ist deshalb zu erwarten, dass er weitere Straftaten verüben wird, so widerruft das Gericht die bedingte Strafe oder den bedingten Teil der Strafe. Sind die widerrufenen und die neue Strafe gleicher Art, so bildet es in sinngemässer Anwendung von [Artikel 49 StGB / 43 MStG] eine Gesamtstrafe.» Die sinngemäss anzuwendenden Art. 49 StGB bzw. Art. 43 MStG befassen sich mit der Konkurrenz und der Bildung von Gesamtstrafen (siehe dazu im Einzelnen BGE 144 IV 217).

b) Wie das Militärappellationsgericht 2 zutreffend ausführt, entspricht der Allgemeine Teil des MStG im Wesentlichen dem Allgemeinen Teil des StGB; er weicht lediglich dort ab, wo die spezifischen Bedürfnisse des MStG es erfordern. Der Gesetzgeber hatte sich bereits im Rahmen früherer Revisionen zum Ziel gesetzt, diese Übereinstimmung soweit als möglich zu bewahren (siehe Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches [Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes] und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998; BBl 1999 II 1979, 1986) und wollte auch mit der neuesten Revision die Parallelität zwischen dem bürgerlichen und militärischen Strafgesetzbuch herstellen bzw. beibehalten (siehe Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes [Änderungen des Sanktionenrechts] vom 4. April 2012; BBl 2012 4721, 4751). Es scheint sinnvoll und vertretbar, wenn das Militärkassationsgericht bei der Auslegung von Bestimmungen des MStG diese vom Gesetzgeber angestrebte Parallelität beachtet und sich an der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesgerichts orientiert.

c) In BGE 145 IV 146 hat sich das Bundesgericht ausführlich mit Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB auseinandergesetzt. Es kam zum Schluss, dass das Gericht – die Gleichartigkeit der einzelnen ausgesprochenen Strafen und den Widerruf der Vorstrafe vorausgesetzt – mit den früheren Taten den während der Probezeit begangenen Taten eine Gesamtstrafe bilden muss

(E. 2.3.5). Bei der Gesamtstrafenbildung hat das Gericht von derjenigen Strafe als «Einsatzstrafe» auszugehen, die es für die während der Probezeit neu verübte Straftat nach den Strafzumessungsgrundsätzen von Art. 47 ff. StGB ausfällt. Anschliessend ist diese mit Blick auf die zu widerrufende Vorstrafe angemessen zu erhöhen (E. 2.4.2). Auf diese Erwägungen kann für die Auslegung von Art. 40 Abs. 1 Satz 2 MStG verwiesen werden.

Nr. 30 175

d) Das Militärappellationsgericht 2 bestimmte zuerst das Strafmass für die zu beurteilende Dienstverweigerung und Dienstversäumnis (E. V/8: 70 Tagessätze zu Fr. 90.--) und befand, der Aufschub des Vollzugs des mit Urteil vom 28. Januar 2016 ausgesprochenen Strafe von 15 Tagessätzen zu Fr. 70.-- sei zu widerrufen (E. VI/3). Sodann erwog es, der Vollzug der (neu) ausgefallenen Geldstrafe (Probezeitdelikt) sei aufzuschieben, sofern der bedingte Strafvollzug nicht aufgrund des auszusprechenden Widerrufs ausgeschlossen werde (E. VII/4). Weiter stellte es fest, die zu widerrufende und die neu auszufällende Strafe seien gleichartig. In BGE 145 IV 146 sei es aber um einen Widerruf und eine gleichzeitig unbedingt ausgesprochene neue Strafe gegangen. Hier stelle sich demgegenüber die Frage, «ob aufgrund des neuen Rechts selbst bei an sich gegebenen Voraussetzungen für einen bedingten Strafvollzug beim Probezeitdelikt zufolge Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB bzw. Art. 40 Abs. 1 Satz 2 MStG zwingend eine unbedingt vollziehbare Gesamtstrafe zu bilden» sei; dazu äussere sich der Entscheid des Bundesgerichts nicht ausdrücklich (E. VII/4.4). Aus systematischer und historischer Sicht sprächen jedoch triftige Gründe dafür, dass der Wortlaut von Art. 40 Abs. 1 Satz 2 MStG soweit hier interessierend nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergebe. Bei richtiger Auslegung beziehe sich diese Bestimmung auf die Gesamtstrafenbildung im Fall gleichartiger vollziehbarer Strafen. Sie schränke damit das in Art. 36 MStG statuierte Ermessen des Zweitgerichts nicht ein, so dass es bei einem Widerruf und einem Aussprechen einer gleichartigen Strafe für das Probezeitdelikt im letzteren Fall dennoch den bedingten Strafvollzug gewähren könne (E. VII/4.5).

Im Grund hat das Militärappellationsgericht 2 damit die bisherige Rechtsprechung gemäss MKGE 13 Nr. 33 E. 2 übernommen, in welchem das Militärkassationsgericht den Widerruf des bedingten Strafvollzugs einer früheren Geldstrafe bei gleichzeitiger Gewährung des bedingten Strafvollzugs für die neue Geldstrafe als zulässig beurteilt hat.

e) Dass (Geld- oder Freiheits-)Strafen aufgrund unterschiedlicher Vollzugsformen nicht zu ungleichartigen Strafen werden, ergibt sich bereits aus der gesetzlichen Terminologie und Systematik. Bedingte, teilbedingte und vollziehbare Strafen stellen «verschiedene Varianten jeweils derselben Straftat» dar (so jüngst ausdrücklich Urteil des Bundesgerichts 6B\_780/2019 vom 17. August 2020 E. 3.4, zur Publ. vorgesehen, mit weiteren Hinweisen). Zu prüfen ist also, ob der Wortlaut von Art. 40 Abs. 1 Satz 2 MStG in diesem Punkt nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt, wie das Militärappellationsgericht 2 meint. Unausgesprochen stört sich das Militärappellationsgericht 2 daran, dass die Gesamtstrafe nicht teilbedingt ausgesprochen werden kann.

Mit dem Bundesgesetz vom 21. März 2003, in Kraft seit 1. Januar 2007 (AS 2006 3389; BBl 1999 1979), beabsichtigte der Gesetzgeber im Bereich des Sanktionenrechts, zum einen die Auswahl der Sanktionen zu vergrössern und zum anderen kurze Freiheitsstrafen weitgehend zurückzudrängen und sie durch die neuen Sanktionen der Geldstrafe und der gemeinnützigen Arbeit zu ersetzen (BBl 2012 4721, 4726). Namentlich sollte es in der

Regel keine Freiheitsstrafen von weniger als sechs Monaten geben (vgl. Art. 34 MStG). Geldstrafen konnten unbedingt, bedingt (Art. 36 Abs. 1 MStG) oder teilbedingt (Art. 37 Abs. 1 MStG) ausgesprochen werden (alle zitierten Artikel in der bis am 31. Dezember 2017 geltenden Fassung).

Nr. 30

176 Bereits im Jahr 2012 reagierte der Bundesrat auf die Kritik, die an der Revision von 2007 geübt worden war. Diese betraf unter anderem den Grenzbereich zwischen Übertretungen und Vergehen (weil Übertretungen stets mit einer unbedingten Sanktion [Busse oder gemeinnützige Arbeit] geahndet werden mussten, für schwerer wiegende Vergehen dagegen auch eine bedingte Sanktion in Betracht kam). Ausserdem machten Kritiker geltend, der bedingten Geldstrafe fehle es – im Unterschied zur früher möglichen bedingten kurzen Freiheitsstrafe – an der Eindringlichkeit und Ernsthaftigkeit; ihre präventive Wirksamkeit wie auch ihre Funktion als schuldangemessener Tatausgleich wurde infrage gestellt (BBl 2012 4721, 4727 f.). Dies war namentlich darauf zurückzuführen, dass der Vollzug von Geldstrafen – gleich den Freiheitsstrafen von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren – gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB bzw. Art. 36 Abs. 1 MStG (je in der bis am 31. Dezember 2017 geltenden Fassung) «in der Regel» aufzuschieben waren.

Im Rahmen der neuerlichen Revision schlug der Bundesrat dem Parlament nebst der Wiedereinführung von Freiheitsstrafen ab drei Tagen vor, den teilbedingten und bedingten Vollzug von Geldstrafen auszuschliessen (BBl 2012 4721, 4733). In diesem Sinn passte er in seinem Entwurf Art. 42 f. StGB bzw. Art. 36 f. MStG, welche die Voraussetzungen für den bedingten und teilbedingten Vollzug regelten, redaktionell an und strich den Begriff «Geldstrafe» (BBl 2012 4721, 4744 f.). Als Erstrat beschloss der Nationalrat demgegenüber, die bedingte Geldstrafe beizubehalten (AB 2013 N 1612) aber die Möglichkeit der teilbedingten Geldstrafe, wie vom Bundesrat vorgeschlagen, abzuschaffen (vgl. Votum NR Caroni, AB 2013 N 1580). Der Ständerat stellte sich gegen die Beibehaltung der bedingten Geldstrafe und beschloss, eine Geldstrafe müsse jeweils mindestens zur Hälfte unbedingt vollzogen werden (AB 2014 S 640). Nachdem zunächst beide Räte jeweils an ihren eigenen Vorschlägen festgehalten hatten (AB 2014 N 1716; AB 2014 S 1054 f.; AB 2015 N 98), schloss sich der Ständerat schliesslich dem Vorschlag des Nationalrats an (AB 2015 S 358). Damit blieb es dabei, dass eine Geldstrafe entweder bedingt (Art. 36 Abs. 1 MStG) oder unbedingt, nicht aber teilbedingt (Art. 37 Abs. 1 MStG) ausgesprochen werden kann (BG vom 19. Juni 2015 [Änderungen des Sanktionenrechts], in Kraft seit 1. Januar 2018; AS 2016 1249; BBl 2012 4721).

Aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich demnach, dass der Nationalrat die teilbedingte Geldstrafe trotz Beibehaltung der bedingten Geldstrafe abschaffen wollte und sich der Ständerat nach längerem Zögern dieser Lösung anschloss. Insofern hat der Gesetzgeber das Ermessen des Zweitgerichts zumindest teilweise eingeschränkt. Eine Erklärung, weshalb trotz Beibehaltung der bedingten Geldstrafe eine teilbedingte Geldstrafe nicht mehr möglich sein soll, lässt sich den parlamentarischen Beratungen zugegebenermassen nicht entnehmen. Diese Feststellung genügt indes nicht, um die Schlussfolgerung des Militärappellationsgerichts 2 zu stützen.

f) Dem Gericht stehen folgende Varianten offen: Es kann die bedingte Erststrafe widerrufen und in Anwendung von Art. 40 Abs. 1 Satz 2 MStG eine Gesamtstrafe bilden, die

unbedingt zu vollziehen ist. Alternativ kann das Gericht in Anlehnung an die Rechtsprechung gemäss BGE 134 IV 140 E. 4.5 auf den Widerruf der bedingten Erststrafe verzichten, womit keine Gesamtstrafe zu bilden ist, und den unbedingten Vollzug der Zweitstrafe anordnen. Schliesslich kann das Gericht den bedingten Vollzug der Erststrafe widerrufen und für die Zweitstrafe eine andere Straftat vorsehen, weshalb es keine Gesamtstrafe zu bilden hat und den Vollzug der Zweitstrafe aufschieben kann. Damit verfügt das Gericht

Nr. 30 177 über genügend Möglichkeiten, um in einem Fall wie dem Vorliegenden zu einem rechts- konformen Ergebnis zu gelangen. Für die Möglichkeit, trotz Widerrufs einer ersten be- dingten Geldstrafe die zweite Geldstrafe bedingt auszusprechen, verbleibt unter dem gel- tenden Art. 40 Abs. 1 MStG kein Raum. An der bisherigen Rechtsprechung gemäss MKGE 13 Nr. 33 E. 2 kann nicht festgehalten werden.

g) Indem das Militärappellationsgericht 2 den bedingten Vollzug des Urteils vom 28. Januar 2016 widerrufen, keine Gesamtstrafe gebildet und den Vollzug des neuerlichen Urteils aufgeschoben hat, verletzte es im Sinn von Art. 185 Abs. 1 Bst. d MStP das Militärstrafgesetz.

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