



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Schweizer Armee
Armée suisse
Esercito svizzero

Reglement 67.016 dfi

Entscheidungen des Militärkassationsgerichtes aus den Jahren 2014–2021

(Band 14)

Arrêts du Tribunal militaire de cassation des années 2014–2021

(Volume 14)

Sentenze del Tribunale militare di cassazione degli anni 2014–2021

(Volume 14)

Stand am 11.11.2023



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Schweizer Armee
Armée suisse
Esercito svizzero

Reglement 67.016 dfi

Entscheidungen des Militärkassationsgerichtes aus den Jahren 2014–2021

(Band 14)

Arrêts du Tribunal militaire de cassation des années 2014–2021

(Volume 14)

Sentenze del Tribunale militare di cassazione degli anni 2014–2021

(Volume 14)

Stand am 11.11.2023

Der vorliegende Band enthält 34 Entscheidungen des Militärkassationsgerichts.

Diese Sammlung sowie jüngere Urteile können ebenfalls auf dem Internet konsultiert werden; letztere werden dort laufend nachgeführt (www.oa.admin.ch > Urteile MKG und Dokumente).

Le présent volume comprend 34 arrêts du Tribunal militaire de cassation.

Ce recueil ainsi que les arrêts plus récents peuvent également être consultés sur internet ; ces derniers sont actualisés constamment (www.oa.admin.ch > Jugements TMC et documents).

Il presente volume contiene 34 sentenze pronunciate dal Tribunale militare di cassazione.

Questa raccolta nonché le sentenze più recenti possono pure essere consultate in internet; quest'ultime vengono continuamente aggiornate (www.oa.admin.ch > Sentenze TMC e documenti).

Inhaltsverzeichnis – Sommaire – Sommario

Seite – page – pagina

Inhaltsverzeichnis – Sommaire – Sommario.....	V
Abkürzungen – Abréviations – Abbreviazioni.....	VII
Entscheidungen des MKG, 14. Band – Arrêts du TMC, 14^{ème} volume – Sentenze del TMC, 14^o volume	1
Entscheidungsliste nach Nummern.....	219
Liste des arrêts selon les numéros.....	223
Lista delle sentenze ordinate per numero	227
Sach- und Gesetzesregister	231
Répertoire des mots clés et des articles de loi.....	237
Indice delle parole chiave e delle leggi.....	243

Abkürzungen – Abréviations – Abbreviazioni

ACF	=	Arrêté du Conseil fédéral
AS	=	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ATF	=	Arrêts du Tribunal fédéral suisse. Recueil officiel
ATMC	=	Arrêts du Tribunal militaire de cassation
BBI	=	Bundesblatt
BetmG	=	Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe
BGE	=	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts. Amtliche Sammlung
BGer	=	Bundesgericht
BRB	=	Bundesratsbeschluss
BSK	=	Basler Kommentar
BV	=	Bundesverfassung
c.	=	Considérant
	=	Considerazione
CC	=	Code civil suisse
	=	Codice civile svizzero
CdA	=	Chef der Armee
CEDH	=	Convention Européenne des Droits de l'Homme
CEDU	=	Conventione Europea dei Diritti dell'uomo
CO	=	Code civil Suisse, livre cinquième : Droit des obligations
	=	Codice civile svizzero, libro quinto: Diritto delle obbligazioni
Consid.	=	Considérant
	=	Considerazione
Cost.	=	Costituzione federale
CPM	=	Code pénal militaire
	=	Codice penale militare
CPP	=	Code de procédure pénale suisse
	=	Codice di diritto processuale penale svizzero
CP	=	Code pénal suisse
	=	Codice penale svizzero
Cst.	=	Constitution fédérale
DCF	=	Decreto del Consiglio federale
Div Ger	=	Divisionsgericht
DR	=	Dienstreglement
DRA	=	Dienstreglement der Armee
DTF	=	Decisioni del Tribunale federale
E.	=	Erwägung
EGMR	=	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

EMRK	=	Europäische Menschenrechtskonvention
FF	=	Feuille fédérale
	=	Foglio federale
GWK	=	Grenzwachkorps
IS	=	Integrale Sicherheit
LAAM	=	Loi fédérale sur l'armée et l'administration militaire (Loi sur l'armée)
LArm	=	Loi fédérale sur les armes, les accessoires d'armes et les munitions
LCR	=	Loi fédérale sur la circulation routière
LCStr	=	Legge federale sulla circolazione stradale
LM	=	Legge federale sull'esercito e sull'amministrazione militare (Legge militare)
LSC	=	Loi fédérale sur le service civil
	=	Legge federale sul servizio civile sostitutivo (Legge sul servizio civile)
MAG	=	Militärappellationsgericht
MDV	=	Verordnung über die Militärdienstpflicht
MG	=	Bundesgesetz über die Armee und die Militärverwaltung
Mil Ger	=	Militärgericht
MJV	=	Verordnung über die Militärjustiz
MKG	=	Militärkassationsgericht
MKGE	=	Entscheidungen des Militärkassationsgerichts
MStG	=	Militärstrafgesetz
MStP	=	Militärstraßprozess
MStV	=	Verordnung über die Militärstrafrechtspflege
OCOM	=	Ordonnance sur les contrôles militaires
	=	Ordinanza sui controlli militari
ODA	=	Organisation der Ausbildungsdienste
OEPM	=	Ordonnance concernant l'équipement personnel des militaires
OGMP	=	Ordinanza concernente la giustizia penale militare
OJPM	=	Ordonnance concernant la justice pénale militaire
OMi	=	Ordonnance sur les obligations militaires
OOmi	=	Ordonnance concernant les obligations militaires
OOPSM	=	Ordinanza concernente l'obbligo di prestare servizio militare
OPers	=	Ordonnance sur le personnel de la Confédération
	=	Ordinanza sul personale federale
OSCI	=	Ordonnance sur le service civil
	=	Ordinanza sul servizio civile
OR	=	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)
OSI	=	Organisation des services d'instruction

PPM	=	Prodécure pénale militaire
	=	Procedura penale militare
RO	=	Recueil officiel du droit fédéral
RS	=	Règlement de service
	=	Regolamento di servizio
RS	=	Recueil systématique du droit fédéral
	=	Raccolta sistematica del diritto federale
RU	=	Raccolta ufficiale delle leggi federali
SchKG	=	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs
SI	=	Sécurité intégrale
	=	Sicurezza integrale
SR	=	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	=	Schweizerisches Strafgesetzbuch
StPO	=	Schweizerische Strafprozessordnung
STMC	=	Sentenze del Tribunale militare di cassazione
SVG	=	Bundesgesetz über den Strassenverkehr
TF	=	Tribunal fédéral
	=	Tribunale federale
TM	=	Tribunal militaire
	=	Tribunale militare
TMA	=	Tribunal militaire d'appel
	=	Tribunale militare d'appello
TMC	=	Tribunal militaire de cassation
	=	Tribunale militare di cassazione
Trib div	=	Tribunal de division
	=	Tribunale di divisione
Trib mil	=	Tribunal militaire
	=	Tribunale militare
VMBM	=	Verordnung über die medizinische Beurteilung der Militärdiensttauglichkeit und der Militärdienstfähigkeit
VmK	=	Verordnung über das militärische Kontrollwesen
WG	=	Bundesgesetz über Waffen, Waffenzubehör und Munition
ZAG	=	Bundesgesetz über die Anwendung von polizeilichem Zwang und polizeilichen Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes (Zwangsanwendungsgesetz)
ZAV	=	Verordnung über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes (Zwangsanwendungsverordnung)
ZDG	=	Bundesgesetz über den zivilen Ersatzdienst (Zivildienstgesetz)
ZG	=	Zollgesetz

Entscheidungen des MKG, 14. Band – Arrêts du TMC, 14^{ème} volume – Sentenze del TMC, 14° volume

1

Art. 82 al. 1 let. b et al. 2 CPM ; art. 25 al. 1 let. c et 63 al. 1 let. a LAAM ; insoumission, tir obligatoire hors-service, cas de peu de gravité (pourvoi en cassation)

L'insoumission d'un membre de l'armée qui n'a pas effectué son tir obligatoire hors-service (y compris les cours de tir pour retardataires) pour la huitième fois a été considérée à tort comme un cas de peu de gravité (et, ce faisant, sanctionné par une amende disciplinaire) (consid. 2).

Art. 82 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 MStG; Art. 25 Abs. 1 Bst. c und Art. 63 Abs. 1 Bst. a MG; Militärdienstversäumnis, ausserdienstliche Schiesspflicht, leichter Fall (Kassationsbeschwerde)

Zu Unrecht bejahter (und durch Disziplinarbusse sanktionierter) leichter Fall von Militärdienstversäumnis bei einem Angehörigen der Armee, der der ausserdienstlichen Schiesspflicht (inklusive Nachschiesskurs) nunmehr bereits zum achten Mal in Folge nicht nachgekommen war (E. 2).

Art. 82 cpv. 1 lett. b e cpv. 2 CPM; art. 25 cpv. 1 lett. c et art. 63 cpv. 1 lett. a LM; omissione del servizio, tiro obbligatorio fuori servizio; caso di lieve gravità (ricorso per cassazione)

Caso di omissione del servizio di lieve gravità ammesso (e sancito mediante multa disciplinare) a torto per un milite che non ha adempiuto per l'oramai ottava volta di seguito al proprio obbligo di tiro fuori servizio (compreso il corso di tiro per ritardatari) (consid. 2).

Il résulte du dossier:

A.

a) A., né en 1982, incorporé auprès de la cp B, est tenu, en tant que sous-officier équipé d'un fusil d'assaut, d'effectuer chaque année des exercices de tir hors du service, en vertu de l'art. 63 al. 1 let. a de la loi fédérale du 3 février 1995 sur l'armée et l'administration militaire (LAAM, RS 510.10). Il n'a pas effectué ces exercices (tir obligatoire [TO]) en 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 et 2010. Il ne s'est pas non plus présenté, ces années-là, aux cours de tir pour retardataires (art. 63 al. 5 LAAM).

b) Les défauts aux TO ont été sanctionnés disciplinairement, jusqu'en 2009, par l'autorité militaire cantonale compétente, conformément à l'art. 95 al. 1 let. b ch. 2 de l'ordonnance du 24 octobre 1979 concernant la justice pénale militaire (OJPM, RS 322.2).

Par ordonnance de condamnation du 6 mars 2011 de l'Auditeur du Tribunal militaire 1, le prénommé a été reconnu coupable d'insoumission et a été condamné à une peine pécuniaire de 30 jours-amende avec sursis pendant quatre ans, ainsi qu'à une amende de Fr. 1'000.-. Cette ordonnance de condamnation sanctionna A. non seulement pour son défaut au TO en 2010, mais également et principalement pour son défaut au service d'instruction des formations (SIF) 2010 de son unité.

B.

a) En 2011, A. a une nouvelle fois fait défaut au TO et ne s'est pas présenté au tir pour retardataires du 12 novembre 2011, à W. Dans ces circonstances, l'Auditeur en chef a ordonné l'ouverture d'une enquête ordinaire contre le prénommé.

Par acte d'accusation du 12 octobre 2012, l'Auditeur du Tribunal militaire 1 a renvoyé A. (ci-après : l'accusé) devant le Tribunal militaire 1 pour être jugé de l'accusation d'insoumission intentionnelle pour avoir fait défaut au tir pour retardataires du 12 novembre 2011. Dans son acte d'accusation, l'Auditeur a retenu qu'il s'agissait du sixième défaut consécutif au TO.

b) Bien que régulièrement cité à l'audience du 21 juin 2013 du Tribunal militaire 1, l'accusé ne s'y est pas présenté.

C.

Par jugement rendu par défaut le 21 juin 2013, le Tribunal militaire 1 a reconnu l'accusé coupable d'insoumission et l'a par conséquent condamné à une amende disciplinaire de Fr. 1'000.-, ainsi qu'aux frais de la cause. Le sursis accordé le 6 mars 2011 n'a pas été révoqué.

Dans son jugement, le Tribunal militaire 1 a notamment constaté que « bien que dûment convoqué, l'accusé a fait défaut au TO pour retardataires qui s'est déroulé le 12 novembre 2011 à C. Dès lors qu'il s'agit du 6ème défaut consécutif au TO et que cette omission n'est plus considérée comme un cas de peu de gravité, l'accusé est renvoyé devant le Tribunal militaire ».

Dans ses considérants, le Tribunal militaire 1 a retenu que l'accusé, sanctionné plusieurs fois pour des défauts aux TO, ne pouvait ignorer la possibilité de participer au cours de tir pour retardataires en 2011, qu'il avait enfreint un ordre de service et qu'il s'était ainsi rendu coupable d'insoumission. Il a néanmoins considéré qu'il s'agissait d'un cas mineur, « en tenant compte de la nature du service éludé, soit un TO qui doit s'accomplir en l'espace d'une demi-journée ». Aussi a-t-il prononcé une peine sous la forme d'une amende disciplinaire.

D.

Par acte du 4 octobre 2013, l'Auditeur en chef (ci-après : le recourant) déclare se pourvoir en cassation contre le jugement par défaut du 21 juin 2013 par le Tribunal militaire 1.

Dans la motivation écrite de son pourvoi du 11 novembre 2013, le recourant fait en substance valoir que le cas d'espèce ne constitue pas un cas de peu de gravité, vu notamment la persistance du non-accomplissement des TO durant plusieurs années. Il se réfère à des recommandations de l'administration (Conférence des responsables cantonaux des affaires militaires et de la protection de la population, Association suisse des commandants des arrondissements militaires), reprises dans des recommandations qu'il a lui-même édictées en 2006, qui retiennent que, dès le cinquième défaut aux TO, l'affaire est transmise à la justice militaire (ouverture d'une enquête ordinaire), car cela n'est plus considéré comme un cas de peu de gravité.

Considérant:

2.

Le recourant se plaint d'une violation de la loi pénale, motif de cassation au sens de l'art. 185 al. 1 let. d PPM, en reprochant au Tribunal militaire 1 d'avoir appliqué à tort l'art. 82 al. 2 du Code pénal militaire du 13 juin 1927 (CPM, RS 321.0), alors que seul entrait en considération, selon lui, l'art. 82 al. 1 CPM.

2.1) L'art. 82 CPM porte sur l'infraction intitulée « insoumission et absence injustifiée ». A teneur de l'art. 82 al. 1 let. b CPM, sera punie d'une amende pécuniaire de 180 jours-amende au plus la personne qui, sans avoir le dessein de refuser le service militaire, ne se présente pas au service militaire, bien qu'elle y ait été convoquée. L'art. 82 al. 2 CPM dispose que, dans les cas mineurs, la personne fautive sera punie disciplinairement (texte allemand : « In leichten Fällen erfolgt disziplinarische Bestrafung »).

2.2) Le droit pénal militaire connaît, pour d'autres cas, le régime selon lequel l'infraction est punie disciplinairement si elle est de peu de gravité (« in leichten Fällen »). Il en va notamment ainsi des lésions corporelles (art. 122 et 124 CPM), de plusieurs infractions contre le patrimoine (art. 129 ss CPM), mais également pour d'autres infractions (voir la liste énumérée in : Peter Hauser/Stefan Flachsmann/Patrick Fluri, Disziplinarstrafordnung, 5^e éd., Zurich/St-Gall 2008, p. 13 ss).

La jurisprudence du Tribunal militaire de cassation retient que, pour que l'on puisse admettre que l'infraction est de peu de gravité, il faut qu'elle apparaisse comme telle sur le plan de la culpabilité, des mobiles, des circonstances personnelles et de la conduite militaire de l'auteur, ainsi que sous l'angle de la discipline de service. Le cas doit être de peu de gravité tant subjectivement qu'objectivement (ATMC 13 n° 3 consid. 3 et les arrêts cités).

2.3) En l'espèce, la question à résoudre est celle de savoir si une infraction, qui, prise isolément, représente généralement un cas de peu de gravité, peut être considérée

comme un cas ordinaire lorsqu'elle est répétée, commise régulièrement. Dans ce contexte, il s'agit de préciser que, dans le cas particulier, l'accusation ne porte pas sur plusieurs défauts aux TO, mais seulement sur le dernier, les précédents ayant tous été sanctionnés.

2.3.1) L'art. 12 let. a et e LAAM prévoit que la personne astreinte et apte au service militaire est tenue d'accomplir les services d'instruction – lesquels comprennent les écoles, cours, exercices et rapports (art. 41 al. 1 LAAM) – et les devoirs généraux hors du service. L'art. 25 al. 1 LAAM dispose que, hors du service, les personnes astreintes au service militaire ont les devoirs de conserver l'équipement personnel en lieu sûr et de le maintenir en bon état (let. a), de s'annoncer (let. b), d'accomplir le tir obligatoire (let. c) et de se conformer aux prescriptions concernant le comportement hors du service (let. d). Ainsi, selon l'art. 63 al. 1 let. a LAAM, les sous-officiers, appointés et soldats équipés du fusil d'assaut doivent effectuer chaque année des exercices de tir hors du service aussi longtemps qu'ils sont astreints au service militaire. Si elle n'accomplit pas le tir obligatoire, la personne astreinte doit se présenter à un cours de tir non soldé pour retardataires et, si elle n'obtient pas le résultat minimum requis, elle doit accomplir un cours de tir soldé (art. 63 al. 5 LAAM).

A la lecture de ces dispositions, le TO n'apparaît donc objectivement pas comme une obligation militaire d'importance mineure, contrairement à ce qu'a retenu le Tribunal militaire 1, même si elle est accomplie en quelques heures. Il s'agit de surcroît de réussir cet exercice de tir, sans quoi la personne astreinte devra suivre une formation supplémentaire de tir. Ainsi, dans sa finalité, le TO constitue une obligation qui permet de vérifier et d'améliorer les capacités de tir des personnes astreintes, au même titre que les SIF améliorent leurs compétences dans leurs fonctions respectives.

2.3.2) D'un point de vue subjectif, le refus de l'intimé d'effectuer les TO depuis qu'il y est astreint est un élément déterminant pour l'appréciation de sa culpabilité. Dans ce contexte, le Tribunal militaire de cassation relève que, dans le jugement attaqué, le Tribunal militaire 1 a suivi l'exposé des antécédents ou des renseignements militaires de l'intimé, en ne mentionnant pas les défauts aux TO 2004 et 2005, alors que ceux-ci ressortent clairement du dossier. Un tel exposé incomplet des antécédents militaires dans l'acte d'accusation ne lie pas l'autorité de jugement. Toutefois, que l'on retienne six ou huit défauts consécutifs importe peu, car la culpabilité n'est pas sensiblement différente.

En l'espèce, l'intimé a été sanctionné plusieurs fois disciplinairement par l'administration cantonale pour de précédents défauts aux TO ; il a d'ailleurs écopé de Fr. 1'000.- d'amende en 2009. Il a en outre été condamné pénalement par ordonnance de condamnation du 6 mars 2011 pour son défaut au TO 2010. Malgré cela, l'intimé a persisté en 2011 en n'accomplissant ni le TO, ni l'exercice de tir pour retardataire. Dans ces circonstances, il est manifeste que l'on ne se trouve plus, sur le plan subjectif, en présence d'un cas mineur ou de peu de gravité. Le refus systématique de la part d'un sous-officier d'effectuer les TO, alors que cette obligation peut être accomplie en quelques heures, doit bel et bien être traité comme un cas d'insoumission ordinaire, dans le cadre de l'art. 82 al. 1 CPM. Par ailleurs, en faisant défaut à l'audience de jugement, l'intimé a renoncé à s'expliquer et ses déclarations devant le juge d'instruction militaire, résumées dans le

jugement, ne sont ni convaincantes et ni ne contiennent d'éléments favorables sous l'angle des circonstances personnelles.

2.4) Il ressort dès lors de ce qui précède que, dans le cas d'espèce, le défaut de l'intimé au TO 2011 ne peut être considéré comme un cas de peu de gravité, tant objectivement que subjectivement.

Force est donc de constater que c'est en violation de la loi pénale que le Tribunal militaire 1 a appliqué l'art. 82 al. 2 CPM et n'a pas prononcé une peine en conformité avec l'art. 82 al. 1 CPM.

3.

Il s'ensuit que le pourvoi en cassation de l'Auditeur en chef doit être admis, ce qui entraîne l'annulation du jugement attaquée (art. 190 PPM). La cause doit ainsi être renvoyée au Tribunal militaire 1 pour nouveau jugement (art. 191 al. 1 PPM). Ce tribunal statuera à nouveau sur la peine sanctionnant l'insoumission, peine qui ne doit pas être disciplinaire, et sur la révocation du sursis.

(854, 14 mars 2014, Auditeur en chef contre le Tribunal militaire 1)

2

Art. 155 Abs. 2, Art. 185 Abs. 1 Bst. c, e und f sowie Abs. 2 MStP, Art. 82 Abs. 1 Bst. b MStG; Verschiebung des Abwesenheitsverfahrens, Beweiswürdigung (Kassationsbeschwerde)

Fall eines der Militärdienstversäumnis Angeklagten, welcher definitiv ins Ausland weggezogen ist und nie persönlich, sondern einzig per E-Mail und mittels Fragebogen durch den Untersuchungsrichter befragt werden konnte. Nicht zu beanstandender Freispruch im Rahmen des Abwesenheitsverfahrens mangels Nachweis des subjektiven Tatbestandes (Vorsatz) anhand der verfügbaren Beweismittel (E. 3a/3b).

Die Frage, ob das persönliche Erscheinen des (abwesenden) Angeklagten unerlässlich ist, steht in engem Zusammenhang mit der Beweiswürdigung, wobei dem urteilenden Gericht ein breiter Ermessensspielraum zusteht; erweist sich die Einvernahme des Angeklagten als nicht entscheidend, ist eine Verschiebung der Hauptverhandlung im Abwesenheitsverfahren nicht angezeigt (E. 3c).

Art. 155 al. 2, 185 al. 1 let. c, e et f et al. 2 PPM, art. 82 al. 1 let. b CPM ; ajournement de la procédure par défaut, appréciation des preuves (pourvoi en cassation)

Cas d'un accusé d'insoumission, qui a définitivement déménagé à l'étranger et qui n'a jamais été interrogé personnellement par le juge d'instruction, mais uniquement par email et au moyen de questionnaires. Acquittement non critiquable prononcé dans le cadre d'une procédure par défaut en raison d'un manque de preuve de l'état de fait subjectif (dol) à l'aide des moyens de preuve disponibles (consid. 3a/3b).

La question de savoir si la comparution personnelle de l'accusé (absent) est indispensable relève étroitement de l'appréciation des preuves, pour laquelle le tribunal amené à juger de la cause dispose d'un large pouvoir d'appréciation ; lorsque l'audition de l'accusé se révèle comme non décisive, un ajournement des débats principaux dans le cadre d'une procédure par défaut n'est pas indiqué (consid. 3c).

Art. 155 cpv. 2, art. 185 cpv. 1 lett. c, e et f nonché cpv. 2 PPM, art. 82 cpv. 1 lett. b CPM; aggiornamento della procedura contumaciale, apprezzamento delle prove (ricorso per cassazione)

Caso di una persona accusata di omissione del servizio che si è trasferita definitivamente all'estero e che non ha mai potuto essere interrogata personalmente dal giudice istruttore, ma solo tramite e-mail e questionario. Decisione di assoluzione non contestabile nell'ambito della procedura contumaciale per mancata prova dell'elemento soggettivo (intenzione) con i mezzi di prova a disposizione (consid. 3a/3b).

La questione di sapere se la presenza personale dell'accusato (assente) sia indispensabile è strettamente connessa con l'apprezzamento delle prove, nel qual caso il tribunale chiamato a decidere dispone di un ampio margine di apprezzamento; qualora l'interrogazione dell'accusato non risulti decisiva, un aggiornamento del dibattimento finale non è indicato (consid. 3c).

Das Militärkassationsgericht hat festgestellt:

A.

a) A. rückte am 12. März 2012 – wegen eines angeblich familiär begründeten Aufenthalts in B-Land (Taufe seines Sohnes) – nicht in den (bis am 28. März dauernden) Ausbildungsdienst der Formationen (ADF) 2012 ein. Deshalb wurde am 20. Juni 2012 gegen ihn eine Voruntersuchung eröffnet, die am 31. Juli 2012 auf das Nichteintrücken in den Nachschliesskurs (NSK) 2011 ausgedehnt und am 25. September 2012 mit dem Antrag auf Anklageerhebung bzw. auf Erlass eines Strafmandates abgeschlossen wurde. Im Rahmen dieser Voruntersuchung wurde A. vom zuständigen Untersuchungsrichter nie persönlich, sondern einzig per E-Mail sowie mittels Fragebogen befragt, da er am 30. Mai 2012 aus der Schweiz nach B-Land weggezogen war.

b) Mit Abwesenheitsurteil vom 17. Juni 2013 sprach das Militärgericht 7 A. von der Anklage «des mehrfachen Militärdienstversäumnisses im Sinne von Art. 82 Abs. 1 Bst. b MStG» frei. Zur Begründung wurde angeführt, trotz Vorliegens des objektiven Tatbestandes sei in subjektiver Hinsicht «einzig auf Grundlage der schriftlichen Befragung (inklusive vorangehendem Emailverkehr; pag. 72–81) noch nicht erstellt, dass der Angeklagte mit Vorsatz bzw. mit Eventualvorsatz gehandelt» habe.

B.

a) Dagegen reichte der Auditor des Militärgerichts 7 (Beschwerdeführer) am 18. Juni 2013 Kassationsbeschwerde ein, die er mit Schreiben vom 23. Januar 2014 begründete.

Das Militärkassationsgericht hat erwogen:

2.

Das Militärkassationsgericht ist an den Umfang der mit der Kassationsbeschwerde gestellten Anträge gebunden (Art. 189 Abs. 2 MStP). Deshalb ist in der Beschwerdebegründung unter Hinweis auf den Kassationsgrund darzulegen, welche Bestimmungen als verletzt angesehen werden und inwiefern das angefochtene Urteil die Verletzung begehen soll. Bei den sog. relativen Kassationsgründen, zu denen auch Art. 185 Abs. 1 Bst. f MStP gehört (MKGE 13 Nr. 40 E. 2a mit Verweis auf Bopp, in: Wehrenberg/Martin/Flachsmann/Bertschi/Schmid [Hrsg.], Kommentar zum Militärstrafprozess, Zürich 2008, N. 6 zu Art. 185 MStP), ist sodann darzulegen, auf welche Weise die Verletzung das Urteil zu beeinflussen vermag (MKGE 13 Nr. 40 E. 2a mit Hinweisen). Während bei einer Anrufung der Kassationsgründe von Art. 185 Abs. 1 Bst. a–c MStP das Militärkassationsgericht lediglich die in der Kassationsbeschwerde aufgeführten Tatsachen berücksichtigen darf, ist es bei der Anrufung der Gründe von Art. 185 Abs. 1 Bst. d–f MStP nicht an die Beschwerdebegründung gebunden (Art. 189 Abs. 3 und 4 MStP).

3.

a)

aa) Der Beschwerdeführer rügt, das angefochtene Urteil enthalte keine hinreichenden Entscheidungsgründe im Sinne von Art. 185 Abs. 1 Bst. e MStP. Einzig in sechs Zeilen der E. II/9 werde «die Verneinung des Nachweises bezüglich des subjektiven Tatbestands» begründet. Es erfolge keine Differenzierung hinsichtlich des ADF 2012 und des NSK 2011, obwohl diese Frage gesondert für beide Taten zu klären gewesen wäre. Zudem werde in der Begründung kein einziges entlastendes Element angeführt.

bb) In der Tat ist im angefochtenen Urteil die Begründung zum subjektiven Tatbestand kurz gefasst. Doch bringt die Vorinstanz mit den beiden Sätzen der E. II/9 hinlänglich klar zum Ausdruck, dass sie angesichts der einzig greifbaren Beweismittel, d.h. dem vom Kassationsgegner schriftlich beantworteten Fragebogen sowie des entsprechenden E-Mail-Verkehrs, vom Vorliegen von Vorsatz (oder zumindest von Eventualvorsatz) nicht überzeugt ist. Auch fällt auf, dass der Beschwerdeführer mit seiner knapp gehaltenen Anklageschrift wenig dazu beigetragen hat, die notwendige Überzeugungsarbeit zu leisten, zumal sich auch das in der Hauptverhandlung vorgetragene Plädoyer nicht wirklich zum subjektiven Tatbestand äussert.

cc) Unter diesen Umständen ist es nicht angezeigt, das angefochtene Urteil bereits gestützt auf Art. 185 Abs. 1 Bst. e MStP zu kassieren.

b)

aa) Des Weiteren ruft der Beschwerdeführer Art. 185 Abs. 1 Bst. f MStP an, wonach die Kassation auszusprechen ist, wenn wesentliche tatsächliche Feststellungen des Urteils dem Ergebnis der Beweisverfahren widersprechen. Dazu wird ausgeführt, die tatsächlichen Feststellungen zum Nachweis des subjektiven Tatbestands von Art. 82 MStG seien «offensichtlich wesentlich für das Urteil» gewesen. Doch widersprüchen die entsprechenden Feststellungen der Vorinstanz klar dem Ergebnis des Beweisverfahrens, da der Kassationsgegner das Aufgebot zum ADF 2012 erhalten und zur Kenntnis genommen habe. Ohne eine entsprechend bewilligte Dienstverschiebung sei dieser drei Tage vor Dienstbeginn nach B-Land gereist und drei Tage nach Dienstende zurückgekehrt. Andererseits erscheine die Sachlage zum NSK 2011 als weniger klar und es sei fraglich, ob hier der Kassationsgrund von Art. 185 Abs. 1 lit. f MStP vorliege, auch wenn sich das Nichteintrücken in den Nachschiesskurs «als zumindest eventualvorsätzlich bewerten» lasse.

bb) Der Kassationsgrund von Art. 185 Abs. 1 Bst. f MStP setzt voraus, dass wesentliche tatsächliche Feststellungen des Urteils dem Ergebnis des Beweisverfahrens widersprechen (MKGE 13 Nr. 40 E. 2a/bb, 11 Nr. 19 E. 6) und diese Feststellungen Einfluss auf das Urteil gehabt haben.

Bei der Anwendung dieser Norm setzt das Militärkassationsgericht nicht sein eigenes Ermessen anstelle desjenigen der Vorinstanz. Das Militärkassationsgericht ist nicht Sachrichter und überprüft deshalb die Ausübung des Ermessens durch die Vorinstanz ausschliesslich unter dem Gesichtswinkel der Willkür. Willkürlich ist ein Urteil nur dann,

wenn es offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (vgl. MKGE 13 Nr. 40 E. 2a/bb mit Verweis auf BGE 138 IV 22 E. 5.1). Das Militärkassationsgericht hebt ein Urteil jedoch nur dann auf, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist. Dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt nicht (MKGE 13 Nr. 40 E. 2a/bb, 12 Nr. 21 E. 5c). Daher ist eine vertretbare Beweiswürdigung nicht schon deshalb willkürlich, weil die Kassationsinstanz an Stelle des Sachrichters allenfalls anders entschieden hätte (MKGE 13 Nr. 40 E. 2a/bb, 11 Nr. 74 E. 3c).

cc) Nach Auffassung des Beschwerdeführers stehen die Feststellungen der Vorinstanz mit dem Ergebnis des Beweisverfahrens insofern im Widerspruch, als Letzteres zweifelsfrei ergeben habe, dass der Kassationsgegner das Aufgebot zum ADF 2012 erhalten habe, ohne dass ihm aber eine Dienstverschiebung bewilligt worden wäre. Die Abreise nach B-Land könne «bei der vorliegenden Beweislage nicht anders als ein willentliches Versäumen des ADF 2012 bewertet werden.» (act. 20).

Die vom Beschwerdeführer erwähnten objektiven Sachverhaltselemente ergeben sich aus den Verfahrensakten und werden im angefochtenen Urteil bei der Subsumtion unter die objektiven Tatbestandselemente auch erwähnt (vgl. E. II/7). Diese wenigen Sachverhaltselemente sind aber nicht geeignet, das Ergebnis der vorinstanzlichen Beweiswürdigung zum subjektiven Tatbestand als willkürlich erscheinen zu lassen. So sind beispielsweise die Hintergründe zum angeblich vom Beschuldigten eingereichten Dienstverschiebungsgesuch im Rahmen der Voruntersuchung nicht näher abgeklärt worden, weshalb der Beschwerdeführer in der Hauptverhandlung die Frage offenlassen musste, ob die Darlegungen des Beschuldigten als Schutzbehauptungen einzustufen seien. Wenn daher die Vorinstanz angesichts der etwas dürftigen Beweislage, die nicht ihr anzulasten ist, Zweifel am Vorliegen des subjektiven Tatbestandes hegte, verfiel sie nicht in Willkür.

dd) Bezüglich der Würdigung des Nachschiesskurses 2011 bezeichnet selbst der Beschwerdeführer das Vorliegen des angerufenen Kassationsgrundes als fraglich, weshalb er seine Rüge auch nicht näher begründet.

ee) Insofern sind hier die Voraussetzungen nicht erfüllt, um das angefochtene Urteil gestützt auf Art. 185 Abs. 1 Bst. f MStP aufzuheben.

c)

Schliesslich bemängelt der Beschwerdeführer, die Hauptverhandlung hätte in Anwendung von Art. 155 Abs. 2 MStP verschoben werden müssen, nachdem die Vorinstanz offenbar die schriftliche Befragung des Kassationsgegners für nicht ausreichend gehalten habe und deshalb dessen persönliches Erscheinen unerlässlich gewesen sei. Mit dem ungerechtfertigten Verzicht auf eine Verschiebung seien die Kassationsgründe von Art. 185 Abs. 1 Bst. c und e MStP verletzt.

aa) Soweit (erneut) unzureichende Entscheidungsgründe gerügt werden, ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer weder in seiner Anklageschrift noch in der Hauptverhandlung auch nur Andeutungen gemacht hat, es müsse eine Verschiebung der Hauptverhandlung

ins Auge gefasst werden. Offenbar vertraute er auf die Stichhaltigkeit seiner Anklage. Unter diesen Umständen lässt sich nicht beanstanden, dass sich die Vorinstanz im angefochtenen Urteil nicht zur Frage einer Verschiebung der Hauptverhandlung geäußert hat.

bb) Fraglich ist jedoch, ob die Vorinstanz mit dem erfolgten Verzicht, die Hauptverhandlung nach Art. 155 Abs. 2 MStP zu verschieben, eine wesentliche Verfahrensvorschrift verletzt hat.

aaa) Nach feststehender Praxis ist Art. 155 Abs. 2 MStP eine wesentliche Verfahrensvorschrift, deren Verletzung – im Sinne des Kassationsgrundes von Art. 185 Abs. 1 Bst. c MStP – zur Aufhebung des Urteils führt (MKGE 11 Nr. 37, 10 Nr. 73 E. 1 mit Hinweisen; Abate, Kommentar zum Militärstrafprozess, a.a.O., N. 19 zu Art. 155 MStP).

bbb) Gemäss Art. 185 Abs. 2 MStP muss der Kassationsgrund von Art. 185 Abs. 1 Bst. c MStP während der Hauptverhandlung gerügt werden. Dazu hält der Beschwerdeführer fest, er habe erst nach Vorliegen des Urteils den Verfahrensmangel erkennen können, weshalb eine entsprechende Rüge anlässlich der Hauptverhandlung unmöglich gewesen sei.

In einem durchaus vergleichbaren Fall hat das Militärkassationsgericht die erst mit der Kassationsbeschwerde gerügte Verletzung des Anklagegrundsatzes als nicht verspätet erachtet (vgl. MKGE 13 Nr. 40 E. 1/cc). Im vorliegenden Fall besteht kein Grund, hier anders zu entscheiden.

ccc) Der Vorinstanz stand beim Entscheid, ob das persönliche Erscheinen des Kassationsgegners unerlässlich (und deshalb eine Verschiebung der Hauptverhandlung notwendig) sei, ein breiter Ermessensspielraum zu. Diese Frage der Unerlässlichkeit steht in engem Zusammenhang mit der Beweiswürdigung: Erweist sich die Einvernahme eines Beschuldigten als nicht entscheidend, ist eine Verschiebung nicht angezeigt (MKGE 10 Nr. 26 E. II/2b; Abate, a.a.O., N. 22 zu Art. 155 MStP).

Der Kassationsgegner hat die ihm vom Untersuchungsrichter schriftlich gestellten Fragen ebenfalls schriftlich beantwortet, nachdem er bereits vorgängig in einer E-Mail seine Sicht des Sachverhalts dargelegt hatte. In diesem Zusammenhang lässt die Kassationsbeschwerde nicht erkennen, welche zusätzlichen Fragen an einer zweiten Hauptverhandlung dem Kassationsgegner zur besseren Klärung des subjektiven Tatbestandes hätten gestellt werden können und müssen. Der Beschwerdeführer hatte es denn auch unterlassen, seinerseits eine Ergänzung der Voruntersuchung zu verlangen (vgl. Art. 113 MStP).

Dass der Kassationsgegner den Marschbefehl für den ADF 2012 erhalten hatte, ist erstellt. Dass er sich während dieses Dienstes wegen der Taufe seines Sohnes in B-Land aufhielt, wird auch vom Beschwerdeführer nicht in Zweifel gezogen. Dass er ferner im Begriffe stand, seine Zelte in der Schweiz endgültig abzubauen und definitiv nach B-Land auszuwandern, steht aufgrund der verfügbaren Dokumente ebenfalls zweifelsfrei.

fest. Die detaillierten Fragen des Untersuchungsrichters zum Verschiebungsgesuch wurden vom Kassationsgegner ebenfalls hinlänglich klar schriftlich beantwortet. Weder aus den Akten noch aus der Kassationsbeschwerde ist ersichtlich, welche weiteren Themenbereiche in Anwesenheit des Kassationsgegners hätten beweismässig erhoben werden sollen. Anzumerken ist, dass sich im Rahmen der vom Untersuchungsrichter veranlassenen Abklärungen zu den persönlichen Verhältnissen des Kassationsgegners (act. 82 ff.) keine Anhaltspunkte ausmachen lassen, die Rückschlüsse auf das Vorliegen des subjektiven Tatbestandes erlauben würden.

Dem angefochtenen Urteil kann entnommen werden, dass die vorgelegten Beweise als limitiert betrachtet wurden, wie der Passus «... einzig auf der Grundlage der schriftlichen Befragung...» zeigt (E. II/9). Damit lässt sich nicht sagen, dass eine persönliche Einvernahme des Kassationsgegners an der Hauptverhandlung an diesem Umstand etwas hätte ändern können. Es wäre Sache des Untersuchungsrichters gewesen, allfällige weitere Beweismittel zum subjektiven Tatbestand, welche der Widerlegung der Aussagen des Kassationsgegners hätten dienen können, zu suchen und vorzulegen. Eine blosser Wiederholung der bereits schriftlich gestellten Fragen an einer zweiten Hauptverhandlung wäre indessen kein «zusätzlicher Beweis» im genannten Sinn gewesen.

Somit kann – aufgrund der Verfahrensakten und der fehlenden substantiierten Darlegungen in der Kassationsbeschwerde (zur Notwendigkeit einer persönlichen Einvernahme an der Hauptverhandlung) – festgehalten werden, dass die Vorinstanz mit einem Verzicht auf eine Verschiebung der Hauptverhandlung den ihr zustehenden Ermessensspielraum nicht überschritten hat.

ddd) Wenn der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang geltend macht, die in Art. 155 Abs. 2 MStP vorgesehene Verschiebungsmöglichkeit im Abwesenheitsverfahren sei das Korrelat der Anklage zum Recht des Beschuldigten, die Wiederaufnahme des Verfahrens zu verlangen, dann übersieht er diesen der Vorinstanz zustehenden Ermessensspielraum. Dieser schliesst einen eigentlichen Anspruch der Anklagebehörde auf Verschiebung aus (im Gegensatz zum effektiv gegebenen Anspruch eines Beschuldigten auf Wiederaufnahme des Verfahrens nach Art. 156 Abs. 1 MStP).

4.

Zusammenfassend ist die Kassationsbeschwerde somit abzuweisen. Angesichts dieses Ergebnisses braucht die vom Kassationsgegner aufgeworfene Frage nicht näher geprüft zu werden, ob die mit ihm durchgeführte schriftliche Befragung (bei gleichzeitigem Verzicht auf eine persönliche Einvernahme während der Voruntersuchung) Art. 29 BV bzw. Art. 6 Abs. 3 Bst. c EMRK verletze.

(Nr. 856, 20. Juni 2014, Auditor gegen Militärgericht 7)

3

Art. 131 Ziff. 2, 144b MStG, Art. 115 lit. b, 185 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 MStP; Kameraden- bzw. Quartierdiebstahl, leichter Fall, Anklagegrundsatz (Kassationsbeschwerde)

Wird die Verletzung des Anklagegrundsatzes bereits vor dem Militärgericht erfolgreich geltend gemacht, genügt es, diese Rüge erst wieder vor dem Militärkassationsgericht vorzubringen (E. 2). Keine Verletzung des Anklagegrundsatzes, wenn sich der Anklageschrift zum Diebstahlsvorwurf weder Ausführungen zum «Gewahrsam» noch zur «Wegnahme» entnehmen lassen, jedoch der historische Vorgang anschaulich beschrieben wird, indem das als strafwürdig erachtete Verhalten deutlich erkennbar dargelegt wird (E. 4). Gelockerter Gewahrsam bejaht bei einem im Schlafraum einer Truppenunterkunft auf einem Tablar im Bereich der Eingangstüre (ohne Sicherungsmassnahmen) zum Aufladen eingesteckten Mobiltelefon – Bruch dieses Gewahrsams und Aneignung des fremden Mobiltelefons bejaht trotz der zeitweisen, dienstbedingten Abwesenheit des Eigentümers (E. 5a, b). Leichter Fall verneint (E. 5c).

Art. 131 ch. 2, 144b CPM, art. 115 let. b, 185 al. 1 let. c et al. 2 PPM ; vol au préjudice d'un camarade, respectivement vol dans un logement de la troupe, cas de peu de gravité, principe d'accusation (poursuite en cassation)

Si une violation du principe d'accusation a déjà été invoquée avec succès devant le Tribunal militaire, il suffit que ce grief soit allégué à nouveau devant le Tribunal militaire de cassation seulement (consid. 2). Pas de violation du principe d'accusation lorsque l'acte d'accusation ne comprend pas d'explications sur la « détention » ni sur l'« enlèvement » concernant le reproche de vol, mais que le déroulement des faits est décrit de manière claire, de sorte que le comportement considéré comme répréhensible est clairement reconnaissable (consid. 4). Détention limitée admise pour le cas d'un téléphone portable mis à charger sur une étagère proche de la porte d'entrée (sans dispositif de sécurité) d'un dortoir du logement de la troupe - rupture de cette détention et appropriation du téléphone portable d'autrui admise, malgré l'absence temporaire du propriétaire pour des motifs liés au service (consid. 5a, b). Absence de cas de peu de gravité (consid. 5c).

Art. 131 cifra 2, 144b CPM, art. 115 lett. b, 185 cpv. 1 lett. c ed cpv. 2 PPM; furto ad un camerata rispettivamente nell'alloggio, caso poco grave, principio accusatorio (ricorso per cassazione)

Se la violazione del principio accusatorio viene sostenuta con successo già davanti al Tribunale militare, è sufficiente addurre tale motivo di ricorso di nuovo solamente davanti al Tribunale militare di cassazione (consid. 2). Non sussiste violazione del principio accusatorio, se l'atto d'accusa per presunto furto non contiene considerazioni né riguardo

al «possesso» né riguardo alla «sottrazione», ma descrive in modo illustrativo l'andamento storico così che il comportamento ritenuto punibile è esposto in modo ben riconoscibile (consid. 4). Possesso limitato ammesso nel caso di un telefono cellulare depositato per la ricarica all'interno di un dormitorio nell'accantonamento su un ripiano nella zona vicina alla porta d'entrata (senza misure di sicurezza) – Violazione di questo possesso e appropriazione del telefono cellulare altrui ammesse nonostante l'assenza temporanea del proprietario dovuta al servizio (consid. 5a, b). Negato caso poco grave (consid. 5c).

Das Militärkassationsgericht hat festgestellt:

A.

a) Während des Ausbildungsdiensts der Formationen (ADF) der Kp A in B. nahm C. am 17. April 2013 in der Truppenunterkunft das iPhone 4S des D. an sich, welches dieser in seinem Schlafrum zum Aufladen an der Steckdose zurückgelassen hatte.

b) Am 20. Juni 2014 verurteilte das Militärgericht 6 C. wegen unrechtmässiger Aneignung (Art. 129 Ziff. 1 MStG) zu einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 120.– sowie zu einer Busse von Fr. 1'400.–. Den Vollzug der Geldstrafe schob es auf (bei einer Probezeit von vier Jahren).

B.

a) Am 23. Juni 2014 erhob der Auditor des Militärgerichts 6 dagegen Appellation.

b) Mit Urteil vom 5. Dezember 2014 sprach das Militärappellationsgericht 2 C. des Kameradendiebstahls (Art. 131 Ziff. 2 MStG) schuldig; es verurteilte ihn zu einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 120.–, wobei es für 20 Tagessätze den Vollzug anordnete und diesen für 40 Tagessätze aufschob (mit einer Probezeit von vier Jahren).

Das Militärkassationsgericht hat erwogen:

2.

a) Das Militärkassationsgericht ist an den Umfang der mit der Kassationsbeschwerde gestellten Anträge gebunden (Art. 189 Abs. 2 MStP). Daher ist in der Beschwerdebeurteilung unter Hinweis auf den Kassationsgrund darzulegen, welche Bestimmungen als verletzt angesehen werden und inwiefern das angefochtene Urteil die Verletzung begehen soll. Während bei den Kassationsgründen von Art. 185 Abs. 1 Bst. a–c MStP lediglich die in der Kassationsbeschwerde aufgeführten Tatsachen zu berücksichtigen sind, ist das Militärkassationsgericht nach Art. 185 Abs. 1 Bst. d–f MStP nicht an die Begründung der Kassationsbeschwerde gebunden (Art. 189 Abs. 3 und 4 MStP).

b) Der Kassationsgrund von Art. 185 Abs. 1 Bst. c MStP ist gegeben, wenn während der Hauptverhandlung wesentliche Verfahrensvorschriften verletzt worden sind, sofern dem Beschwerdeführer dadurch ein Rechtsnachteil entstanden ist. Die Kassation nach Art. 185 Abs. 1 Bst. d MStP setzt voraus, dass das angefochtene Urteil eine Verletzung des Strafgesetzes enthält.

c) Wenn – wie hier – die Verletzung des Anklagegrundsatzes geltend gemacht wird, kann gestützt auf Art. 185 Abs. 1 Bst. c MStP (MKGE 13 Nr. 16 E. 2b) die Kassation nur verlangt werden, wenn die Partei während der Hauptverhandlung einen entsprechenden Antrag gestellt oder den Mangel gerügt hat (Art. 185 Abs. 2 MStP).

Das ist hier geschehen: Der Beschwerdeführer hatte bereits vor dem Militärgericht 6 den Anklagegrundsatz als verletzt beanstandet (act. Mil Ger 6, pag. 142). Da er damit beim Militärgericht 6 durchgedrungen war (Urteil Mil Ger 6, E. III/A/4), brauchte diese Kritik nicht nochmals von der Vorinstanz aktenkundig aufgenommen zu werden. Insofern schadet es hier nicht, dass diese Rüge erst wieder in der Kassationsbeschwerde ausdrücklich aufgeworfen wird und zwar im Nachgang zur – vom Militärgericht 6 bzw. vom Beschwerdeführer – abweichenden Auffassung der Vorinstanz (vgl. Urteil MAG 2, E. IV/4).

3.

a) *Unrechtmässige Aneignung*: Wer sich eine fremde bewegliche Sache *aneignet*, um sich oder einen andern damit unrechtmässig zu bereichern, wird nach Art. 129 Ziff. 1 MStG, wenn nicht die besonderen Voraussetzungen der Artikel 130–132 zutreffen, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

b) *Diebstahl*: Wer jemandem eine fremde bewegliche Sache zur Aneignung *wegnimmt*, um sich oder einen andern damit unrechtmässig zu bereichern, wird nach Art. 131 Ziff. 1 MStG mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft.

Kameraden- bzw. Quartierdiebstahl: Nach Art. 131 Ziff. 2 MStG wird der Dieb mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe nicht unter 30 Tagessätzen bestraft, wenn er einen Vorgesetzten, einen Untergebenen oder einen Kameraden bestiehlt, (bzw.) wenn er den Diebstahl in einem Raume begeht, zu dem er infolge Kantonierung oder Einquartierung erleichterten Zutritt hat.

c) *Leichter Fall*: Nach Art. 144b MStG liegt ein leichter Fall (...) insbesondere dann vor, wenn sich die Tat nur auf einen geringen Vermögenswert oder auf einen geringen Schaden richtet.

4.

a) Zunächst bringt der Beschwerdeführer zum Kassationsgrund von Art. 185 Abs. 1 Bst. c MStP vor, der Anklagegrundsatz sei verletzt: In der Anklageschrift vom 17. März 2014 werde das für den Tatbestand des Diebstahls nach Art. 131 Ziff. 1 MStG wesentliche Merkmal des Gewahrsamsbruchs nicht beschrieben. Vielmehr fehle es an einer «Umschreibung der dem Angeklagten zur Last gelegten Tat mit ihren gesetzlichen Merkmalen», wie dies Art. 115 Bst. b MStP verlange. Erforderlich sei «eine Beschreibung bzw.

Umschreibung des Verhaltens und der Tatumstände, aus denen der Bestand eines Gewahrsams und der Bruch desselben abgeleitet werden» könne. Das heisst nötig seien Ausführungen zur Frage, wie D. «Herrschaftsmacht über die abhanden gekommene bewegliche Sache» gehabt habe, als er sein iPhone 4S im Schlafrum zum Aufladen zurückgelassen hatte.

b) Der Militärstrafprozess ist grundsätzlich vom Anklageprinzip geprägt, was sich aus Art. 114 f. in Verbindung mit Art. 147 f. MStP ergibt. Nach dem aus Art. 29 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 der BV (SR 101) sowie aus Art. 6 Ziff. 1 und Ziff. 3 Bst. a und b der EMRK (SR 0.101) abgeleiteten Anklagegrundsatz bestimmt die Anklageschrift den Gegenstand des Gerichtsverfahrens (Umgrenzungsfunktion). Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens können nur Sachverhalte sein, die dem Angeklagten in der Anklageschrift vorgeworfen werden. Das Gericht ist an die Anklage gebunden (sog. Prinzip der Unveränderbarkeit der Anklage). Daher muss die Anklageschrift die Person des Angeklagten wie auch die ihm zur Last gelegten strafbaren Verfehlungen sachverhaltlich so genau umschreiben, dass die Vorwürfe in sachlicher wie auch persönlicher Hinsicht genügend klargelegt sind. Das Anklageprinzip bezweckt damit gleichzeitig den Schutz der Verteidigungsrechte des Angeklagten und dient dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Informationsfunktion; vgl. BGE 140 IV 188 E. 1.3; 133 IV 235 E. 6.2). Deshalb ist das als strafwürdig erachtete Verhalten in der Anklage so zu umreißen, dass das Gericht weiss, worüber es zu befinden hat, und der Angeklagte erkennen kann, wogegen er sich zu verteidigen hat. Insofern hat sich eine Änderung des rechtlichen Gesichtspunktes an den in Art. 148 MStP vorgezeichneten Rahmen zu halten (MKGE 13 Nr. 40 E. 4b).

Nach dem Wortlaut von Art. 115 lit. b MStP sind dem Angeklagten die gesetzlichen Merkmale der ihm zur Last gelegten Tat, also die Einzelheiten des historischen Vorgangs, vorzuhalten (MKGE 13 Nr. 1 E. 3c; MKGE 13 Nr. 40 E. 4c). Daraus ergibt sich ohne weiteres, dass die einen Straftatbestand beschreibenden – oder die diesem in Rechtsprechung und Lehre zugeschriebenen – rechtstechnischen Begriffe nicht zwingend genannt oder erörtert zu werden brauchen (vgl. MKGE 13 Nr. 16 E. 2c/d).

c) Zwar enthält die Anklageschrift vom 17. März 2014 keinerlei Ausführungen zum *Gewahrsam* (verstanden als «tatsächliche Sachherrschaft», mit dem Willen sie auszuüben) bzw. zu dessen Bruch, was als «wegnehmen» den Straftatbestand des Diebstahls rechtlich erst kennzeichnet. So benutzt der Auditor bei der Beschreibung des vorgeworfenen Verhaltens nicht das in Art. 131 Ziff. 1 MStG verwendete Zeitwort «wegnehmen», sondern das etwas offenere «an sich nehmen». Dennoch wird der historische Vorgang in einer Weise anschaulich beschrieben, dass das als strafwürdig erachtete Verhalten deutlich erkennbar wird, was ja letztlich zur strittigen Anklage wegen (Kameraden-)Diebstahls im Sinne von Art. 131 Ziff. 2 MStG geführt hat. Zudem ist nicht ersichtlich, inwiefern die in der Anklageschrift unterlassene Erörterung der Tatumstände, aus denen der Gewahrsam und dessen Bruch hätte abgeleitet werden können, dem Beschwerdeführer einen Rechtsnachteil im Sinne von Art. 185 Abs. 1 Bst. c MStP zugefügt haben könnte (durch allenfalls geschmälerte Verteidigungsrechte). Wenn daher das Militärappellationsgericht 2 zum Schluss gelangte, die Vorwürfe seien hinreichend genau umschrieben und der Beschwerdeführer habe sich dagegen wirksam verteidigen können, so lässt sich das nicht beanstanden. Somit entfällt der Kassationsgrund von Art. 185 Abs. 1 Bst. c MStP, weshalb die Kassationsbeschwerde in diesem Punkt unbegründet ist.

5.

a) In der Hauptsache unbestritten ist, was sich am 17. April 2013 in B. in der Truppenunterkunft ereignet hat. Ebenfalls steht – zu Recht – ausser Frage, dass der Beschwerdeführer ein Vermögensdelikt beging, als er mit Wissen und Willen das im Schlafrum zum Aufladen zurückgelassene, im Eigentum von D. stehende iPhone 4S «an sich nahm», um es fortan ausschliesslich selbst zu gebrauchen, nachdem sein eigenes «iPhone 4» vorher kaputt gegangen war und er sich deshalb hastig nach «Ersatz» umgeschaut hatte.

Umstritten ist dagegen einzig, wie der Vorfall rechtlich zu qualifizieren ist. Während das Militärgericht 6 mit dem Beschwerdeführer die Auffassung vertritt, mangels Gewahrsams am Mobiltelefon habe keine Wegnahme durch Gewahrsamsbruch und deshalb auch kein Diebstahl erfolgen können, gelangen das Militärappellationsgericht 2 und der Auditor zum gegenteiligen Schluss. Einig sind sich beide Gerichte sowie der Auditor darin, dass es sich dabei um keinen «leichten Fall» im Sinne von Art. 144b MStG handelt, da der Vorsatz des Beschwerdeführers nicht auf einen geringen Wert gerichtet gewesen sei. Nicht geteilt wird diese Sicht hingegen vom Beschwerdeführer, der den Grundsatz «in dubio pro reo» für verletzt hält, wenn ein «leichter Fall» verneint würde.

b) Das Militärappellationsgericht 2 hat in seinem Urteil eingehend begründet, weshalb es den für Diebstahl nach Art. 131 MStG notwendigen Gewahrsamsbruch bejaht hat. Dabei hat es insbesondere dargelegt, dass sich das in der Truppenunterkunft im Schlafrum auf einem Tablar im Bereich der Eingangstüre zum Aufladen eingesteckte Mobiltelefon – trotz der zeitweisen, dienstbedingten Abwesenheit des D. – nach wie vor in dessen Gewahrsamssphäre befand und der zumindest «gelockerte Gewahrsam» gegen dessen Willen durch den Beschwerdeführer aufgehoben wurde (Urteil MAG 2, E. IV/5). Diese Erörterungen sind nicht zu beanstanden. Zwar ist dem Beschwerdeführer zuzustimmen, dass die vom Bundesgericht unter dem «alten Vermögensstrafrecht» vertretene Umschreibung des Gewahrsams vereinzelt als zu weit kritisiert worden ist, weshalb einige Autoren angesichts der neurechtlich eingeführten unrechtmässigen Aneignung (Art. 129 MStG [entspricht Art. 137 StGB; SR 311.0]) ein «engeres Verständnis» befürworten, indem für ein Weiterbestehen des Gewahrsams z.B. «besondere Sicherungsmassnahmen» (oder eine jederzeitig mögliche, physisch-reale Einwirkungsmöglichkeit auf die betreffenden Sachen) gefordert werden (so Donatsch, Strafrecht III, 10. Aufl., Zürich 2013, S. 157 f.; vgl. derselbe et al., StGB Kommentar, 19. Aufl., Zürich 2013, Art. 139 N 4).

Hingegen kann dem Beschwerdeführer nicht gefolgt werden, wenn er diese Sichtweise auf den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt anwenden will. Entgegen seiner Forderung, den «Begriff des 'gelockerten Gewahrsams' aufzugeben», bleiben hier für die Frage, ob Gewahrsam besteht, die «allgemeinen Anschauungen und die Regeln des sozialen Lebens» massgebend, nach denen sich dieser bestimmt (BGE 132 IV 108 E. 2.1; Urteil des Bundesgerichts 6B_497/2014 vom 6. März 2015 E. 5.3.2; Trechsel/Cramer, StGB Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2012, Art. 139 N 4). Insofern kann selbst bei Sachen im öffentlichen Raum, von denen sich der Gewahrsamsinhaber für eine gewisse Zeit auf eine gewisse Distanz entfernt hat, nach wie vor Gewahrsam bestehen, wenn sich dies aus dem funktionellen Zusammenhang zwischen Ort und Art der Sache

ergibt (vgl. Trechsel/Cramer, a.a.O., Art. 139 N 4; Niggli/ Riedo, BSK StGB, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 139 N 27 [Pflug auf dem Felde; Kleider, die im allgemein zugänglichen Teil des Treppenhauses eines Mehrfamilienhauses aufgehängt sind]). Dies muss umso mehr gelten, wenn sich eine Sache – wie vorliegend – gerade nicht im öffentlichen Raum befindet, sondern in einer militärischen Truppenunterkunft, zu der, wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat, «nicht ein beliebiger Personenkreis Zutritt» hatte. Sodann sprechen im militärdienstlichen Zusammenhang im Lichte von Art. 131 Ziff. 2 MStG insbesondere auch die «Regeln des dienstlichen Zusammenlebens» für einen gelockerten Gewahrsam, den der Beschwerdeführer mit der erfolgten Aneignung und der Begründung eigenen Gewahrsams am fremden Mobiltelefon zweifellos brach. Daher geht es nicht an, davon abweichend nur wegen Art. 129 MStG den Anwendungsbereich von Art. 131 MStG derart einschränken und für ein (Weiter-)Bestehen des Gewahrsams zusätzliche Sicherungsmassnahmen (wie z.B. einen abgeschlossenen Behälter/Kasten) verlangen zu wollen, wie dies der Beschwerdeführer angesichts der hier gegebenen, besonderen Umständen dieses Einzelfalles zu Unrecht fordert (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6S.47/1999 vom 5. September 2000 E. 2a).

c) Zu prüfen bleibt noch, ob – wie vom Beschwerdeführer geltend gemacht – ein leichter Fall im Sinne von Art. 144b MStG vorliegt. Wie das Militärappellationsgericht 2 zu Recht ausführt, ist dieser privilegierte Tatbestand auch im hier zu bejahenden, qualifizierten Fall des Kameradendiebstahls denkbar, vorausgesetzt die einschlägigen Voraussetzungen seien erfüllt. Dies hat die Vorinstanz zu Recht verneint (Urteil MAG 2, E. 2 IV/6): Ein leichter Fall liegt insbesondere dann vor, wenn sich «die Tat nur auf einen geringen Vermögenswert» gerichtet hat, wobei die ständige Rechtsprechung die Grenze bei Fr. 300.– ansetzt (vgl. zu Art. 172^{ter} StGB statt vieler das Urteil des Bundesgerichts 6B_341/2009 vom 20. Juli 2009 E. 4.1). Für die Ermittlung des relevanten Vermögenswerts ist bei Sachen mit einem Marktwert bzw. einem objektiv bestimmbar Wert allein dieser entscheidend (BGE 123 IV 113 E. 3d). Auf der subjektiven Seite massgebend ist indes der Wert, den der Täter der Sache beimisst. Ist dem Täter gleichgültig, wie hoch der Vermögenswert der Sache ist, oder macht er sich keine Gedanken darüber, richtet sich die Tat auch dann nicht auf einen geringen Vermögenswert, wenn dieser allen Endes geringer als Fr. 300.– sein sollte (Trechsel/ Cramer, a.a.O., Art. 172^{ter} N 6). Der Beschwerdeführer hat vor dem Militärgericht 6 ausgeführt, er hätte auch ein ganz neues «iPhone» genommen (act. Mil Ger 6, pag. 138) und diese Aussage vor dem Militärappellationsgericht 2 wiederholt (act. MAG 2, pag. 25). Insofern kann keine Rede davon sein, dass sich «die Tat nur auf einen geringen Vermögenswert» gerichtet haben könnte. Daher erübrigen sich weiteren Ausführungen, ob der Beschwerdeführer um den Wert des von ihm gestohlenen Mobiltelefons wusste und welchen (Markt)wert dieses tatsächlich (noch) hatte. Die Annahme eines leichten Falles scheidet somit aus.

Wohl schliesst dies angesichts des Wortlauts von Art. 144b MStG die Annahme eines anderen leichten Falles nicht aus. Was der Beschwerdeführer allerdings daraus zu seinen Gunsten ableiten will, erschliesst sich dem Militärkassationsgericht nicht, ist doch ein derartiger anderer leichter Fall weder geltend gemacht noch ersichtlich, ebenso wenig, wie unter diesen Umständen der Grundsatz «in dubio pro reo» verletzt sein soll.

d) Zusammenfassend verletzt das angefochtene Urteil das MStG nicht, weshalb auch der Kassationsgrund von Art. 185 Abs. 1 Bst. d MStP nicht vorliegt und demzufolge die Kassationsbeschwerde auch in diesem Punkt nicht durchdringt.

(Nr. 859, 23. Juni 2015, C. gegen Militärappellationsgericht 2)

4

Art. 21 Abs. 1 i.V.m. Art. 121, Art. 80 Ziff. 1 und 2 MStG, Art. 115 Bst. b MStP; versuchte schwere Körperverletzung, Trunkenheit, Anklagegrundsatz (Kassationsbeschwerde)

Überspannte Anforderungen an eine Anklageschrift zur vorgeworfenen eventualvorsätzlich versuchten schweren Körperverletzung: Vorliegend wurde der Anklagegrundsatz nicht verletzt, als der Auditor – mangels Geständnis oder anderer besonderer Umstände – in der Anklageschrift keine näheren Ausführungen zum subjektiven Tatbestand machte, darin aber den objektiven Tatbestand ausführlich umschrieb und das Delikt eindeutig benannte (E. 3). Trunkenheit von der Vorinstanz zu Recht verneint angesichts der fehlenden Öffentlichkeit des Ärgernisses (E. 4).

Art. 21 al. 1 en relation avec art. 121, art. 80 ch. 1 et 2 CPM, art. 115 let. b PPM ; tentative de lésion corporelle grave, ivresse, principe d'accusation (poursuite en cassation)

Exigences exagérées à l'égard d'un acte d'accusation pour tentative de lésion corporelle grave par dol éventuel: en l'espèce le principe d'accusation n'a pas été violé, dès lors que l'auditeur - faute d'aveux ou d'autres circonstances particulières - n'a pas donné plus d'indications dans l'acte d'accusation sur les éléments constitutifs subjectifs de l'infraction, mais y a décrit les éléments constitutifs objectifs de manière complète et désigné le délit sans équivoque (consid. 3). L'instance précédente a nié l'ivresse à juste titre eu égard à l'absence de caractère public de la nuisance (consid. 4).

Art. 21 cpv. 1 combinato con art. 121, art. 80 cifre 1 e 2 CPM, art. 115 lett. b PPM; lesioni personali gravi tentate, ebbrezza, principio accusatorio (ricorso per cassazione)

Richieste esagerate per un atto d'accusa relativo ad asserite lesioni gravi tentate con dolo eventuale: nel caso concreto, il principio accusatorio non è stato violato allorquando l'uditore – in mancanza di una confessione o di altre circostanze particolari – nell'atto di accusa non ha formulato considerazioni più concrete sulla fattispecie soggettiva, ma ha descritto in modo dettagliato la fattispecie oggettiva e ha indicato in modo chiaro il delitto (consid. 3). Ebbrezza negata correttamente dall'istanza inferiore considerata la mancata pubblicità dello scandalo (consid. 4).

Das Militärkassationsgericht hat festgestellt:

A.

a) A. leistete ab dem 17. Juni 2013 seinen letzten Militärdienst. Nachdem er während seines letzten militärischen Ausgangs am 20. Juni 2013 drei Liter Bier und fünf bis sechs «Shots» getrunken hatte, erleichterte er sich spät nachts auf dem öffentlich zugänglichen Platz vor der Zivilschutzanlage in B. Als er sich später – nach weiterem Bierkonsum – auf der Toilette der Unterkunft übergeben musste, wurde er von Z. mit dem Mobiltelefon fotografiert. Vom Blitzlicht aufgebracht, trat A. aus der Toilette. Nach einer verbalen Auseinandersetzung schlug er C. die Faust ins Gesicht. Anschliessend verfolgte er C. bis ins Schlafzimmer und schlug dort, nachdem dieser in der Dunkelheit rückwärts zu Boden gefallen war, auf dessen Kopf ein und verprügelte ihn wahllos mit den Fäusten. Dadurch erlitt C. einen Riss im Trommelfell, eine Hörminderung mit intermittierendem leichtem Tinnitus sowie einen Bluterguss im Unterhautgewebe. Die Verletzungen sind zwischenzeitlich bis auf eine Narbe im Trommelfell verheilt; diese könnte indes bei entsprechender Belastung wieder aufreissen.

b) Mit Urteil vom 14. März 2014 sprach das Militärgericht 6 A. vom Vorwurf der versuchten schweren Körperverletzung (Art. 121 i.V.m. Art. 21 MStG) sowie vom Vorwurf der Trunkenheit (Art. 80 Ziff. 1 und 2 MStG) frei. Es erklärte ihn schuldig der vorsätzlichen einfachen Körperverletzung (Art. 122 Ziff. 1 MStG) und bestrafte ihn mit einer bedingten Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu Fr. 120.– (bei einer Probezeit von zwei Jahren). Ferner verurteilte es ihn zu einer Busse von Fr. 1'800.– und auferlegte ihm die Verfahrenskosten von Fr. 850.–.

B.

a) Dagegen erhob der Auditor des Militärgerichts 6 am 17. März 2014 Appellation.

b) Diese wies das Militärappellationsgericht 2 am 4. November 2014 ab, und es bestätigte das erstinstanzliche Urteil vollumfänglich. Die Kosten des Appellationsverfahrens wurden auf die Bundeskasse genommen.

C.

a) Mit Schreiben vom 8. November 2014 meldete der Auditor des Militärgerichts 2 beim Militärappellationsgericht 2 Kassationsbeschwerde an.

b) Nachdem ihm (erst) am 29. Juni 2015 das begründete Urteil zugestellt worden war, reichte der Auditor am 10. Juli 2015 die Begründung zur Kassationsbeschwerde ein. Darin beantragt er die Aufhebung des angefochtenen Urteils sowie die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Neuurteilung.

c) Im Auftrag ihres Präsidenten stellte die Kanzlei des Militärappellationsgerichts 2 mit Verfügung vom 31. Juli 2015 die Kassationsbeschwerde dem Verteidiger des Angeklagten zu und setzte ihm gleichzeitig nach Art. 187 Abs. 1 MStP eine Frist von 20 Tagen, um

sich schriftlich vernehmen zulassen. Diese Verfügung sowie die Kassationsbeschwerde wurden am 3. August 2015 vom Verteidiger des Angeklagten in Empfang genommen.

d) Mit Schreiben vom 20. August 2015 ersuchte der Verteidiger die Kanzlei des Militärappellationsgerichts, die am 24. August 2015 ablaufende Frist zur Einreichung einer Stellungnahme um zehn Tage, d.h. bis zum 3. September 2015, zu erstrecken.

e) Am 25. August 2015 teilte zwar nicht der aktuelle, jedoch der vormalige Präsident des Militärappellationsgerichts 2 (nunmehr im Stab OA als Präsident zur Verfügung OA) dem Verteidiger des Angeklagten mit, bei der Begründungsfrist nach Art. 187 Abs. 1 MStP handle es sich um eine gesetzliche, nicht erstreckbare Verwirkungsfrist. Er sehe jedoch aus verschiedenen Gründen davon ab, mittels formeller Verfügung das Fristerstreckungsgesuch abzuweisen. Abschliessend hielt er fest: *«Es steht Ihnen frei, bis am 3. September 2015 eine Vernehmlassung einzureichen, welche ich alsdann mit den Akten dem Kassationsgericht weiterleiten werde. Dieses wird sich gegebenenfalls im Beschwerdeentscheid zur Frage der Verwirkung äussern.»*

Das Militärkassationsgericht hat erwogen:

2.

a) Das Militärkassationsgericht ist an den Umfang der mit der Kassationsbeschwerde gestellten Anträge gebunden (Art. 189 Abs. 2 MStP). Daher ist in der Kassationsbeschwerde unter Hinweis auf den Kassationsgrund darzulegen, welche Bestimmungen als verletzt angesehen werden und inwiefern das angefochtene Urteil diese Verletzung begehen soll. Während bei den Kassationsgründen von Art. 185 Abs. 1 Bst. a–c MStP lediglich die in der Kassationsbeschwerde aufgeführten Tatsachen zu berücksichtigen sind, ist das Militärkassationsgericht bei den Kassationsgründen nach Art. 185 Abs. 1 Bst. d–f nicht an die Begründung der Kassationsbeschwerde gebunden (Art. 189 Abs. 3 und 4 MStP). Die Frage einer Verletzung des Anklagegrundsatzes ist grundsätzlich als Verletzung einer wesentlichen Verfahrensvorschrift gemäss Art. 185 Abs. 1 Bst. c MStP zu rügen, womit das Militärkassationsgericht an die «in der Kassationsbeschwerde aufgeführten Tatsachen» gebunden ist (Art. 189 Abs. 3 MStP). Fällt indes im vorliegenden Fall die Anwendung des Anklagegrundsatzes in weiten Teilen mit der Anwendung des materiellen Strafrechts zusammen, ist insoweit das Militärkassationsgericht auch in Bezug auf den Anklagegrundsatz formell nicht an die Begründung der Kassationsbeschwerde gebunden (Art. 189 Abs. 4 MStP).

b) Der Verteidiger hat seine Vernehmlassung erst am 3. September 2015 und damit nach Ablauf der gesetzlichen Frist von Art. 187 Abs. 2 MStP verspätet eingereicht. Bei dieser Frist handelt es sich um eine richterlich nicht erstreckbare Verwirkungsfrist (Art. 46 Abs. 4 MStP). Zwar hatte der vormalige Präsident der Vorinstanz (nunmehr Präsident zur Verfügung OA) den Verteidiger am 25. August 2015 während der laufenden Frist auf diese Bestimmungen hingewiesen, auch wenn er das Fristerstreckungsgesuch nicht formell abwies. Allerdings schadet hier die fragliche Verspätung nicht, nachdem der Verteidiger angesichts der besonderen Umstände auf den 3. September 2015 vertrauen durfte

und dessen Anträge jenen im Verfahren vor der Vorinstanz entsprechen. Zudem hat das Militärkassationsgericht das Recht von Amtes wegen anzuwenden.

3.

Der Auditor hat in seiner *Anklageschrift* ursprünglich kumulativ Anklage wegen *versuchter schwerer Körperverletzung* im Sinne von Art. 21 Abs. 1 i.V.m. Art. 121 StGB (recte: MStG), wegen einfacher Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Ziff. 1 StGB (recte: MStG) sowie wegen Trunkenheit im Sinne von Art. 80 Ziff. 1 und 2 MStG erhoben.

In der *Hauptverhandlung* vor der Vorinstanz hat er eine Verurteilung wegen eventualvorsätzlicher vollendeter, eventualiter versuchter schwerer Körperverletzung und wegen eventualvorsätzlicher versuchter Trunkenheit im Sinne von Art. 80 Ziff. 1 MStG beantragt sowie Freispruch von den Vorwürfen der einfachen und der fahrlässigen Körperverletzung sowie der eventualvorsätzlichen Trunkenheit im Sinne von Art. 80 Ziff. 2 MStG. Diesen Freispruch hatte er schon in der Hauptverhandlung vor dem Militärgericht 6 beantragt.

a) Die Vorinstanz hat die erlittenen Verletzungen von Y. als einfache Körperverletzung eingestuft. Eine *vollendete* schwere Körperverletzung nach Art. 121 MStG ist hier zu Recht nicht mehr strittig. Zu prüfen bleibt indes die eventualiter geltend gemachte *versuchte schwere* Körperverletzung im Sinne von Art. 21 Abs. 1 i.V.m. Art. 121 MStG.

b) Die Erörterung des objektiven Tatbestands in der Anklageschrift wird zu Recht nicht beanstandet. Die dort vorgenommene ausführliche Schilderung des Tatherganges ist im angefochtenen Urteil in allen wesentlichen Teilen übernommen worden. Umstritten ist hingegen, inwieweit der subjektive Tatbestand in der Anklageschrift hätte umschrieben werden müssen.

aa) Das Militärkassationsgericht hat sich jüngst in MKGE 13 Nr. 40 E. 4 (wie auch im – ebenfalls zur Publikation vorgesehenen – Urteil vom 23. Juni 2015 i.S. X. [betr. Diebstahl] E. 4b [*Anmerkung Oberauditorat: publiziert als MKGE 14 Nr. 3*]) ausführlich zum *Anklageprinzip* gemäss Militärstrafprozess geäußert. Nach dem Anklagegrundsatz, der sich aus Art. 114 f. in Verbindung mit Art. 147 f. MStP ergibt, bestimmt die *Anklageschrift* den Gegenstand des Gerichtsverfahrens (*Umgrenzungsfunktion*). Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens können nur Sachverhalte sein, die dem Angeklagten in der Anklageschrift vorgeworfen werden. Das Gericht ist an die Anklage gebunden (Prinzip der *Unveränderbarkeit* der Anklage). Daher muss die Anklageschrift den Anklagten wie auch die ihm zur Last gelegten strafbaren Verfehlungen sachverhaltlich so genau umschreiben, dass die Vorwürfe in sachlicher wie auch persönlicher Hinsicht genügend klargelegt sind. Das Anklageprinzip bezweckt damit gleichzeitig den Schutz der Verteidigungsrechte des Angeklagten und dient daher dem Anspruch auf rechtliches Gehör (sog. *Informationsfunktion*; BGE 140 IV 188 E. 1.3; 133 IV 235 E. 6.2). Deshalb ist das als strafwürdig erachtete Verhalten in der Anklage so zu umreissen, dass das Gericht weiss, worüber es zu befinden hat, und dass der Angeklagte erkennen kann, wogegen er sich zu verteidigen hat. Insofern hat sich eine Änderung rechtlicher Gesichtspunkte an den in Art. 148 MStP vorgezeichneten Rahmen zu halten (MKGE 13 Nr. 40 E. 4b).

Nach dem Wortlaut von Art. 115 Bst. b MStP sind dem Angeklagten die gesetzlichen Merkmale der ihm zur Last gelegten Tat, also die Einzelheiten des historischen Vorgangs, vorzuhalten (MKGE 13 Nr. 1 E. 3c; Nr. 40 E. 4c). Daraus ergibt sich ohne weiteres, dass die einen Straftatbestand beschreibenden – oder die diesem in Rechtsprechung und Lehre zugeschriebenen – rechtstechnischen Begriffe nicht zwingend genannt oder erörtert werden müssen (vgl. MKGE 13 Nr. 16 E. 2c/d; Nr. 40 E. 4b).

Eine zu ungenaue Sachverhaltsumschreibung in der Anklageschrift hat einen Freispruch zur Folge (MKGE 13 Nr. 40 E. 4b; MKGE 9 Nr. 43 E. 3). Im erstinstanzlichen Verfahren vor dem Militärgericht kann immerhin die Hauptverhandlung unterbrochen oder verschoben werden, um die Anklageschrift neu zu erstellen oder zu ergänzen (Art. 143 Abs. 1 MStP). Diese Möglichkeit besteht im Verfahren vor dem Militärappellationsgericht nicht mehr (Art. 181 Abs. 3 MStP).

bb) Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz bemängelt, der Auditor habe weder in der Anklageschrift noch in der Verhandlung vor dem Militärgericht 6 bei der Anklage wegen versuchter schwerer Körperverletzung auf den subjektiven Tatbestand hingewiesen (angefochtenes Urteil, a.a.O., E. III/3.2).

Der Auditor weist jedoch in seiner Kassationsbeschwerde (Ziff. 2c, S. 6) zu Recht darauf hin, dass er den Tatbestand in der Anklageschrift bezüglich der versuchten schweren und der vollendeten einfachen Körperverletzung identisch umschrieben bzw. nicht umschrieben hatte. Da in der Anklageschrift bei beiden Anklagen der subjektive Tatbestand nicht zusätzlich umschrieben worden war, leidet das angefochtene Urteil an einem inneren Widerspruch, soweit die Vorinstanz bei gleichen Voraussetzungen hinsichtlich des subjektiven Tatbestands die Anklage der einfachen Körperverletzung genügen liess, indessen hinsichtlich der versuchten schweren Körperverletzung die Anklage als ungenügend erachtete.

cc) Die *schwere* Körperverletzung ist im bürgerlichen wie im militärischen Strafrecht tatbeständlich gleich umschrieben (vgl. Art. 122 StGB – Art. 121 MStG), während die *einfache* Körperverletzung militärstrafrechtlich in einem Tatbestand zusammengefasst wird und anders als das bürgerliche Strafrecht keine qualifizierende Umstände, aber wie dieses den leichten Fall kennt (vgl. Art. 123 StGB – Art. 122 MStG).

dd) Das Bundesgericht hat sich in den letzten Jahren mehrfach mit dem Nachweis des Vorsatzes bei Delikten gegen Leib und Leben befasst und die wesentlichen Grundsätze dazu herausgearbeitet:

Soweit der Täter nicht geständig ist, kann sich der Richter für den Nachweis des Vorsatzes regelmässig nur auf äusserlich feststellbare Indizien und Erfahrungsregeln stützen, die ihm Rückschlüsse von den äusseren Umständen auf die innere Einstellung des Täters erlauben. Dabei darf er vom Wissen des Täters auf den Willen schliessen, wenn sich dem Täter die Verwirklichung der Gefahr als so wahrscheinlich aufdrängte, dass die Bereitschaft, sie als Folge hinzunehmen, vernünftigerweise nur als Inkaufnahme des Erfolges ausgelegt werden kann. Zu den äusseren Umständen, aus denen der Schluss gezogen werden kann, der Täter habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen,

zählt die Rechtsprechung unter anderem die Grösse des dem Täter bekannten Risikos der Tatbestandsverwirklichung und die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung. Je grösser die Wahrscheinlichkeit der Tatbestandsverwirklichung ist und je schwerer die Sorgfaltspflichtverletzung wiegt, desto näher liegt die tatsächliche Schlussfolgerung, der Täter habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen (vgl. z.B. BGE 130 IV 58 E. 8.4 sowie Urteil des Bundesgerichts 6B_181/2015 vom 23. Juni 2015 E. 2.2.3, je m.w.H.).

Was der Täter wusste, wollte und in Kauf nahm, betrifft so genannte innere Tatsachen und ist insoweit Tatfrage. Rechtsfrage ist demgegenüber, ob im Lichte der festgestellten Tatsachen der Schluss auf den Eventualvorsatz berechtigt erscheint. Dabei ist nicht zu übersehen, dass sich Tat- und Rechtsfragen teilweise überschneiden können (vgl. z.B. BGE 130 IV 58 E. 8.5 sowie Urteil des Bundesgerichts 6B_181/2015 vom 23. Juni 2015 E. 2.2.2, je m.w.H.).

ee) Bei Faustschlägen ins Gesicht hat das Bundesgericht wiederholt angenommen, dass mehrfache, hochgradig gewaltintensive Faustschläge gegen den ungeschützten Kopf oder das ungeschützte Gesicht angesichts der bekannten Empfindlichkeit der Kopfregion eines Menschen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und den Erfahrungen des Lebens geeignet sind, lebensgefährliche Verletzungen oder gar den Tod des Opfers herbeizuführen. Wer einem Menschen in blinder Wut mehrfach mit aller Kraft gegen den Kopf schlägt, weiss um das Risiko tödlicher Verletzungen infolge der Faustschläge (vgl. z.B. Urteile des Bundesgerichts 6B_643/2011 vom 26. Januar 2012 E. 2.3 sowie 6B_758/2010 vom 4. April 2011 E. 4, je m.w.H.). Ob als Folge eines Faustschlages eine einfache Körperverletzung oder eine versuchte schwere Körperverletzung anzunehmen ist, hängt namentlich von der Schwere des Faustschlages sowie von der Verfassung des Opfers ab (vgl. z.B. Urteile des Bundesgerichts 6B_388/2012 vom 12. November 2012 E. 2.4, namentlich E. 2.4.2, bzw. 6B_366/2014 vom 23. April 2015 E. 1.3, je m.w.H.).

Die bisherige Rechtsprechung des Militärkassationsgerichts steht damit nicht im Widerspruch. In MKGE 9 Nr. 75 ging es – angesichts mehrfacher Blutergüsse und leichten Quetschungen im Gesicht – um die Abgrenzung zwischen Tötlichkeiten und einfacher Körperverletzung. Massgeblich für die jeweilige Deliktsabgrenzung sind die gegebenen Tatumstände sowie die Schwere der Tathandlung, namentlich die Art und die Stärke der Schläge gegen den Kopf. Im vorliegenden Fall hat der Angeklagte wutentbrannt dem Opfer wiederholt wahllos und unkontrolliert mit der Faust ins Gesicht bzw. auf den Kopf geschlagen. Die Faustschläge hatten unbestrittenermassen namentlich einen inzwischen zwar vernarbten Trommelfellriss sowie eine bleibende Hörminderung mit leichtem Tinnitus zur Folge; immerhin könnte die Narbe bei entsprechender Belastung wieder aufreissen (wohl etwa dann, wenn Y. den Tauchsport wieder aufnehmen würde [vgl. dazu z.B. Einvernahmeprotokoll vom 5. September 2013, MG6 13 001363 BA, act. 27, Zeile 168 f.]).

ff) Daraus folgt, dass die vom Auditor vorgenommene ausführliche Umschreibung des objektiven Tatbestandes in der Anklageschrift zusammen mit der eindeutigen Benennung der dem Angeklagten vorgeworfenen Delikte «versuchte schwere Körperverletzung im Sinne von Art. 21 Abs. 1 i.V.m. Art. 121 MStG» sowie «einfache Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Ziff. 1 StGB» den Anforderungen an den Anklagegrundsatz bereits genügen muss. Insofern ist es die Aufgabe des Gerichts, aus den ermittelten äusseren

Sachverhaltselementen, wie dem genauen Tatablauf, den Faustschlägen und der Art ihrer Ausführung auf den inneren Willen des Angeklagten bzw. dessen Vorsatz oder Eventualvorsatz zu schliessen. Soweit kein Geständnis oder auch nicht andere besondere Umstände vorliegen, ist es in Fällen wie hier nicht nötig bzw. möglich, in der Anklageschrift nähere Ausführungen zum subjektiven Tatbestand zu machen.

Auch in Bezug auf den Versuch kann nichts anderes gelten. Ob der Wille des Täters auf eine einfache oder eine schwere Körperverletzung gerichtet war bzw. welcher Erfolg in Kauf genommen worden war, ist – gestützt auf äusserlich feststellbare Indizien und Erfahrungsregeln – aus denselben tatsächlichen Sachverhaltselementen des Tatablaus zu erschliessen. Auch beim Versuch ist, wo ein Geständnis fehlt, im Lichte der allgemeinen Lebenserfahrung und in Berücksichtigung der Verhältnisse des Täters zu ermitteln, welches Wissen ihm anzurechnen ist; und gestützt darauf bzw. die einschlägigen äusseren Umstände ist auf den Willen des Täters zu schliessen, insbesondere welche Folgen er für möglich gehalten und im Sinne eines Eventualvorsatzes in Kauf genommen haben muss (Art. 13 Abs. 2 Satz 2 MStG).

So räumt der Angeklagte übrigens zutreffend ein, dass solche Rückschlüsse selbst beim Versuch möglich sein können, wenn die Tat noch brutaler oder er nüchtern gewesen wäre (Vernehmlassung, a.a.O., Ziff. 12). Damit geht es aber auch seiner Auffassung nach zu Recht nicht mehr um die rechtliche Grundsatzfrage, sondern allein um die beweisrechtliche Würdigung sowie strafrechtliche Subsumtion des Geschehenen.

c) Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die Verteidigungsrechte des Angeklagten im vorliegenden Fall vollauf gewahrt werden. Entgegen der Vorinstanz und dem Angeklagten sind die Anforderungen an die Anklageschrift nach Art. 115 MStP sowie nach den in der Rechtsprechung aus Gesetz und Verfassung abgeleiteten Grundsätzen erfüllt. Die Informations- und Umgrenzungsfunktionen der Anklageschrift sind gewahrt. Insofern hat die Vorinstanz wie bereits das erstinstanzliche Militärgericht 6 die Anforderungen an die Anklageschrift in Bezug auf die angeklagte, eventualvorsätzlich versuchte schwere Körperverletzung überspannt und damit Bundesrecht verletzt.

Insofern erweist sich die Kassationsbeschwerde des beschwerdeführenden Auditors als begründet.

4.

Dieser beanstandet sodann den Freispruch des Angeklagten vom Vorwurf der Trunkenheit im Sinne von Art. 80 Abs. 1 MStG, wonach mit Geldstrafe bis zu 90 Tagessätzen bestraft wird, wer in einem Zustand der Trunkenheit öffentliches Ärgernis erregt.

a) Die Vorinstanz hielt den Anklagegrundsatz auch hier wegen angeblich mangelnden Ausführungen zur subjektiven Seite für verletzt. Zudem erachtete sie den Tatbestand des öffentlichen Ärgernisses als nicht erfüllt, weil nicht erstellt werden konnte, dass das Urinieren auf dem öffentlich zugänglichen Platz vor der Unterkunft von nichtmilitärischen Personen tatsächlich auch wahrgenommen worden war (angefochtenes Urteil, a.a.O., E. III/3.3 und III/5).

b) Entgegen der Auffassung des Auditors ist der Freispruch von der Anklage der Trunkenheit nicht zu beanstanden. Daher kann dahingestellt bleiben, wie es sich hier mit dem Anklagegrundsatz verhält.

Die Erregung öffentlichen Ärgernisses ist eine objektive Strafbarkeitsbedingung (Stefan Flachsmann/Patrick Fluri/Gerritt Görlich Käser/Bernhard Isenring/Stefan Wehrenberg, Tafeln zum Militärstrafrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, S. 143 Fn. 9 m.w.H.) und nicht objektives Tatbestandselement, das vom Vorsatz erfasst sein müsste. Insofern muss das ärgerniserregende Verhalten in der Öffentlichkeit auch tatsächlich wahrgenommen werden. Da Art. 80 Abs. 1 MStG kein Gefährdungsdelikt ist, fehlt die Öffentlichkeit immer, wo lediglich die Möglichkeit besteht, dass Nichtmilitärs das Ärgernis bemerken (vgl. Peter Popp, Kommentar zum Militärstrafgesetz, St. Gallen 1992, N 5 f. zu Art. 80 MStG; Flachsmann et al., a.a.O., S. 143 Fn. 11; ebenso Kurt Hauri, Kommentar MStG, Bern 1983, N 9 f. zu Art. 80 MStG, mit Kritik am gesetzlichen Tatbestandsmerkmal, weil die Abhängigkeit vom Zufall nicht befriedige). Ist, wie hier, die objektive Strafbarkeitsbedingung nicht erfüllt, kommt eine Verurteilung wegen Versuchs von vornherein nicht in Frage.

5.

Schliesslich beanstandet der beschwerdeführende Auditor die Strafzumessung.

a) Die Vorinstanz hat das Verschulden des Angeklagten unter Berücksichtigung verschiedener Gesichtspunkte als insgesamt mindestens «mittelschwer» qualifiziert. Unter Beachtung des Strafrahmens erachtete das Militärappellationsgericht eine «Einsatzstrafe von 270 Tagessätzen» als angemessen. Aufgrund der eingeschränkten Schuldfähigkeit infolge des erheblichen Alkoholeinflusses reduzierte es die Einsatzstrafe um die Hälfte auf 135 Tagessätze. Unter Abzug von 15 Tagessätzen für die Verbindungsbusse bestrafte es den Angeklagten – wie bereits die Erstinstanz – mit einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu Fr. 120.– sowie mit einer Busse von Fr. 1'800.–.

b) Der Auditor ist der Auffassung, dies widerspreche der bundesgerichtlichen Praxis gemäss BGE 136 IV 55. Danach müsse in einem ersten Schritt entschieden werden, in welchem Umfang die Schuldfähigkeit des Täters eingeschränkt sei und wie sich dies auf die Einschätzung des Tatverschuldens auswirke. Das Gesamtverschulden sei zu qualifizieren und im Urteil ausdrücklich zu benennen. Hierauf sei in einem zweiten Schritt die dem Verschulden entsprechende Strafe zu bestimmen. Alsdann könne gegebenenfalls in einem dritten Schritt die Strafe angesichts wesentlicher Täterkomponenten sowie angesichts eines allfälligen blossen Versuchs verändert werden.

c) Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz die Ausgangsstrafe fixiert. Alsdann hat sie diese in einem einzigen Schritt einzig wegen der eingeschränkten Schuldfähigkeit auf die Hälfte reduziert. Aus dem Urteil ist somit sowohl die Gesamteinschätzung für die hypothetische Strafe wie auch die Verschuldensminderung ersichtlich. Dabei hat sich die Vorinstanz an das ihr zustehende Ermessen gehalten. Der Auditor legt nicht dar, welche anderen Kriterien hier zusätzlich hätten berücksichtigt werden müssen und wie sich diese

auf das Gesamtergebnis ausgewirkt hätten. Eine Bundesrechtsverletzung ist nicht ersichtlich. Allerdings wird die Vorinstanz – bei neuer und umfassender rechtlicher Würdigung der strittigen Tatumstände im Sinne der Erwägungen des Militärkassationsgerichts – gegebenenfalls die Strafzumessung neu überprüfen müssen.

(Nr. 863, 17. September 2015, Auditor gegen Militärappellationsgericht 2)

5

Art. 200 PPM ; motifs de révision (demande de révision)

Ni les griefs relatifs à l'appréciation juridique d'une condamnation entrée en force, ni le souhait de se libérer d'une inscription au casier judiciaire (qui entrave la carrière professionnelle) ne font partie des motifs de révision prévus par la loi (consid. 2).

Art. 200 MStP; Revisionsgründe (Revisionsgesuch)

Weder Rügen zur rechtlichen Würdigung einer rechtskräftigen Verurteilung noch das Anliegen, sich eines (das berufliche Fortkommen erschwerenden) Eintrags im Strafregister entledigen zu wollen, fallen unter die gesetzlich vorgesehenen Revisionsgründe (E. 2).

Art. 200 PPM; motivi di revisione (domanda di revisione)

Né le censure relative all'apprezzamento giuridico di una condanna cresciuta in giudicato, né il desiderio di liberarsi da un'iscrizione nel casellario giudiziale (che aggrava la carriera professionale) fanno parte dei motivi di revisione previsti dalla legge (consid. 2).

Il résultat du dossier:

A.

Par ordonnance de condamnation de l'Auditeur du Tribunal militaire 3 du 30 juin 2014, A. a été reconnue coupable de désobéissance au sens de l'art. 61 CPM pour avoir refusé de prendre son équipement et l'arme militaire le 28 octobre 2013 lors de son école de recrues et a été condamnée à une peine pécuniaire de 15 jours-amende à 110 fr. avec sursis pendant 3 ans et à une amende de 500 fr., ainsi qu'aux frais par 350 francs.

Au moment des faits, A. a déclaré ne pas vouloir exécuter ses obligations militaires mais être tout de même entré en service par respect pour ses parents. Par la suite, l'intéressé a fait savoir au juge d'instruction militaire qu'il était revenu sur cette décision et qu'il désirait être convoqué au plus vite pour liquider ses obligations. Il lui a déclaré avoir refusé ses effets militaires et l'arme de service pour être licencié rapidement, sans motivations éthiques ou morales.

B.

Le 31 juillet 2015, A. a écrit au Tribunal militaire de cassation pour demander la révision de l'ordonnance de condamnation du 30 juin 2014, entrée en force faute d'avoir été frappée d'opposition. Il a expliqué vouloir entamer une formation d'agent de détention auprès de l'Etat de W., impossible avec un casier judiciaire, et regretter une erreur de jeunesse commise sans conscience de ses conséquences. Il a également exposé avoir effectué son école de recrues postérieurement à sa condamnation. Cette demande de révision a été déposée après que A. a demandé à l'Auditeur du Tribunal militaire 3 de revenir sur sa décision, ce que celui-ci n'a pu entreprendre.

Le 28 septembre 2015, le Service juridique de l'Auditeur en chef a accusé réception de la demande de A., l'avisant de son éventuelle irrecevabilité, à défaut de motif suffisant. Il a aussi exposé que la condamnation avec sursis n'apparaîtrait plus au casier judiciaire destiné aux particuliers à l'échéance du délai d'épreuve sans la commission de nouvelle infraction. A. a confirmé sa demande de révision le 9 octobre 2015, expliquant à nouveau sa motivation. Il a par la suite encore relancé l'Office de l'Auditeur en chef, sollicitant une décision prochaine pour pouvoir finaliser son inscription à la formation d'agent de détention. Nanti une nouvelle fois de la probable irrecevabilité de sa requête, A. l'a confirmée une nouvelle fois le 11 avril 2016.

Considérant:

1.

La révision d'une ordonnance de condamnation exécutoire peut être demandée par le condamné (art. 202 le. a PPM) par écrit au Tribunal militaire de cassation (art. 203 al. 1 PPM) notamment s'il existe des faits ou des preuves dont le juge n'avait pas connaissance lors du procès antérieur et qui sont de nature, à eux seuls ou en relation avec les faits constatés auparavant, à provoquer soit l'acquittement du condamné ou la fixation à son égard d'une peine notablement moins sévère, soit la condamnation de l'accusé acquitté, soit une condamnation pour une infraction plus grave (art. 200 al. 1 let. a PPM).

La demande de révision doit indiquer les motifs de la révision et les preuves à l'appui (art. 203 al. 1 et 2 PPM).

2.

2.1. En l'espèce, le requérant, condamné, dispose de la qualité pour demander la révision de l'ordonnance de condamnation le concernant, entrée en force. Il a déposé à cet effet une demande écrite auprès du Tribunal militaire de cassation.

Il n'a en revanche pas invoqué de motif légal de révision, à savoir des faits ou des preuves qui auraient été ignorés de l'Auditeur du Tribunal militaire 3 et qui auraient pu conduire ce dernier à prendre une décision différente. Au contraire, le requérant a confirmé les faits retenus à la base de sa condamnation, soit un acte de désobéissance avéré et sa motivation sur le moment, exposant uniquement regretter désormais ce geste, qualifié

d'erreur de jeunesse, et expliquant en subir des conséquences fâcheuses pour sa carrière professionnelle. Il ne s'agit clairement pas là de motifs de révision au sens de l'art. 200 PPM.

2.2. En particulier, la demande du requérant de supprimer l'inscription au casier judiciaire avant tout pour des raisons professionnelles ou sa critique de l'appréciation juridique contenue dans l'ordonnance de condamnation (demandant notamment que le cas soit traité disciplinairement et ne fasse pas l'objet d'une condamnation) ne constituent pas des motifs de révision. Par ailleurs, il n'est pas établi ni même allégué que des faits existants lors de la procédure pénale militaire auraient été cachés à l'autorité décisionnelle.

Au demeurant, indépendamment de ce qui précède, il y a lieu d'apporter les précisions suivantes par souci d'exhaustivité. Conformément à l'art. 3 al. 1 let. a de l'ordonnance sur le casier judiciaire du 29 septembre 2006 (Ordonnance VOSTRA ; RS 331), les condamnations prononcées par les autorités pénales militaires en raison d'un crime ou d'un délit prévu par le code pénal militaire (CPM) sont enregistrées dans le casier judiciaire. L'art. 371 al. 3^{bis} du code pénal suisse précise que les jugements qui prononcent une peine avec sursis n'apparaissent plus dans l'extrait du casier judiciaire destiné aux particuliers lorsque le condamné a subi la mise à l'épreuve avec succès. Ainsi, la condamnation du requérant n'apparaîtra plus dans l'extrait du casier judiciaire destiné aux particuliers (et non aux autorités de poursuite pénale) au terme du sursis de 3 ans assortissant l'ordonnance de condamnation du 30 juin 2014.

3.

En définitive, aucun motif légal de révision n'ayant été invoqué, la demande de révision doit être déclarée irrecevable, sous suite de frais (art. 207 al. 3 PPM par analogie).

(869, 16 juin 2016, A. contre l'auditeur du Tribunal militaire 3)

6

Art. 81 Abs. 1 Bst. b, Art. 82 Abs. 1 Bst. b MStG, Art. 51, Art. 114 f., Art. 125, Art. 131, Art. 147, Art. 148 MStP; mehrfache partielle Militärdienstverweigerung, vorsätzliche Militärdienstversäumnis, Vorladung des Angeklagten, Abwesenheitsverfahren, Änderung des rechtlichen Gesichtspunkts, Anklagegrundsatz (Kassationsbeschwerde)

Nichteintreten auf die erst beschwerdeweise gerügte Verletzung von Art. 125 MStP, nachdem der Verteidiger, trotz nicht rechtzeitig erfolgter Vorladung des Angeklagten, dies in der Hauptverhandlung nicht gerügt und auch nicht um Verschiebung der Verhandlung ersucht hatte (E. 3). Pflicht zur Unterbrechung einer Verhandlung, wenn erst in der Urteilsberatung eine neue rechtliche Würdigung erwogen wird (E. 4) bzw. wenn eine Ergänzung der Anklageschrift durch den Auditor angezeigt ist (E. 5).

Art. 81 al. 1 let. b, art. 82 al. 1 let. b CPM, art. 51, art. 114 s., art. 125, art. 131, art. 147, art. 148 PPM ; multiples refus de servir partiels, insoumission intentionnelle, citation de l'accusé, procédure par défaut, modification de la qualification juridique, principe accusatoire (poursuite en cassation)

Décision de non entrée en matière sur une violation de l'art. 125 PPM alléguée seulement dans le recours, après que le défenseur, malgré la citation tardive de l'accusé, ne l'a pas fait valoir lors des débats et n'a pas demandé un ajournement de ceux-ci (consid. 3). Obligation d'interrompre les débats lorsqu'une nouvelle qualification juridique n'est envisagée qu'au cours de la délibération (consid. 4), respectivement lorsqu'un complément de l'acte d'accusation par l'Auditeur est indiqué (consid. 5).

Art. 81 cpv. 1 lett. b, art. 82 cpv. 1 lett. b CPM, art. 51, art. 114 s., art. 125, art. 131, art. 147, art. 148 PPM; molteplice rifiuto parziale del servizio, omissione di servizio intenzionale, citazione dell'accusato, procedura contumaciale, mutamento della qualificazione giuridica, principio accusatorio (ricorso per cassazione)

Decisione di non entrare in materia per una violazione dell'art. 125 PPM invocata solo mediante ricorso, allorquando il difensore - nonostante la citazione intempestiva dell'accusato - non abbia né censurato tale fatto durante il dibattimento né richiesto il rinvio dello stesso (consid. 3). Obbligo di interruzione di un dibattimento se un nuovo apprezzamento giuridico viene considerato solo in fase di deliberazione della sentenza (consid. 4), rispettivamente se si rende opportuno un complemento dell'atto d'accusa da parte dell'uditore. (consid. 5).

Das Militärkassationsgericht hat festgestellt:

A.

a) A. rückte am 10. Februar 2014 nicht in den Ausbildungsdienst der Formationen (ADF) 2014 in B. ein. Die am 11. August 2014 eröffnete Voruntersuchung dehnte der Untersuchungsrichter am 13. Oktober 2014 sowie am 3. Februar 2015 auf das Nichteinrücken in die Nachschiesskurse (NSK) 2013 und 2014 aus. Am 16. Februar 2015 wurde die Voruntersuchung abgeschlossen.

b) Am 23. März 2015 klagte der Auditor des Militärgerichts 5 A. an des mehrfachen Militärdienstversäumnisses nach Art. 82 Abs. 1 Bst. b MStG, begangen dadurch, dass dieser ohne die Absicht, den Militärdienst zu verweigern, mindestens eine Militärdienstleistung, zu der er aufgeboten worden war, nicht antrat. In der Anklageschrift wurde hierzu festgehalten, der Angeklagte sei, ohne die Absicht gehabt zu haben, den Militärdienst zu verweigern, vorsätzlich nicht in den NSK 2013, den ADF 2014 und den NSK 2014 eingerückt, obschon er durch Marschbefehl bzw. öffentlichem Aufgebotsplakat aufgeboten worden war, vom jeweiligen Aufgebot gewusst habe und einrückungsfähig sowie diensttauglich gewesen sei.

c) Mit Abwesenheitsurteil vom 20. Mai 2015 sprach das Militärgericht 5 A. der mehrfachen partiellen Militärdienstverweigerung im Sinne von Art. 81 Abs. 1 Bst. b sowie des vorsätzlichen Militärdienstversäumnisses im Sinne von Art. 82 Abs. 1 Bst. b MStG schuldig und verurteilte ihn zu einer unbedingten Geldstrafe von 150 Tagessätzen à Fr. 10.-. Es widerrief den mit Strafmandat des Militärgerichts 4 vom 12. November 2013 gewährten bedingten Strafvollzug von 2 Tagessätzen à Fr. 80.- und auferlegte dem Verurteilten die Verfahrenskosten. Zur Begründung wurde im Wesentlichen angeführt, der Angeklagte habe das Aufgebot für den ADF 2014 rechtzeitig erhalten, den Marschbefehl jedoch zur Seite gelegt, ohne sich das Einrückungsdatum zu notieren. Damit habe er zumindest in Kauf genommen, den Wiederholungskurs zu verpassen. Da der Angeklagte zuletzt vier ADF geleistet und in der Voruntersuchung erklärt habe, künftigen Aufgeboten Folge zu leisten, sei bezüglich des ADF 2014 von einem Militärdienstversäumnis auszugehen. Demgegenüber sei das Nichteinrücken in die NSK 2013 und 2014 als partielle Militärdienstverweigerung zu werten. Der Angeklagte habe seit 2008 die Schiesspflicht kein einziges Mal erfüllt und sei deswegen auch schon mehrfach gebüsst worden. Das Nichteinrücken in den NSK 2013 sei zumindest eventualvorsätzlich erfolgt, das Nichteinrücken in den NSK 2014 sogar mit direktem Vorsatz. Damit habe der Angeklagte klar zum Ausdruck gebracht, dass er nicht nur die fraglichen Dienstleistungen, sondern die ausserdienstliche Schiesspflicht als solche verweigert.

B.

a) Gegen dieses Urteil reichte der amtliche Verteidiger von A. am 21. Mai 2015 Kassationsbeschwerde ein.

Das Militärkassationsgericht hat erwogen:

1.

a) Das Militärkassationsgericht ist für die Behandlung der eingereichten Kassationsbeschwerde zuständig (Art. 13 MStP).

b) Dieses Rechtsmittel kann erhoben werden gegen Abwesenheitsurteile der Militärgerichte (Art. 184 Abs. 1 Bst. c MStP). Die fristgerecht angemeldete und begründete (Art. 186 Abs. 2 und Art. 187 Abs. 1 MStP), den Formerfordernissen entsprechende Kassationsbeschwerde des zur Ergreifung dieses Rechtsmittels legitimierten Beschwerdeführers (Art. 186 Abs. 1 MStP) ist damit zulässig.

2.

a) Das Militärkassationsgericht ist an den Umfang der mit der Kassationsbeschwerde gestellten Anträge gebunden (Art. 189 Abs. 2 MStP). Daher ist in der Beschwerdebegründung unter Hinweis auf den Kassationsgrund darzulegen, welche Bestimmungen als verletzt angesehen werden und inwiefern das angefochtene Urteil die Verletzung begehen soll. Während bei den Kassationsgründen von Art. 185 Abs. 1 Bst. a–c MStP lediglich die in der Kassationsbeschwerde aufgeführten Tatsachen zu berücksichtigen sind, ist das Militärkassationsgericht nach Art. 185 Abs. 1 Bst. d–f MStP nicht an die Begründung der Kassationsbeschwerde gebunden (Art. 189 Abs. 3 und 4 MStP).

b) Der Kassationsgrund von Art. 185 Abs. 1 Bst. c MStP ist gegeben, wenn während der Hauptverhandlung wesentliche Verfahrensvorschriften verletzt worden sind, sofern dem Beschwerdeführer dadurch ein Rechtsnachteil entstanden ist.

c) Die Kassation gestützt auf Art. 185 Abs. 1 Bst. c MStP kann grundsätzlich nur verlangt werden, wenn die Partei während der Hauptverhandlung einen entsprechenden Antrag gestellt oder den Mangel gerügt hat (Art. 185 Abs. 2 MStP; MKGE 13 Nr. 16 E. 2b). Die vom Beschwerdeführer behauptete Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör im Zusammenhang mit einer Veränderung der rechtlichen Qualifikation (Art. 148 Abs. 2 MStP) ergibt sich indessen erst aus der schriftlichen Begründung des angefochtenen Urteils. Die in der Kassationsbeschwerde vorgebrachte Rüge ist deshalb zulässig (MKGE 12 Nr. 10 E. 2a).

3.

a) Der Beschwerdeführer rügt zunächst eine Verletzung von Art. 125 MStP. Die Parteien seien vom Präsidenten des Militärgerichts 5 am 23. April 2015 auf den 20. Mai 2015, 14.15 Uhr, zur Hauptverhandlung vorgeladen worden. Der amtliche Verteidiger des Angeklagten habe erst am 17. Mai 2015 eine neue Vorladung auf den 20. Mai 2015 mit Verhandlungsbeginn um 10.30 Uhr erhalten. Damit sei die Vorladungsfrist von 10 Tagen nicht eingehalten.

b) Aktenmässig belegt ist lediglich die Vorladung der Parteien zur Hauptverhandlung auf den 20. Mai 2015, 14.15 Uhr (pag. 108 f.). Die mit Gerichtsurkunde zugestellte Vorladung

holte der Beschwerdeführer am 6. Mai 2015 am Schalter ab (pag. 110). Ausserdem wurde er durch Publikation im Bundesblatt vorgeladen (BBl Nr. 17 vom 5. Mai 2015, S. 3426). Gemäss Protokoll der Hauptverhandlung vom 20. Mai 2015 (pag. 116 ff.) begann die Sitzung des Militärgerichts 5 um 11.00 Uhr und endete um 13.30 Uhr. Eine mündliche oder schriftliche Vorladung des Beschwerdeführers auf den vorverschobenen Sitzungsbeginn ist aktenmässig nicht belegt. Die protokollierte Feststellung des Präsidenten des Militärgerichts 5, wonach dem Beschwerdeführer die Vorladung am 6. Mai 2014 zugestellt worden sei (pag. 117), bezieht sich einzig auf die Vorladung vom 23. April 2015 mit Verhandlungsbeginn um 14.15 Uhr.

c) Nach Art. 130 Abs. 1 MStP muss der Angeklagte an der Hauptverhandlung persönlich anwesend sein. Dabei handelt es sich nicht nur um eine Pflicht, sondern auch um das Recht, sich zur Anklage äussern zu dürfen. Aus dem Anspruch des Angeklagten auf persönliche Teilnahme an der Hauptverhandlung leitet die bundesgerichtliche Rechtsprechung ein Recht auf vorzeitige Vorladung zu einer gerichtlichen Verhandlung ab (BGE 131 I 185 E. 2.1). Die Ausgestaltung dieses Anspruchs wird in Art. 125 i.V.m. Art. 51 MStP konkretisiert. Eine diesen Anforderungen genügende Vorladung des Beschwerdeführers auf den 20. Mai 2015, 10.30 Uhr, ist nicht nachgewiesen. Unter diesen Umständen hätte nicht in Abwesenheit des Beschwerdeführers verhandelt werden dürfen (Art. 131 MStP).

d) Der Verteidiger des Beschwerdeführers hat das Vorgehen des Militärgerichts 5 in der Hauptverhandlung nicht gerügt, sondern «die Durchführung des Abwesenheitsverfahrens ins Ermessen des Gerichts gestellt» (Beschwerdebegründung, S. 3 Ziff. 3). Auch stellte der Verteidiger keinen Antrag auf Verschiebung der Hauptverhandlung (pag. 117).

Somit ist auf die erst in der Kassationsbeschwerde gerügte Verletzung von Art. 125 MStP nicht einzutreten.

4.

a) Der Beschwerdeführer rügt ferner eine Verletzung von Art. 148 MStP. Die Vorinstanz habe zu seinen versäumten NSK überraschend auf eine partielle Dienstverweigerung gemäss «Art. 82» (recte: Art. 81) Abs. 1 Bst. b MStG erkannt, ohne ihn zuvor auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes hingewiesen zu haben.

b) Der Auditor würdigt das Nichteintrücken des Beschwerdeführers in den ADF 2014 sowie in die NSK 2013 und 2014 in seiner Anklageschrift als mehrfaches Militärdienstversäumnis im Sinne von Art. 82 Abs. 1 Bst. b MStG (pag. 105).

Eine Verurteilung wegen partieller Dienstverweigerung bezüglich der ausserdienstlichen Schiesspflicht gestützt auf Art. 81 Abs. 1 Bst. b MStG hätte demnach nur erfolgen dürfen, wenn der Beschwerdeführer bzw. dessen Verteidiger zuvor auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes hingewiesen worden wäre. Dass das Militärgericht 5 einen solchen Hinweis tatsächlich gegeben hätte, ist aktenmässig nicht belegt. Vielmehr ergibt sich aus dem Protokoll der Hauptverhandlung, dass sowohl der Auditor als auch der Verteidiger auf eine Verurteilung des Beschwerdeführers wegen mehrfachen Militärdienstversäumnisses im Sinne von Art. 82 Abs. 1 Bst. b MStG plädiert hatten (pag. 120). Wenn – wie hier – eine neue rechtliche Würdigung erst während der Urteilsberatung erwogen

wird, hätte die Beratung unterbrochen werden müssen, um den Parteien Gelegenheit zu geben, sich zum veränderten rechtlichen Gesichtspunkt zu äussern (Jörg Frei, in: Wehrenberg/Martin/Flachsmann/Bertschi/Schmid [Hrsg.], Kommentar zum Militärstrafprozess, Zürich 2008, N 8 zu Art. 148). Da dies nicht geschehen ist, kann dem Beschwerdeführer auch nicht vorgeworfen werden, er habe den Verfahrensmangel nicht rechtzeitig gerügt. Diesen konnte er erst nach der mündlichen Urteilseröffnung erkennen.

Insofern ist die Kassationsbeschwerde begründet.

5.

a) Schliesslich beanstandet der Beschwerdeführer, aktenmässig seien lediglich mehrfache Dienstversäumnisse belegt. Mit dem Vorwurf, er habe die ausserdienstliche Schiesspflicht *verweigert*, sei er nie konfrontiert worden und er habe sich dazu auch nie ausdrücklich äussern können.

b) Der Militärstrafprozess ist vom Anklageprinzip geprägt, was sich aus Art. 114 f. in Verbindung mit Art. 147 f. MStP ergibt. Nach dem aus Art. 29 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 BV sowie aus Art. 6 Ziff. 1 und Ziff. 3 Bst. a und b EMRK abgeleiteten Anklagegrundsatz bestimmt die Anklageschrift den Gegenstand des Gerichtsverfahrens (Umgrenzungsfunktion). Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens können nur Sachverhalte sein, die dem Angeklagten in der Anklageschrift vorgeworfen werden. Das Gericht ist an die Anklage gebunden (Prinzip der Unveränderbarkeit der Anklage). Das Anklageprinzip bezweckt gleichzeitig den Schutz der Verteidigungsrechte des Angeklagten und dient dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Informationsfunktion; vgl. BGE 140 IV 188 E. 1.3). Das als strafwürdig erachtete Verhalten ist deshalb in der Anklage so zu umreissen, dass das Gericht weiss, worüber es zu befinden hat, und der Angeklagte erkennen kann, wogegen er sich zu verteidigen hat.

c) Zu den versäumten NSK 2013 und 2014 wird dem Beschwerdeführer in der Anklageschrift (pag. 105 f.) ausdrücklich keinerlei Verweigerungsabsicht unterstellt. Für dessen Verurteilung gestützt auf Art. 81 Abs. 1 Bst. b MStG hätte das Militärgericht 5 die Hauptverhandlung unterbrechen müssen, um dem Auditor Gelegenheit zu geben, den der Anklage zu Grunde liegenden Sachverhalt entsprechend zu ergänzen. Das ist nicht geschehen.

Die Verurteilung des Angeklagten wegen partieller Dienstverweigerung verletzt demnach das Anklageprinzip. Die Kassationsbeschwerde ist somit auch in diesem Punkt begründet.

(870, 16. Juni 2016, A. gegen Militärgericht 5)

7

Art. 82 al. 1 let. b CPM, art. 16 ss. OCoM ; Congé pour l'étranger, insoumission (pourvoi en cassation)

Condamnation pour insoumission d'une personne habitant à l'étranger soumise à l'obligation d'annoncer, après que celle-ci ait omis de demander une autorisation de congé pour l'étranger (consid. 2.4).

Art. 82 Abs. 1 Bst. b MStG, Art. 16 ff. VmK; Auslandurlaub, Militärdienstversäumnis (Kassationsbeschwerde)

Verurteilung eines im Ausland lebenden Meldepflichtigen wegen Militärdienstversäumnis, nachdem dieser es unterlassen hatte, sich Auslandurlaub bewilligen zu lassen (E. 2.4).

Art. 82 cpv. 1 lett. b CPM, art. 16 ss. OCoM; Congedo per l'estero, omissione di servizio (ricorso per cassazione)

Condanna per omissione di servizio di una persona residente all'estero soggetta all'obbligo di notificazione, dopo che quest'ultima aveva omesso di richiedere un'autorizzazione di congedo per l'estero (consid. 2.4).

Faits :

A.

A., né en 1982, a fait l'objet d'une enquête ordinaire pour avoir fait défaut à son école de recrues en 2004 et pour ne pas avoir annoncé son départ à l'étranger survenu en 2003.

Par ordonnance entrée en force de chose jugée du 6 octobre 2004, l'Auditeur du Tribunal militaire 2 a clôturé la procédure pénale militaire à l'encontre du A. par un non-lieu. Dans ses considérants, l'auditeur a reconnu le prénommé coupable d'insoumission et d'inobservation de prescriptions de service par négligence. Il a toutefois estimé que, dans les circonstances du cas concret, les infractions commises par A. étaient de peu de gravité, justifiant ainsi la clôture de la procédure par un non-lieu.

B.

a) Le 2 août 2010, alors qu'il était domicilié dans le canton de B., A., incorporé à la cp C., a exposé au Service de la sécurité civile et militaire (ci-après : l'autorité militaire cantonale) que, pour des raisons professionnelles, il quittait la Suisse pour une durée indéterminée. Il demandait que son cours de répétition (service d'instruction des formations [SIF]), prévu pour le mois d'octobre suivant, soit annulé ; il annonçait également qu'il ne serait pas présent en Suisse pour ses tirs obligatoires (TO) 2011.

b) Le 23 août 2010, A. a déposé une demande de congé pour l'étranger au moyen de la formule officielle de l'armée. Il indiqua alors que, à partir du 1^{er} septembre 2010, il serait domicilié à D.

c) Par pli du 1^{er} octobre 2010, l'autorité militaire cantonale a invité A. à restituer (ou faire restituer) ses effets d'équipement puis à se présenter personnellement ; dite autorité l'a rendu attentif au fait que son congé militaire pour l'étranger ne pourrait être validé ou confirmé qu'après l'accomplissement de ces formalités. A. n'a pas donné directement suite à ce courrier. Son équipement militaire a été restitué le 17 décembre 2013.

d) A. a, par la suite, fait défaut aux services suivants : SIF 2011, 2012 et 2013 ; TO 2011 et 2012.

C.

Pour ces faits, A. a fait l'objet d'une enquête ordinaire de la part de la Justice militaire et a été renvoyé pour jugement devant le Tribunal militaire 1 par acte d'accusation de l'Auditeur du Tribunal militaire 1 du 13 mars 2014.

D.

Cité à l'audience du Tribunal militaire 1 du 5 juin 2015, à Rolle, A. n'a pas comparu ; son défenseur d'office était en revanche présent.

Par jugement par défaut du même jour, le Tribunal militaire 1 a reconnu A. coupable d'insoumission et d'inobservation des prescriptions de service et l'a condamné à 40 jours-amende à Fr. 50.- avec sursis pendant 4 ans, ainsi qu'à une amende de Fr. 400.-.

E.

a) Le 10 juin 2015, le défenseur d'office de A. a déclaré se pourvoir en cassation.

Droit :

2.

Le recourant se plaint d'une violation de la loi pénale, motif de cassation au sens de l'art. 185 al. 1 let. d PPM. Précisant qu'il ne conteste pas l'état de fait retenu dans le jugement attaqué, il fait grief au Tribunal militaire 1 de l'avoir reconnu coupable d'insoumission. Il

soutient que le militaire qui quitte la Suisse sans accomplir correctement les formalités de départ – à savoir demander et obtenir un congé militaire pour l'étranger – doit être exclusivement reconnu coupable d'inobservation des prescriptions de service. Il se plaint ainsi d'une violation de l'art. 82 du Code pénal militaire du 13 juin 1927 (CPM, RS 321.0).

2.1) A teneur de l'art. 82 al. 1 let. b CPM, sera punie d'une peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus la personne qui, sans avoir le dessein de refuser le service militaire, ne se présente pas au service militaire bien qu'elle y ait été convoquée.

2.2) Le recourant ne conteste pas qu'il était tenu de se présenter au service militaire, parce qu'il avait été convoqué pour accomplir les SIF 2011, 2012 et 2013, ainsi que les TO 2011 et 2012. Il est par ailleurs admis qu'il n'y a pas, en l'occurrence, de dessein de refuser le service militaire.

Cela étant, le recourant fait valoir qu'il s'est uniquement montré négligent dans la gestion de ses obligations administratives. Si, au moment de quitter la Suisse pour D., il avait effectué correctement l'ensemble des formalités, il n'aurait plus été convoqué par l'administration militaire pour accomplir les services manqués précités. D'un point de vue subjectif, c'est le non-respect des prescriptions de service concernant le congé pour l'étranger qui serait décisif, de sorte que le comportement du recourant devrait être sanctionné dans le cadre de l'art. 72 CPM, à savoir pour inobservation des prescriptions de service. Le recourant soutient en définitive qu'il peut légalement échapper au service, moyennant une formalité qu'il a choisi de ne pas accomplir et qu'il n'est pas dans la même situation que le militaire qui, par convenance personnelle, ne se présente pas au service, voire refuse de l'accomplir, service pour lequel il ne peut pas obtenir une exemption.

2.3) L'inobservation des prescriptions de service (art. 72 CPM) a été retenue par le Tribunal militaire 1 parce que le recourant n'a pas annoncé son changement d'adresse aux autorités militaires, à la fin du mois d'août 2010. Selon le jugement, la prescription enfreinte se trouve aux art. 13 et 14 de l'ordonnance du 10 décembre 2004 sur les contrôles militaires (OCoM, RS 511.22). L'application de l'art. 72 CPM, en relation avec les art. 13 s. OCoM, n'est pas critiquée par le recourant.

Les personnes astreintes au service militaire sont obligées de faire certaines déclarations aux autorités militaires (cf. art. 12 OCoM, qui définit les personnes astreintes aux déclarations). Si un militaire prend un nouveau domicile ou choisit une nouvelle adresse en Suisse, il doit l'annoncer au commandant d'arrondissement compétent (art. 13 al. 2 OCoM). Cette déclaration doit intervenir dans les quatorze jours suivant le changement de domicile ou d'adresse (art. 14 OCoM).

La base légale de ces dispositions de l'OCoM se trouve à l'art. 27 de la loi fédérale du 3 février 1995 sur l'armée et l'administration militaire (LAAM, RS 510.10). Selon l'art. 27 al. 1 let. b LAAM, les personnes astreintes au service militaire communiquent spontanément au commandant d'arrondissement de leur canton de domicile toutes les modifications concernant l'adresse du domicile et l'adresse postale.

En l'espèce, le Tribunal militaire 1 a jugé que les démarches faites par le recourant avant son déménagement à D. n'équivalaient pas à une communication valable de l'abandon de domicile en Suisse. Ce point n'est pas critiqué dans le recours, la condamnation n'étant pas contestée en tant qu'elle est fondée sur l'art. 72 CPM en relation avec les dispositions précitées. Il n'y a donc pas lieu d'examiner plus avant cette question.

2.4) En réalité, la question soulevée dans le recours est celle de savoir si la personne astreinte au service, qui va s'établir à l'étranger devenant ainsi un Suisse de l'étranger, et qui n'est pas au bénéfice d'un congé militaire pour l'étranger, peut être condamné pour insoumission, alors que le Suisse de l'étranger valablement mis au bénéfice d'un congé n'encourt pas une telle sanction, n'étant plus astreint au service militaire en Suisse (SIF et TO), pendant la durée du congé.

Le congé pour l'étranger n'est pas une simple conséquence du déménagement dans un autre pays. En d'autres termes, le déménagement n'entraîne pas d'office la constatation du congé du militaire. Au contraire, le congé doit être décidé par l'autorité compétente, selon la procédure réglée aux art. 16 ss OCoM. Une demande écrite doit être déposée deux mois avant la date de départ prévue (art. 17 al. 1 OCoM) ; l'art. 18 OCoM fixe certaines conditions à l'octroi du congé et le commandant d'arrondissement doit ensuite prendre une décision formelle (art. 19 OCoM). Tant que cette décision n'est pas prononcée, le statut du militaire concerné n'est pas modifié, quel que soit son lieu de résidence. Au demeurant, une résidence à l'étranger ne rend pas inapte à entrer en service.

Dans le cas particulier, le recourant n'a pas déposé en temps utile une demande de congé et n'a pas obtenu par la suite une décision formelle d'octroi de congé. Dans cette situation, il demeurerait astreint aux obligations militaires, n'étant pas enregistré comme Suisse de l'étranger valablement en congé à l'étranger (cf. art. 16 al. 1 OCoM). En ne se présentant pas au service militaire, le recourant commettait dès lors une insoumission au sens de l'art. 82 CPM. Il est vrai que cette infraction est réalisée pour plusieurs services successifs, parce que le recourant a fautivement négligé, en été 2010, de demander selon les formes un congé pour l'étranger, puis de collaborer à cette procédure administrative en se présentant personnellement et en déposant son équipement. L'on rappellerait au demeurant que le recourant, déjà condamné en 2004 pour des faits similaires, ne pouvait ignorer ni les formalités à accomplir pour obtenir un congé pour l'étranger, ni les conséquences de la non obtention d'un tel congé. Il est toutefois tenu compte de la nature et de la gravité de la faute du recourant dans l'appréciation de sa culpabilité. Quoi qu'il en soit, ces circonstances n'excluent pas l'application de l'art. 82 CPM.

Dans son argumentation, le recourant expose qu'il n'est pas mû par un motif égoïste, contrairement à d'autres militaires qui n'accomplissent pas un service par convenance personnelle et sont par conséquent condamnés pour insoumission. Il ajoute qu'il pourrait légalement échapper au service s'il remplissait les formalités nécessaires. Cette argumentation ne peut être retenue. En effet, l'élément décisif tient précisément au fait qu'il n'a pas accompli les formations nécessaires et qu'il n'a pas modifié son statut de soldat astreint aux obligations militaires. D'un point de vue subjectif, sa motivation ne découle pas d'une motivation de refuser le service militaire ; c'est pourquoi le délit de l'art. 82 CPM entre en considération, à l'exclusion de celui de l'art. 81 CPM consacré au refus de servir.

Il s'ensuit que le pourvoi en cassation du recourant, mal fondé, doit être rejeté.

(871, 16 juin 2016, A. contre le Tribunal militaire 1)

8

Art. 41 al. 1, art. 42, art. 44 al. 1, art. 46 al. 1, art. 47 CO, art. 172 al. 2 PPM ; prétentions civiles, réparation du dommage par lésions corporelles, causalité adéquate, détermination du dommage, motifs de réduction, remboursement des frais d'avocat, tort moral (recours)

Défaut de preuve de la nécessité médicale de l'acquisition effectuée, respectivement du lien de causalité (consid. 3.1). Le lésé a droit au remboursement des frais d'avocat encourus pendant l'instruction jusqu'au jugement du Tribunal militaire – *changement de jurisprudence* (consid. 3.2.1). Estimation concrète des frais d'avocat à prendre en compte et à rembourser dans le cas d'espèce (consid. 3.2.2). Réduction justifiée de l'indemnité pour tort moral (de 20%) reconnue par l'instance inférieure (consid. 3.3.2).

Art. 41 Abs. 1, Art. 42, Art. 44 Abs. 1, Art. 46 Abs. 1, Art. 47 OR, Art. 172 Abs. 2 MStP; Zivilansprüche, Schadenersatz bei Körperverletzung, adäquate Kausalität, Festsetzung des Schadens, Herabsetzungsgründe, Ersatz von Anwaltskosten, Genugtuung (Rekurs)

Fehlender Nachweis der medizinischen Notwendigkeit der getätigten Anschaffung bzw. des dafür erforderlichen Kausalzusammenhangs (E. 3.1). Der Geschädigte hat Anspruch auf Ersatz der während der Untersuchung bis zum Urteil des Militärgerichts aufgelaufenen Anwaltskosten – *Änderung der Rechtsprechung* (E. 3.2.1). Konkrete Bemessung der vorliegend anrechenbaren, ersatzpflichtigen Anwaltskosten (E. 3.2.2). Rechtmässige Herabsetzung der gesprochenen Genugtuungssumme (um 20 %) durch die Vorinstanz (E. 3.3.2).

Art. 41 cpv. 1, art. 42, art. 44 cpv. 1, art. 46 cpv. 1, art. 47 CO, art. 172 cpv. 2 PPM; Pretese civili, risarcimento danni per lesione corporeale, causalità adeguata, determinazione del danno, motivi di riduzione, risarcimento dell'onorario dell'avvocato, torto morale (ricorso)

Mancata prova della necessità di acquistare del materiale medico, rispettivamente del nesso causale tra i dolori invocati e i fatti oggetto del procedimento (consid. 3.1). Il danneggiato ha diritto al risarcimento dell'onorario dell'avvocato maturato durante l'inchiesta fino alla sentenza del Tribunale militare – *modifica di giurisprudenza* (consid. 3.2.1). Quantificazione concreta dell'onorario dell'avvocato da considerare e risarcire nel caso in esame (consid. 3.2.2). Riduzione dell'indennità per torto morale (del 20%) riconosciuta dall'autorità giudiziaria inferiore (consid. 3.3.2).

Il résulte du dossier :

A.

Par ordonnance du 2 juillet 2008, une enquête ordinaire a été ouverte à l'encontre de A. pour des faits survenus le 30 juin 2008 sur la place d'arme de W. Lors d'un contrôle, ce dernier, au volant d'une voiture, a refusé d'obtempérer à un ordre formulé par B., qui a ensuite introduit son bras dans l'habitacle pour tenter de saisir la clé de contact. C'est alors que A. redémarré son véhicule brusquement et entraîné B. sur une distance d'au moins dix mètres. Lâchant finalement prise, B. est tombé et s'est fracturé le plateau supérieur de la deuxième vertèbre lombaire.

L'enquête a été matériellement étendue, par ordonnance du 7 janvier 2009, à B.

En date du 31 décembre 2010, l'Auditeur a prononcé une ordonnance de non-lieu qui a clos la procédure à l'encontre de B., les frais de justice ayant été mis à la charge de la Confédération. En outre, aucune indemnité n'a été allouée à ce dernier.

Par écriture du 4 février 2011, B. a interjeté un recours contre l'ordonnance de non-lieu, en concluant à ce que celle-ci soit modifiée en ce sens qu'une indemnité lui soit allouée. A cette fin, il a conclu à ce qu'un montant de CHF 2'072.- lui soit accordé à titre de dommages-intérêts, un montant de CHF 5'000.- à titre de réparation morale et un montant de CHF 3'317.05 à titre de frais d'avocat.

Par décision du 12 avril 2013, le Tribunal militaire 2 a partiellement admis ce recours. Seule une indemnité de CHF 2'738.-, TVA comprise, lui a été allouée en application de l'art. 117 al. 3 let. c PPM pour ses frais d'avocat.

C.

Par écriture du 21 octobre 2013, B. a présenté ses prétentions civiles dans le cadre de la procédure pénale dirigée contre A. Il a conclu à ce que ce dernier soit condamné à lui verser un montant de CHF 2'072.- plus 5 % d'intérêts dès le 27 mars 2009 à titre de dommages-intérêts, un montant de CHF 5'000.- plus 5 % d'intérêts dès le 2 juillet 2008 à titre de réparation morale et un montant de CHF 3'300.- plus 5 % d'intérêts dès le 25 octobre 2013 « au titre de frais d'avocat (relatif à l'art. 41 al. 1 CO) ». En sus, il a conclu à ce que les frais de la procédure soient « mis à la charge de A. qui succombe et qui versera une indemnité équitable pour les dépens de B. ».

En audience du 25 octobre 2013, B. a produit une nouvelle liste de frais rectifiée, qui a remplacé celle produite en annexe de son écriture du 21 octobre 2013. Son mandataire a précisé que le chiffre 4 des conclusions, soit le montant « au titre de frais d'avocat (relatif à l'art. 41 al. 1 CO) », devait être modifié en conséquence.

Lors de cette audience, le Tribunal militaire 2 a, de manière incidente, admis la recevabilité des prétentions civiles formulées par B. et renvoyé le traitement de celles-ci à une procédure ultérieure en application de l'art. 164 al. 4 PPM.

D.

Par jugement du 25 octobre 2013, A. a été reconnu coupable de lésions corporelles simples par dol éventuel et de désobéissance. En outre, il a été libéré des chefs d'accusation d'omission de prêter secours et d'inobservation des prescriptions de service.

Après avoir interjeté un appel contre le jugement du 25 octobre 2013, l'auditeur et A. l'ont ensuite retiré par courriers des 5 et 7 mai 2014, si bien que ledit jugement est devenu définitif et exécutoire.

E.

Afin de traiter des prétentions civiles, les parties ont comparu à l'audience du Tribunal militaire 2 le 29 juin 2015. B. a modifié ses conclusions en tant qu'elles concernaient les frais d'avocat et a produit une nouvelle note de frais et honoraires. Les conclusions de B. consistaient (ch. 1) à ce que A. soit condamné à lui payer la somme de CHF 2'072.- avec intérêts à 5% l'an dès le 27 mars 2009 à titre de dommage matériel, (ch. 2) à ce que A. soit condamné à lui payer la somme de CHF 13'428.50 à titre de frais d'avocat, (ch. 3) à ce que A. soit condamné à lui payer la somme de CHF 5'000.- avec intérêts à 5 % l'an dès le 2 juillet 2008 à titre d'indemnités pour tort moral et (ch. 4) à ce que les frais de justice et dépens soient mis à la charge de A.

A. a conclu au rejet du chiffre 1 des conclusions tendant au versement d'un montant à titre de dommage matériel. S'agissant des chiffres 2 et 3 des conclusions, il les a admis sur le principe et contestés quant au montant.

F.

Par jugement sur les prétentions civiles du 29 juin 2015, notifié aux parties le 12 octobre 2015, le Tribunal militaire 2 a notamment prononcé ce qui suit : « 1. La conclusion n° 1, tendant au remboursement du dommage matériel, est rejetée. 2. La conclusion n° 2, tendant au remboursement des frais d'avocat, est admise partiellement en ce sens que A. est condamné à payer à B. la somme de CHF 663.55. 3. La conclusion n° 3, relative à l'indemnité pour tort moral, est admise partiellement en ce sens que A. est condamné à payer à B. la somme de CHF 2'400.-, avec intérêts à 5% l'an dès le 2 juillet 2008. 4. Il n'est pas alloué de dépens. 5. Les frais judiciaires sont laissés à la charge de la Confédération ».

G.

Le 29 octobre 2015, B. a déposé son mémoire de recours motivé. Il y a pris les conclusions suivantes : « 1. Le recours interjeté par B. est admis. 2. Le jugement du 29 juin 2015 rendu par le Tribunal militaire 2 est annulé. 3. A. est condamné à payer à B. la somme de CHF 2'072.- avec intérêts à 5% l'an dès le 27 mars 2009 à titre de dommage matériel. 4. A. est condamné à payer à B. la somme de CHF 13'428.50 avec intérêts à 5% l'an dès le 29 juillet 2015 à titre de dommage relatif au frais d'avocat encourus dans la procédure d'instruction et de jugement devant le Tribunal militaire 2. 5. A. est condamné à payer à B. la somme de CHF 5'000.- avec intérêts à 5% l'an dès le 2 juillet 2008 à titre d'indemnité pour tort moral. 6. a. est condamné à payer à B. la somme de CHF

3'495.90 à titre d'indemnité pour ses frais d'avocat aux sens des art. 199 et 183 al. 2^{bis}, 1^{ère} phr. PPM, sous réserve d'ampliation. 7. Les frais de justice sont mis à la charge de A. ».

L'Auditeur et le Président du Tribunal militaire 2 ont renoncé à présenter des observations. A. a déposé sa réponse sur le recours en date du 27 juin 2016. Il y a pris les conclusions suivantes : « I. Le recours déposé par B. le 29 octobre 2015 est rejeté. II. Le jugement rendu par le Tribunal militaire 2 le 29 juin 2015 est confirmé. III. Une équitable indemnité pour les frais d'avocat est octroyée à A. à hauteur de CHF 4'660.35 ». B. a répliqué le 8 juillet 2016, renvoyant pour l'essentiel à son mémoire de recours, et déposant de nouvelles pièces. Par écrit du 22 juillet 2016, A. s'est limité à se référer intégralement à sa réponse du 27 juin 2016. L'Auditeur et le Président du Tribunal militaire 2 n'ont pas dupliqué.

Considérant :

1.

Le recours auprès du Tribunal de cassation contre le jugement rendu le 29 juin 2015 par le Tribunal militaire 2 statuant sur les prétentions civiles est recevable aux termes des art. 172 al. 2 et 195 lit. c PPM. La qualité pour recourir est donnée au lésé nonobstant le texte de l'art. 196 PPM (ATMC 11 n° 88 consid. 1).

2.

Conformément à l'art. 182 al. 1 PPM, applicable par analogie aux termes de l'art. 197 al. 2, 1^{ère} phrase, PPM, le Tribunal militaire de cassation revoit librement la cause en fait et en droit. Il n'est pas lié par les conclusions des parties.

3.

Le recourant, qui entend contester le jugement du Tribunal militaire 2 du 29 juin 2015, invoque notamment la violation des art. 41 ss CO.

3.1) Le recourant invoque d'abord la violation des art. 41 et 46 CO quant au remboursement des frais d'acquisition d'un matelas, dès lors qu'il n'a été retenu ni l'existence d'un dommage relatif aux frais d'acquisition de celui-ci, ni un lien de causalité naturelle et adéquate.

3.1.1) Aux termes de l'art. 46 al. 1 CO, en cas de lésions corporelles, la partie qui en est victime a droit au remboursement des frais et aux dommages-intérêts qui résultent de son incapacité de travail totale ou partielle, ainsi que de l'atteinte portée à son avenir économique. Dans sa conception classique, le dommage représente une diminution involontaire de patrimoine net. Il constitue la différence entre l'état du patrimoine du lésé après l'événement dommageable et celui dont il disposerait si cet événement ne s'était pas produit (ATF 133 III 462 consid. 4.4.2 p. 471 et les références citées). En ce qui concerne des lésions corporelles, le dommage est constitué des frais de traitement et

des autres pertes éprouvées, ainsi que du gain manqué actuel et futur (cf. art. 46 al. 1 CO). Le lésé a ainsi droit au remboursement des frais de traitement (ambulance, hôpital, médecin, médicaments, soins, cure, physiothérapie, prothèse, etc.), pour autant qu'ils soient justifiés d'un point de vue médical (Franz Werro, La responsabilité civile, Berne 2005, n° 998).

Par ailleurs, la responsabilité fondée sur l'art. 41 CO suppose l'existence d'un rapport de causalité naturel et adéquat entre l'acte ou l'omission fautive de l'auteur et le dommage. Il existe un lien de causalité naturelle entre deux événements lorsque, sans le premier, le second ne se serait pas produit; il n'est pas nécessaire que l'événement considéré soit la cause unique ou immédiate du résultat (ATF 125 IV 195 consid. 2b p. 197; ATF 119 V 335 consid. 1 p. 337). La causalité naturelle cesse dès que le lien logique entre un fait et la survenance d'un préjudice fait défaut. Elle cesse également lorsqu'à un processus causal initial s'en substitue un autre, c'est-à-dire lorsqu'un dommage aurait pu être causé par un certain fait, mais résulte en réalité d'autres circonstances. Il s'agit de causalité dépassée pour le processus initial et de causalité dépassante pour celui qui se substitue au premier processus. La causalité dépassante est prise en compte et non la causalité dépassée (cf. ATF 135 V 269 consid. 5.3 p. 277). Quant à la causalité adéquate, elle suppose que, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, le fait considéré était propre à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit, la survenance de ce résultat paraissant de façon générale favorisée par une telle circonstance. Le juge appelé à se prononcer sur l'existence d'un rapport de causalité adéquate doit se demander, en face d'un enchaînement concret de circonstances, s'il était probable que le fait considéré produisît le résultat intervenu. A cet égard, ce n'est pas la prévisibilité subjective mais la prévisibilité objective du résultat qui compte (ATF 107 V 173 consid. 4b p. 177). La cause cesse d'être adéquate lorsqu'une autre cause apparaît à ce point prépondérante qu'elle rejette la première à l'arrière plan. Ces facteurs interruptifs de causalité sont la force majeure, la faute grave ou le fait de la victime et la faute grave ou le fait d'un tiers (cf. Franz Werro, op. cit., n° 241).

En vertu de l'art. 8 CC en lien avec l'art. 42 al. 1 CO, le lésé doit supporter le fardeau de la preuve dans le cadre de la fixation du dommage. A teneur de l'art. 42 al. 2 CO, lorsque le montant exact du dommage ne peut pas être établi, le juge le détermine équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée. Cette disposition édicte une règle de preuve de droit fédéral dont le but est de faciliter au lésé l'établissement du dommage. Elle s'applique aussi bien à la preuve de l'existence du dommage qu'à celle de son étendue (ATF 122 III 219 consid. 3a p. 221 et les références). L'art. 42 al. 2 CO allège le fardeau de la preuve, mais ne dispense pas le lésé de fournir au juge, dans la mesure du possible, tous les éléments de fait constituant des indices de l'existence du préjudice et permettant l'évaluation *ex aequo et bono* du montant du dommage. Les circonstances alléguées par le lésé doivent faire apparaître un dommage comme pratiquement certain; une simple possibilité ne suffit pas pour allouer des dommages-intérêts. L'exception de l'art. 42 al. 2 CO à la règle du fardeau de la preuve doit être appliquée de manière restrictive (ATF 133 III 462 consid. 4.4.2 p. 471 et les références citées).

3.1.2) En l'espèce, force est de constater que, comme l'a justement retenu le Tribunal militaire 2 dans son jugement du 29 juin 2015, le recourant n'a pas démontré que les frais

d'acquisition du matelas litigieux étaient justifiés d'un point de vue médical ni l'existence d'un lien de causalité entre les douleurs persistantes qu'il allègue et les événements du 30 juin 2008.

En ce qui concerne la justification du matelas litigieux du point de vue médical, l'attestation médicale du Dr. Z. du 27 janvier 2009 (pièce 2 du recours) ne saurait suffire. En effet, il en ressort uniquement que le recourant « nécessite l'acquisition d'un matelas adapté en raison d'affectation lombaire récurrente », alors que l'assurance militaire lui avait refusé le remboursement des frais d'acquisition de ce matelas au motif que celui-ci « ne représente pas un moyen thérapeutique au sens médical du terme » mais uniquement « un matelas de très bonne qualité (...) qui ne saurait être assimilé à un traitement de (ses) troubles lombaires ». C'est dès lors à raison que le Tribunal de 1^{ère} instance a retenu que les frais d'acquisition du matelas litigieux ne constituaient pas un dommage au sens de l'art. 41 al. 1 CO en lien avec l'art. 46 al. 1 CO. Au demeurant, le recourant n'a nullement apporté la preuve qu'il a toujours des douleurs persistantes, ni démontré le lien de causalité entre lesdites douleurs et l'acte commis par l'intimé. Le chiffre 1 des conclusions du recours doit dès lors être rejeté.

3.2) Le recourant invoque ensuite la violation des art. 41, 42, et 46 CO quant au remboursement de ses frais d'avocat. Il fait grief au tribunal de 1^e instance d'avoir retenu à tort qu'il avait confondu les dépens et le dommage au sens de l'art. 41 CO, qu'il n'avait pas apporté la preuve du dommage relatif à ses frais d'avocat et qu'il aurait dû diminuer son dommage en faisant appel à la possibilité offerte par l'art. 77 OPers.

3.2.1) Les règles de la Procédure pénale militaire ne prévoient pas expressément l'allocation de dépens à la partie civile pour les frais encourus pendant l'instruction et jusqu'au jugement du tribunal de division (désormais tribunal militaire de première instance). L'art. 151 al. 5 PPM, qui renvoie à ce propos à l'art. 117 al. 3 PPM, ne permet en effet d'allouer une indemnité qu'à l'inculpé mis au bénéfice d'un non-lieu. En revanche, le tribunal d'appel peut allouer une indemnité pour ses frais d'avocat au lésé appelant (cf. art. 183 al. 2bis PPM). Dans ces conditions, le Tribunal militaire de cassation a été amené à considérer que les frais provoqués par l'intervention dans la procédure pénale devaient être considérés comme un élément du dommage global, si bien que les prétentions de la partie civile devaient être examinées au regard des art. 41 ss CO (ATMC 11 N° 88 consid. 4a, citant l'ATF 117 II 101 consid. 2 et les références).

Le Tribunal fédéral a depuis lors précisé sa jurisprudence, en admettant que, en droit de la responsabilité civile, les frais engagés par la victime pour la consultation d'un avocat avant l'ouverture du procès civil, lorsque cette démarche était nécessaire et adéquate, peuvent constituer un élément du dommage, pour autant que ces frais n'aient pas été inclus dans les dépens (ATF 139 III 190 consid. 4.2 p. 192 s.; ATF 133 II 361 consid. 4.1 p. 363 et les arrêts cités). Il en va de même pour les frais engagés dans une autre procédure, comme une procédure pénale par exemple. Si cette procédure permet d'obtenir des dépens, même tarifés, il n'est alors plus possible de faire valoir une prétention en remboursement des frais de défense par une action ultérieure en responsabilité civile. Cette réglementation repose sur des considérations pratiques et la recherche d'un équilibre entre des intérêts divergents; cet équilibre se trouverait compromis si la décision sur

les dépens ne liquidait pas les prétentions des parties et laissait la porte ouverte à une action civile ultérieure (ATF 133 II 361 consid. 4.1 précité p. 363 et les références).

La jurisprudence fédérale fait donc une claire distinction entre la réparation du dommage et les dépens, les frais de défense ne pouvant être réclamés au titre du dommage que s'ils n'ont pas été couverts par l'octroi de dépens, même tarifés. Dans ces conditions, la jurisprudence précitée du Tribunal militaire de cassation excluant d'emblée l'octroi de dépens jusqu'à la procédure d'appel ne se justifie plus. Le fait que la procédure pénale militaire ne prévoit pas expressément l'octroi de dépens pendant l'instruction et jusqu'au jugement du tribunal militaire de première instance constitue une lacune qu'il convient de combler. En définitive, pour les considérations pratiques mentionnées dans la jurisprudence fédérale précitée, il y a lieu d'admettre que le lésé a droit à des dépens également pour les frais encourus pendant l'instruction et jusqu'au jugement du tribunal militaire de première instance.

3.2.2) En l'espèce, le recourant demandait un montant de CHF 13'428.50, correspondant à sa note d'honoraires par CHF 16'166.50 sous déduction des dépens obtenus suite au prononcé du jugement de non-lieu par CHF 2'738.-. Conformément à la jurisprudence susmentionnée, les frais d'avocats donnent droit à des dépens dans la mesure où les démarches entreprises étaient nécessaires et adéquates. Usant de son large pouvoir d'appréciation, le Tribunal militaire de cassation estime que le temps total de 45 heures 30 ressortissant des pièces annexées à la note d'honoraires (time-sheet; pièce 1 du recours) est proportionné à la nature de l'affaire. Il y a lieu de déduire de ce décompte, arrondi à 46 heures, les quelque 16 heures relatives à la procédure pénale qui avait été ouverte contre le recourant, qui a obtenu pour cela une indemnité pour ses frais d'avocats, fixée par arrêt du 12 avril 2013 du Tribunal militaire 2. Il reste donc 30 heures à prendre en compte pour la fixation des dépens de la procédure de première instance. Le Tribunal militaire de cassation estime que le taux de rémunération horaire de CHF 300.- appliqué par le mandataire du recourant peut être retenu. En définitive, l'indemnité globale pour les frais d'avocat doit être fixée à CHF 9'700.-, débours et TVA compris.

Partant, le chiffre 2 des conclusions du recours doit être partiellement admis et le jugement attaqué doit être réformé sur ce point, retenant que A. est condamné à verser à B. le montant de CHF 9'700.-, débours et TVA compris, à titre de dépens pour la procédure d'instruction et de jugement devant le Tribunal militaire 2.

3.3) Le recourant invoque enfin la violation des art. 44 et 47 CO quant à l'indemnité équitable à titre de réparation morale, reprochant à l'instance précédente d'avoir retenu une indemnité trop basse ainsi qu'une faute concomitante.

3.3.1) Aux termes de l'art. 47 CO, le juge peut, en tenant compte de circonstances particulières, allouer à la victime de lésions corporelles ou, en cas de mort d'homme, à la famille, une indemnité équitable à titre de réparation morale. L'ampleur de la réparation morale dépend avant tout de la gravité des souffrances physiques ou psychiques consécutives à l'atteinte subie par la victime et de la possibilité d'adoucir sensiblement, par le versement d'une somme d'argent, la douleur morale qui en résulte. Sa détermination relève du pouvoir d'appréciation du juge ; en raison de sa nature, l'indemnité pour tort

moral, qui est destinée à réparer un dommage qui ne peut que difficilement être réduit à une simple somme d'argent, échappe à toute fixation selon des critères mathématiques, de sorte que son évaluation en chiffre ne saurait excéder certaines limites ; l'indemnité allouée doit toutefois être équitable. Le juge en proportionnera donc le montant à la gravité de l'atteinte subie et il évitera que la somme accordée n'apparaisse dérisoire à la victime ; s'il s'inspire de certains précédents, il veillera à les adapter aux circonstances actuelles pour tenir compte de la dépréciation de la monnaie (ATF 129 IV 22, consid. 7.2 ; ATF 125 III 269, consid. 2a).

Des lésions corporelles ne fondent pas à elles seules l'existence d'un tort moral. Lesdites lésions et la souffrance qui en résulte doivent revêtir une certaine gravité qui s'apprécie d'après l'ensemble des circonstances telles que, par exemple, l'intensité et la durée des effets des lésions sur la personne du lésé, la longueur du séjour à l'hôpital et les troubles psychiques de la victime (Franz Werro, op. cit., n° 140s.). Les lésions corporelles, qui englobent tant les atteintes physiques que psychiques, doivent donc en principe impliquer une importante douleur physique ou morale ou avoir causé une atteinte durable à la santé. Parmi les circonstances qui peuvent, selon les cas, justifier l'application de l'art. 47 CO, figurent avant tout le genre et la gravité de la lésion, l'intensité et la durée des répercussions sur la personnalité de la personne concernée, le degré de la faute de l'auteur ainsi que l'éventuelle faute concomitante de la victime (ATF 141 III 97, consid. 11.2 ; ATF 132 II 117, consid. 2.2.2).

La possibilité de réduire une indemnité pour tenir compte d'une faute concomitante, résultant de l'art. 44 al. 1 CO, existe également dans le cadre d'une indemnité pour tort moral (ATF 128 II 49, consid. 4.2). Il y a faute concomitante lorsque le lésé omet de prendre des mesures que l'on pouvait attendre de lui et qui étaient propres à éviter la survenance ou l'aggravation du dommage. La faute concomitante suppose que l'on puisse reprocher au lésé un comportement blâmable, en particulier un manque d'attention ou une attitude dangereuse, alors qu'il n'a pas déployé les efforts d'intelligence ou de volonté que l'on pouvait attendre de lui pour se conformer aux règles de la prudence (arrêt du Tribunal fédéral 6B_246/2012 du 10 juillet 2012, consid. 3.2.1 et les références citées).

3.3.2) En l'espèce, le jugement attaqué retient à juste titre que le recourant a démontré tant les lésions et la souffrance d'une certaine gravité en résultant que le lien de causalité avec les événements du 30 juin 2008. D'ailleurs, il n'est pas sans importance de relever que, lors de l'audience du 29 juin 2015, A. a admis ce chef de conclusion sur le principe, mais l'a contesté quant au montant.

Compte tenu des faits de la cause et de la jurisprudence précitée, le Tribunal de 1^{ère} instance a arrêté équitablement, au sens de l'art. 47 CO, l'indemnité à titre de réparation morale au montant de CHF 3'000.-. La réduction de 20% appliquée selon l'art. 44 al. 1 CO peut également être confirmée. En effet, il est sans conteste que le recourant, par ses agissements lors des événements du 30 juin 2008, a commis une faute concomitante, qui peut entraîner une réduction de 20 % du montant du tort moral retenu. Il y a donc lieu de confirmer le jugement attaqué sur ce point également.

4.

4.1) Aux termes de l'art. 183 al. 2bis PPM, applicable conformément au renvoi de l'art. 199 PPM, lorsque l'appel du lésé est admis en totalité ou en partie, le tribunal peut lui allouer une indemnité pour ses frais d'avocat dans la mesure où il ne bénéficiait pas de l'assistance judiciaire gratuite. Le condamné peut être astreint à rembourser les frais à la caisse du tribunal.

En l'espèce, le recourant ayant obtenu partiellement gain de cause, il peut prétendre à une indemnité pour ses frais d'avocats à la charge du condamné. Il en va de même de ce dernier, qui concluait à la confirmation du jugement de première instance. Vu l'issue de la procédure, les dépens pour la procédure devant le Tribunal militaire de cassation peuvent dès lors être compensés.

4.2) Compte tenu de l'issue de la procédure, les frais de la procédure devant le Tribunal militaire de cassation, arrêtés à CHF 800.-, sont mis pour moitié à charge de B. et pour moitié à charge de A. (art. 183 al. 1 PPM, en relation avec l'art. 193 PPM).

Par ces motifs, le Tribunal militaire de cassation prononce :

Le recours est partiellement admis.

Les chiffres 1, 3, 4 et 5 du dispositif du jugement rendu le 29 juin 2015 par le Tribunal militaire 2 sont confirmés.

Le chiffre 2 du dispositif du jugement rendu le 29 juin 2015 par le Tribunal militaire 2 est modifié comme suit :

A. est condamné à verser à B. le montant de CHF 9'700 (débours et TVA compris), au titre de dépens pour la procédure d'instruction et de jugement devant le Tribunal militaire 2.

Les dépens pour la procédure devant le Tribunal militaire de cassation sont compensés.

Les frais de la procédure devant le Tribunal militaire de cassation, arrêtés à CHF 800.-, sont mis pour moitié à charge de B. et pour moitié à charge de A.

(873, 8 septembre 2016, B. contre A. et le Tribunal militaire 2)

9

Art. 72 Abs. 1, Art. 130 Ziff. 1 und 2 MStG; Art. 185 Abs. 1 Bst. e, Art. 185 Abs. 1 Bst. f MStP; Nichtbefolgung von Dienstvorschriften, qualifizierte Veruntreuung (von EUGH 85), Fehlen hinreichender Entscheidungsgründe, willkürliche Sachverhaltsfeststellung (Aktenwidrigkeit), willkürliche Beweiswürdigung, Grundsatz in dubio pro reo (Kassationsbeschwerde)

Hinreichende, wenn auch etwas knappe Auseinandersetzung des Militärappellationsgerichts mit wichtigen Sachverhaltsaspekten, insb. mit der Frage, weshalb «eine nahezu beliebige Zahl von Alternativszenarien» zur vorinstanzlich angenommenen Täterschaft des Angeklagten bestünden (E. 3). Keine Willkür allein dadurch, dass das Militärappellationsgericht die Indizien und Beweise nicht in der vom Auditor erwünschten Breite und in der von ihm für zutreffend erachteten Weise gewürdigt hat (E. 4c/aa). Vorliegend ist es angesichts der Kognition des Militärkassationsgerichts nicht *offensichtlich* unhaltbar und steht auch mit der tatsächlichen Situation nicht in *klarem* Widerspruch, dass sich für das Militärappellationsgericht nach der objektiven Sachlage erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel an der Schuld des Angeklagten aufdrängten und dieser deshalb *in dubio pro reo* freigesprochen worden ist (E. 4c/cc).

Art. 72 al. 1, art. 130 ch. 1 et 2 CPM ; art. 185 al. 1 let. e, art. 185 al. 1 let. f PPM ; inobservation des prescriptions de service, appropriation illégitime qualifiée (d'une grenade d'exercice 85), motivation insuffisante de la décision, arbitraire dans l'établissement des faits (contraire aux actes), appréciation des preuves arbitraire, principe in dubio pro reo (poursuite en cassation)

Exposé suffisant, bien qu'un peu succinct, du Tribunal militaire d'appel concernant des aspects importants de l'état de faits, en particulier s'agissant de la question de savoir pourquoi il y aurait « un nombre presque illimité de scénarios alternatifs » pour retenir la culpabilité de l'accusé comme l'a fait l'instance inférieure (consid. 3). Il n'y a pas arbitraire du seul fait que le Tribunal militaire d'appel n'a pas apprécié les indices et les preuves selon la portée voulue par l'Auditeur et de la manière que celui-ci estime opportune (consid. 4c/aa). En l'espèce, compte tenu du pouvoir de cognition du Tribunal militaire de cassation, il n'est pas *manifestement* insoutenable ni en contradiction *claire* avec la situation de fait que le Tribunal militaire d'appel, sur la base de l'état de fait objectif, ait eu un doute substantiel et insurmontable quant à la culpabilité de l'accusé et l'ait acquitté en vertu du principe *in dubio pro reo* (consid. 4c/cc).

Art. 72 cpv. 1, art. 130 cifre 1 e 2 CPM; art. 185 cpv. 1 lett. e, art. 185 cpv. 1 lett. f PPM; Inosservanza di prescrizioni di servizio, Appropriazione indebita qualificata (di granate d'esercizio 85), mancanza di sufficienti motivi della decisione, arbitrio nell'accertamento dei fatti (contrario agli atti), arbitrio nell'apprezzamento delle prove, principio in dubio pro reo (ricorso per cassazione).

Considerazioni sufficienti, quand'anche un po' succinte, da parte del Tribunale militare d'appello riguardo ad importanti elementi fattuali, in particolare riguardo alla questione di sapere perché dovrebbe esistere «un numero pressoché indefinito di scenari alternativi» a riconoscere l'accusato quale autore, così come riconosciuto dall'istanza inferiore (consid. 3). Il fatto che il Tribunale militare d'appello non abbia apprezzato gli indizi e le prove nella portata desiderata dall'uditore e nella maniera da quest'ultimo ritenuta opportuna non significa che vi sia arbitrio (consid. 4c/aa). Nel caso in esame e tenuto conto del potere di cognizione del Tribunale militare di cassazione, il fatto che il Tribunale militare d'appello – basandosi sulla fattispecie oggettiva – abbia avuto dei dubbi considerevoli e insormontabili sulla colpevolezza dell'accusato e l'abbia quindi proscioltto in virtù del principio *in dubio pro reo*, non risulta essere *palesamente* insostenibile e neppure in *chiaro* contrasto con la situazione fattuale (consid. 4c/cc).

Das Militärkassationsgericht hat festgestellt:

A.

a) Im November 2012 leistete A. Dienst bei der Rekrutenschule. Diese Einheit absolvierte am 27. November 2012 auf dem Waffenplatz B. unter anderem die Ausbildungssequenz HG LN2 (Handgranate Leistungsnorm 2) an der EUHG 85 (Explosivübungshandgranate 85). Am fraglichen Vormittag war A. für die Munitionsherausgabe an seinen Zug verantwortlich. Bei der Ausgabe von Handgranaten entdeckte A. nach dem Öffnen der zweiten Munitionskiste, dass diese nur Steine enthielt. Dieser Vorfall führte zu einer vorläufigen Beweisaufnahme und einer umfangreichen Voruntersuchung, während derer A. 75 Tage Untersuchungshaft absitzen musste. In der Anklageschrift vom 30. August 2013 wurde A. insbesondere vorgeworfen, aus der besagten Kiste die zwölf Handgranaten herausgenommen zu haben, um diese für eigene Zwecke zu verwenden. Danach habe er sieben mitgebrachte Steine in die Kiste gelegt, um die Entnahme zu vertuschen.

b) Das Militärgericht 7 verurteilte A. am 28. März 2014 wegen qualifizierter Veruntreuung im Sinne von Art. 130 Ziff. 1 und 2 MStG und wegen Nichtbefolgung von Dienstvorschriften (Art. 72 Abs. 1 MStG i.V.m. Ziff. 3.2 des Munitionsbefehls, Dok 28.051) zu einer Freiheitsstrafe von 15 Monaten sowie zu einer Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu je Fr. 30.–. Unter Anrechnung der erstandenen Untersuchungshaft von 75 Tagen an die Freiheitsstrafe wurde der Vollzug der Freiheits- und Geldstrafe aufgeschoben und die Probezeit auf zwei Jahre festgesetzt. Gleichzeitig wurde A. aus der Armee ausgeschlossen (Art. 49 Abs. 2 MStG), und es wurden ihm die Kosten des Verfahrens auferlegt (bestehend aus einer reduzierten Gerichtsgebühr von Fr. 800.– sowie den übrigen Kosten von Fr. 32'518.–, insgesamt Fr. 33'318.– ausmachend). Von der Anklage der Widerhandlung gegen das Waffengesetz (Art. 33 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 4 Abs. 1 Bst. g WG [SR 514.54]) wurde A. freigesprochen und die sichergestellte Soft-Air Pistole Smith & Wesson wurde ihm herausgegeben.

B.

a) Gegen dieses Urteil appellierte A. am 2. April 2014 im Straf- und im Kostenpunkt.

b) Mit Urteil vom 26. Juni 2015 sprach das Militärappellationsgericht 2 A. hinsichtlich der qualifizierten Veruntreuung im Sinne von Art. 130 Ziff. 1 und 2 MStG sowie der Nichtbefolgung von Dienstvorschriften (Art. 72 Abs. 1 MStG i.V.m. Ziff. 3.2 des Munitionsbefehls, Dok 28.051) von Schuld und Strafe frei und stellte fest, dass der vom Militärgericht 7 ausgesprochene Freispruch zur Anklage der Widerhandlung gegen das Waffengesetz in Rechtskraft erwachsen sei. Sichergestellte persönliche Gegenstände von A. seien diesem ebenso wie dessen persönliches Armeematerial herauszugeben, das sichergestellte Korpsmaterial sei der Logistikbasis der Armee zu erstatten. Sodann sprach das Militärappellationsgericht 2 A. zulasten des Bundes eine pauschale Entschädigung von Fr. 500.– sowie eine Genugtuung von pauschal Fr. 12'000.– zu und hielt abschliessend fest, die erst- und zweitinstanzlichen Verfahrenskosten gingen zulasten des Bundes.

Zur Begründung hielt es im Wesentlichen fest, zu entscheiden sei, ob dem Angeklagten das ihm vorgeworfene strafbare Verhalten rechtsgenügend nachgewiesen werden könne (E. IV/3). Nach Darlegungen zur Unschuldsvermutung und zum Grundsatz *in dubio pro reo* hielt das Militärappellationsgericht 2 fest, der Sachverhalt sei überaus unklar. Soweit dies auf beweistechnische Unzulänglichkeiten zurückzuführen sei – die Situation sei «am 27. November 2012 nicht spuren- und damit kriminaltechnisch eingefroren worden» –, könne dies dem Angeklagten nicht zum Nachteil gereichen (E. IV/4 ff.). Sodann hätten die im Rahmen der Voruntersuchung getroffenen umfangreichen untersuchungsrichterlichen Beweisanordnungen bzw. -sicherungen und angeordneten Zwangsmassnahmen keinerlei Beweismittel zu Tage gefördert, die direkt und eindeutig auf eine Täterschaft des Angeklagten hätten schliessen lassen (E. IV/8). Aufgrund der (näher beschriebenen) Zeugenaussagen stehe für das Militärappellationsgericht 2 fest, dass sich der Angeklagte ab Eintreffen der Munition bis zur Feststellung, dass die relevante Munitionskiste keine EUHG 85 enthielt, nie alleine beim Munitionsdepot aufgehalten habe. Es fehlten Indizien für einen (genügend langen) unbeobachteten Moment, in welchem der Angeklagte den von der Anklage dargestellten Tatverlauf hätte verwirklichen können (E. IV/9 ff.). Demgegenüber sei «eine nahezu beliebige Zahl von Alternativszenarien denkbar» (E. IV/14).

Hierzu führte das Militärappellationsgericht 2 aus, entgegen der Ansicht des Militärgerichts 7 sei nicht relevant, dass die Täterschaft des Angeklagten durch einzelne Indizien und Untersuchungsmassnahmen nicht ausgeschlossen werde, sondern dass die Täterschaft des Angeklagten vor diesem Hintergrund keineswegs zweifelsfrei nachgewiesen sei (IV/16). Bei objektiver Betrachtung drängten sich aufgrund der objektiven Sachlage erhebliche, nicht zu unterdrückende Zweifel daran auf, dass sich der Sachverhalt genauso verwirklicht habe, wie dies von der Anklage geschildert und vom Militärgericht 7 festgestellt worden sei. Bei diesem Ergebnis des Beweisverfahrens sei in sachverhaltlicher Hinsicht gestützt auf den aus der Unschuldsvermutung fliessenden Grundsatz *in dubio pro reo* davon auszugehen, dass sich der dem Angeklagten vorgeworfene Sachverhalt nicht verwirklicht habe (E. IV/20 f.).

C.

a) Am 29. Juni 2015 meldete der Auditor des Militärgerichts 7 gegen dieses Urteil schriftlich Kassationsbeschwerde an, die er am 28. Januar 2016 ausführlich begründete.

Das Militärkassationsgericht hat erwogen:

2.

a) Das Militärkassationsgericht ist an den Umfang der mit der Kassationsbeschwerde gestellten Anträge gebunden (Art. 189 Abs. 2 MStP). Daher ist in der Beschwerdebegründung unter Hinweis auf den Kassationsgrund darzulegen, welche Bestimmungen als verletzt angesehen werden und inwiefern das angefochtene Urteil die Verletzung begehen soll. Während bei den Kassationsgründen von Art. 185 Abs. 1 Bst. a–c MStP lediglich die in der Kassationsbeschwerde aufgeführten Tatsachen zu berücksichtigen sind, ist das Militärkassationsgericht nach Art. 185 Abs. 1 Bst. d–f MStP nicht an die Begründung der Kassationsbeschwerde gebunden (Art. 189 Abs. 3 und 4 MStP).

Diese Ausgestaltung der Kassationsbeschwerde als unvollkommenes Rechtsmittel ist Ausfluss der gesetzlichen Konzeption der im Militärstraßprozess bestehenden ordentlichen Rechtsmittel. Nur die Appellation wurde vom Gesetzgeber als vollkommenes Rechtsmittel ausgestaltet (Art. 172 ff. MStP). Vor dem Militärappellationsgericht, der zweiten Tatsacheninstanz mit voller Kognition, findet ein neuer Prozess statt, bei dem dieses grundsätzlich den Sachverhalt neu festzustellen hat und aufgrund eigener Tatsachenfeststellungen durchaus zu einer anderen rechtlichen Qualifikation des Sachverhaltes gelangen kann als seine Vorinstanz (MKGE 13 Nr. 40 E. 3c m.w.H.).

b) Ein Kassationsgrund nach Art. 185 Abs. 1 Bst. e MStP liegt vor, wenn ein Urteil keine hinreichenden Entscheidungsgründe enthält. Damit soll die Respektierung eines wichtigen Teilgehalts des verfassungsrechtlich garantierten Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) sichergestellt werden. Nach der Rechtsprechung des Militärkassationsgerichts muss sich ein Gericht zu allen Tatsachen und Rechtserörterungen äussern, die zum Urteilsspruch bzw. zu dessen einzelnen Bestandteilen geführt haben. Der Kassationsgrund der fehlenden Entscheidungsgründe erfasst dabei einen formellen Mangel, der selbständig und vorweg zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen kann (MKGE 13 Nr. 1 E. 4b; 11 Nr. 14 sowie Nr. 69 E. 3). Die schriftliche Urteilsbegründung soll den Parteien die Überlegungen des Gerichts zur Sachverhaltsdarstellung und zur Rechtsanwendung bekannt geben, um ihnen wie auch einer Rechtsmittelinstanz zu ermöglichen, das Urteil zu überprüfen (vgl. MKGE 11 Nr. 28 E. 4b, Nr. 51 E. 2, Nr. 69 E. 3, je m.w.H.). Entscheidungsgründe fehlen indessen nicht schon dann, wenn sich das Urteil nicht ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand befasst. Das Gericht kann sich vielmehr auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (vgl. MKGE 13 Nr. 1 E. 4b; 11 Nr. 51 E. 2 sowie Nr. 69 E. 3; Theo Bopp, in: Wehrenberg/Martin/Flachsmann/Bertschi/Schmid [Hrsg.], Kommentar zum Militärstraßprozess, Zürich 2008 [nachfolgend: MStP-Kommentar], Art. 185 N. 45 ff. mit zahlreichen Hinweisen).

c) aa) Der Kassationsgrund von Art. 185 Abs. 1 Bst. f MStP setzt voraus, dass wesentliche tatsächliche Feststellungen des Urteils dem Ergebnis der Beweisverfahren widersprechen. Nach der Praxis des Militärkassationsgerichts bildet die willkürliche Sachverhaltsfeststellung den Hauptfall des Kassationsgrundes; die Aktenwidrigkeit ist davon ein

Spezialfall (MKGE 11 Nr. 51 E. 3a; Bopp, in: MStP-Kommentar, Art. 185 N. 50 mit zahlreichen Hinweisen; vgl. auch unten c/cc). Wie sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 185 Abs. 1 Bst. f MStP ergibt («wesentliche tatsächliche Feststellungen»), ist der entsprechende Kassationsgrund nur gegeben, wenn die geltend gemachten Widersprüche zentrale Sachverhaltsfeststellungen betreffen (MKGE 13 Nr. 40 E. 2a/bb sowie 11 Nr. 19 E. 6) bzw. sich der Mangel auf das Urteil ausgewirkt hat (Bopp, in: MStP-Kommentar, Art. 185 N. 51), was vom Beschwerdeführer entsprechend darzulegen ist (MKGE 13 Nr. 42 E. 2.1; 13 Nr. 40 E. 2a Ingress).

bb) Die Sachverhaltsfeststellung bzw. Beweiswürdigung erweist sich als willkürlich, wenn das Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkannt hat, wenn es ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidungswesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen hat oder wenn es auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat (BGE 129 I 8 E. 2.1 S. 9). Das Militärkassationsgericht hebt ein Urteil nur dann auf, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist. Dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt nicht (MKGE 12 Nr. 21 E. 5c). Eine vertretbare Beweiswürdigung ist namentlich nicht schon deshalb willkürlich, weil die Kassationsinstanz an Stelle des Sachrichters allenfalls anders entschieden hätte (MKGE 14 Nr. 2 E. 3b/bb; 13 Nr. 42 E. 2.1; 13 Nr. 40 E. 2a/bb; 11 Nr. 74 E. 3c).

cc) Wie bereits erwähnt gilt als Spezialfall der willkürlichen Sachverhaltsfeststellung die Aktenwidrigkeit. Diese liegt dann vor, wenn das Urteil sich auf ein Aktenstück stützt und dabei dessen Inhalt unrichtig oder unvollständig wiedergibt, ebenso, wenn ein wesentliches Beweismittel überhaupt nicht berücksichtigt wird. Willkürliche Beweiswürdigung liegt in tatsächlichen Feststellungen, die offensichtlich falsch bzw. offensichtlich unhaltbar sind oder auf einem offenbaren Versehen beruhen. Berücksichtigt dementsprechend das Gericht ein Aktenstück mit zutreffendem Text, legt es dies aber seinen Sachverhaltsfeststellungen in einer Weise zugrunde, die angefochten werden will, so steht nur die Willkür rüge offen (MKGE 11 Nr. 51 E. 3a; vgl. Bopp, in: MStP-Kommentar, Art. 185 N. 52).

dd) Schliesslich subsumiert das Militärkassationsgericht auch unter Art. 185 Abs. 1 Bst. f MStP die Anwendung des Grundsatzes *in dubio pro reo*. Dieser fliesst aus der in Art. 32 Abs. 1 BV verankerten Unschuldsvermutung und wird dann direkt verletzt, wenn das Gericht die Schuld des Angeklagten für erwiesen erachtet, weil dieser seine Unschuld nicht zu beweisen vermochte, oder wenn das Gericht an der Schuld des Angeklagten zweifelt, ihn aber dennoch verurteilt. Der Grundsatz wird indirekt verletzt, wenn sich das Gericht aufgrund erhobener Beweise von der Schuld überzeugt erklärt, obwohl deren richtige Würdigung erhebliche Zweifel an der Schuld bestehen lassen würde bzw. umgekehrt, wenn das Gericht angesichts erhobener Beweise erhebliche Zweifel an der Schuld bejahte, obwohl deren richtige Würdigung nur zur Überzeugung der Schuld führen kann. Die Rüge der indirekten Verletzung betrifft die Beweiswürdigung (wonach sich Zweifel an oder vielmehr die Überzeugung der Schuld hätten ergeben sollen). Diese Rüge ist ausschliesslich unter dem Gesichtspunkt von Art. 185 Abs. 1 Bst. f MStP und damit nur auf Willkür hin zu überprüfen (MKGE 12 Nr. 2/b; Bopp, in: MStP-Kommentar, Art. 185 N. 53 ff.).

d) Die einzelnen Kassationsgründe lassen sich nicht immer einfach voneinander abgrenzen. Wird etwa geltend gemacht, die Tragweite eines Beweismittels sei offensichtlich verkannt worden, indem nur ganz knapp und damit (viel) zu kurz auf dieses eingegangen worden sei, so werden zugleich eine ungenügende Begründung und eine willkürliche Beweiswürdigung moniert und damit die Kassationsgründe von Art. 185 Abs. 1 Bst. e und Bst. f MStP angerufen.

3.

a) Als erstes ist der Kassationsgrund von Art. 185 Abs. 1 Bst. e MStP zu betrachten (vgl. oben E. 2b). Der Auditor macht in seiner Kassationsbeschwerde mehrmals geltend, das angefochtene Urteil enthalte keine hinreichenden Entscheidungsgründe und verletze so das rechtliche Gehör, indem das Militärappellationsgericht 2 einzelne Beweismittel oder Indizien in seinem Urteil zwar als massgebend bezeichne, diese aber nicht werte und deshalb unklar sei, inwiefern die Beweismittel oder Indizien in die Beurteilung eingeflossen seien. So sei das Militärappellationsgericht 2 seiner Begründungspflicht mit der Erwägung nicht nachgekommen, Faktoren wie der Inhalt der fraglichen Munitionskiste zum Zeitpunkt der Anlieferung (auf den Ausbildungsplatz), allfällige Handlungen anderer Personen, die Passspur eines Steinchens aus dem Tagesrucksack des Angeklagten und Ziehspuren mit Gesteinsrückständen würden zu einem möglichen Alternativszenario führen, jedoch nicht erwäge, inwiefern dies der Fall sein solle, obschon dieses Alternativszenario nicht nachvollziehbar sei.

b) Soweit die oben skizzierten Rügen überhaupt unter den Kassationsgrund von Art. 185 Abs. 1 Bst. e MStP fallen (vgl. oben E. 2d), kann ihnen nicht gefolgt werden. Wohl trifft es zu, dass das Militärappellationsgericht 2 die vom Auditor erwähnten, in E. 3a wiedergegebenen Aspekte weitgehend bloss aufgezählt und sich nur zu den Ziehspuren mit Gesteinsrückständen in der Munitionskiste ausdrücklich, wenn auch nur in knapper Form, geäußert hat (angefochtenes Urteil E. IV/14). Vor diesem Hintergrund ist die Auffassung des Auditors durchaus nachvollziehbar, dass seines Erachtens wichtige Punkte nicht im von ihm gewünschten Mass im Urteil ihren Niederschlag gefunden hätten.

Das Militärappellationsgericht 2 hat freilich im Rahmen der – etwas knappen – Auseinandersetzung mit den erwähnten Aspekten ausgeführt, dass und weshalb seiner Ansicht nach «eine nahezu beliebige Zahl von Alternativszenarien» zur vom Militärgericht 7 und dem Auditor angenommenen Täterschaft des Angeklagten bestünden.

Abgesehen davon, dass das Militärappellationsgericht 2 vom Angeklagten angerufen worden ist und damit im Appellationsverfahren dessen Argumente im Vordergrund standen, ist denn auch daran zu erinnern, dass das Militärappellationsgericht 2 im Lichte der Anforderungen an die Begründungspflicht (vgl. oben E. 2b) nicht gehalten war, sich zu jedem Teilaspekt – breit – zu äussern.

Das Militärappellationsgericht 2 hat sodann auch hinreichend klar dargelegt, welche Beweismittel es wie gewürdigt hat und aus welchen Gründen es zum Schluss gelangt ist, der Angeklagte sei *in dubio pro reo* freizusprechen (zur Frage, ob diese Würdigung der Überprüfung durch das Militärkassationsgericht Stand hält, siehe nachfolgende E. 4).

Aus der ausführlichen Kassationsbeschwerde des Auditors ergibt sich schliesslich ohne weiteres, dass das Militärappellationsgericht 2 auch in dem Sinn seine Urteilmotive hinreichend aufgeführt hat, um dem Auditor eine sachgerechte Anfechtung zu ermöglichen. Kann somit von einer verletzten Begründungspflicht nicht die Rede sein, ist das Vorliegen des Kassationsgrundes von Art. 185 Abs. 1 Bst. e MStP zu verneinen.

4.

a) Zum Kassationsgrund von Art. 185 Abs. 1 Bst. f MStP bringt der Auditor vor, der Freispruch durch das Militärappellationsgericht 2 sei falsch und unhaltbar, «weil er sich auf eine Beweiswürdigung stützt, welche nur einzelne Beweise oder Indizien wertet, andere aber nicht, und weil einzelne Beweismittel oder Indizien aktenwidrig gewertet wurden, so dass der Freispruch willkürlich ist» (Kassationsbeschwerde Ziff. 1, S. 2). Hierzu wird ausgeführt, weshalb für die Anklage feststehe, dass und wie der Angeklagte den Anklagesachverhalt verwirklicht habe, nämlich zusammenfassend wie folgt:

Die EUHG müssten «am 27. November 2012 auf dem Waffenplatz B. entwendet worden sein,

- da sämtliche angelieferten Kisten plombiert waren [...],
- die vom Angeklagten der fraglichen Kiste zugeordnete Plombe sichergestellt ist und damit eine Plombierung der Kiste mit einer anderen Plombe ausgeschlossen werden kann [...],
- da an der sichergestellten Plombe keine Fremdanhaftungen wie Leim festgestellt werden konnten und auch eine Manipulation durch Verknotung ohne Anhaltspunkte ist [...],
- da zwischen der Kiste mit den Steinen und einer Kiste mit EUHG ein Gewichtsunterschied besteht, welcher bei der Anlieferung bemerkt worden wäre [...],
- da keine Spuren eines Transports der Kiste mit den Steinen bestehen [...],
- da die Steine mit Putzlappen, wie sie von der Truppe verwendet werden, umwickelt waren [...].» (Kassationsbeschwerde Ziff. 9, S. 7 f.).

Dabei sei (1) die Entnahme der EUHG aus der Kiste und die Deponierung der Steine in der Kiste trotz der Anwesenheit Dritter auf dem Waffenplatz B. möglich gewesen. (2) Im Tagesrucksack des Angeklagten hätte sich ein Steinchen befunden, das Teil eines Steins gewesen sei, der sich in der fraglichen Munitionskiste befunden habe. (3) Der Angeklagte habe vor der Tat C. erklärt, er könne im Dienst Handgranaten entwenden. (4) Schliesslich habe der Angeklagte am Tag nach der Tat unter falschem Vorwand ein Urlaubsgesuch für den Folgetag gestellt, um C. treffen zu können.

Vor diesem Hintergrund rügt der Auditor, das Militärappellationsgericht 2 habe diese Beweise bzw. Indizien willkürlich gewürdigt, indem es aktenwidrig angenommen habe, die vom Angeklagten der Kiste zugeordnete Plombe könnte eine solche gewesen sein, die vom Boden aufgelesen worden sei. Dabei seien die tatnahen Aussagen des Angeklagten in der Einvernahme vor der Militärpolizei am 30. November 2012 sowie vor dem Untersuchungsrichter am 12. Dezember 2012 – trotz höherem Beweiswert – nicht gewürdigt worden. Zudem sei das Militärappellationsgericht 2 aktenwidrig davon ausgegangen, die

Plombe könnte manipuliert gewesen sein, so dass die Manipulation bei der Anlieferung der Kiste nicht aufgefallen wäre. Dies entgegen dem aktenkundigen Befund, dass keine Fremdanhaftungen an der Plombe gefunden worden seien. Überdies habe das Militärappellationsgericht 2 den Gewichtsunterschied zwischen der Kiste mit den Steinen und einer mit EUHG gefüllten Kiste nicht gewürdigt. Des Weiteren sei das Militärappellationsgericht 2 in unhaltbarer Weise davon ausgegangen, der Angeklagte sei im Tatzeitraum nie unbeobachtet gewesen, weil stets ein Armeeangehöriger in der Nähe gewesen sei. Schliesslich seien weder die vorhandene Passspur, noch die Äusserung des Angeklagten gegenüber C. noch dessen Verhalten nach der Tat («Urlaubsgesuch unter falschem Vorwand») gewürdigt worden.

b) Der Angeklagte führt demgegenüber aus, das Militärappellationsgericht 2 habe sachlich und eingehend begründet, weshalb keine Indizien für den «unbeobachteten Moment» vorlägen, in welchem er, wie im Anklagesachverhalt fälschlicherweise unterstellt, die EUGH 85 hätte entwenden können. Zudem habe die Vorinstanz auch «im Rahmen ihrer Kernargumentation» haltbar begründet, weshalb für sie «Alternativszenarien zum Anklagevorwurf» bestünden. Die einschlägigen Beweismittel seien in einen Gesamtkontext gestellt worden. Im Wesentlichen bringe der Auditor appellatorische Kritik vor, welche den Anforderungen an die Kassationsbeschwerde nicht genüge.

c) aa) Das Militärappellationsgericht 2 hat sich in seinem Urteil mit der vom Militärgericht 7 in dessen Urteil übernommenen Auffassung des Auditors durchaus – wenngleich bisweilen auch nur knapp, aber dennoch hinreichend klar – auseinandergesetzt (angefochtenes Urteil E. IV/6 ff.; vgl. auch oben E. 3b). Von den vom Auditor gerügten Aktenwidrigkeiten und willkürlichen Beweismittelwürdigungen ist dabei einzig der Umstand nicht explizit angesprochen und in die Beweiswürdigung einbezogen worden, dass zwischen der Kiste mit den Steinen und einer Kiste mit EUHG ein Gewichtsunterschied bestanden habe, der bei der Anlieferung bemerkt worden wäre. Dass die Vorinstanz bei alledem die Indizien und Beweise nicht in der vom Auditor erwünschten Breite und in der von diesem für zutreffend erachteten Weise gewürdigt und die gleichen Schlüsse wie dieser und das Militärgericht 7 gezogen hat, vermag für sich allein jedenfalls keine Willkür zu begründen. In diesem Kontext vermag der Hinweis des Auditors, es sei «ohne Grundlage in den Akten [...]», dass nach der angeblichen Entdeckung der Steine in der Munitionskiste keine Beweissicherungsmassnahmen vorgenommen worden seien (sic vorinstanzliches Urteil, E. IV.16)» (Kassationsbeschwerde Ziff. 3 S. 4), seine Position nicht zu stützen. Das Militärappellationsgericht 2 hat in der zitierten Erwägung nicht von «keinen Beweissicherungsmassnahmen» gesprochen, sondern davon, dass die «genaue Bestimmung der relevanten Plombe durch den [Angeklagten] [...] insbesondere durch mangelnde Beweishebungs- und/oder Beweissicherungsmassnahmen am möglichen Tatort relativiert» werde.

bb) Die Vorinstanz hat bei der Würdigung der erhobenen Beweismittel und der vorhandenen Indizien die vom Auditor als wesentlich(er) erachteten Aspekte deshalb knapp behandelt, weil es einem anderen Umstand mehr und entscheidendes Gewicht beimass. Mit dem Auditor ging sie davon aus, dass die Handgranaten erst auf dem Waffenplatz B. verschwunden sind, richtete indessen ihr Hauptaugenmerk darauf, ob genügend Indizien für einen unbeobachteten Moment vorlagen, in welchem der Angeklagte den Tatverlauf gemäss Darstellung der Anklage hätte verwirklichen können (angefochtenes Urteil E. IV/9

ff.). Bei der Beantwortung dieser – durchaus auch nach Auffassung des Auditors (Kassationsbeschwerde Ziff. 6, S. 6) – wesentlichen Frage hat das Militärappellationsgericht 2 – entgegen der Behauptung des Auditors – nicht «aus der Tatsache, dass stets jemand in der Nähe des Angeklagten [gewesen sei], geschlossen, er sei nie alleine (und unbeobachtet) gewesen» (Kassationsbeschwerde Ziff. 6 S. 6). Vielmehr hat das Militärappellationsgericht 2 in Widerlegung der Vorbringen der Verteidigung des Angeklagten gerade nicht ausgeschlossen, dass es einen unbeobachteten Moment gegeben haben könnte. Es ist aber unter Darlegung der Gründe zum Schluss gelangt, «dass sich der Entwendungsakt, entgegen den Ausführungen des Auditors, nicht innerhalb eines blossen unbeobachteten Moments hat bewerkstelligen lassen» (angefochtenes Urteil E. IV/13). Dass das Militärappellationsgericht 2 alsdann in der Würdigung der weiteren Untersuchungsergebnisse mit Einschluss der Kontakte des Angeklagten mit C. (freilich sehr) knapp geblieben ist, ist bei diesem Ergebnis in sich schlüssig.

cc) Die Vorinstanz hat zu Recht auch darauf hingewiesen, dass es bei der Beweiswürdigung im Rahmen der Sachverhaltserstellung nicht genügen kann, dass die Täterschaft des Angeklagten nicht ausgeschlossen werden kann. Es hat – ebenso zutreffend – daran erinnert, dass der Angeklagte nur verurteilt werden darf, wenn ihm das vorgeworfene strafbare Verhalten rechtsgenügend nachgewiesen werden kann (vgl. angefochtenes Urteil E. IV/16).

Wenn das Militärappellationsgericht 2 in Anbetracht der obgenannten Umstände letztlich zum Schluss gelangte, es drängten sich nach der objektiven Sachlage erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel auf, dass sich der Sachverhalt genau so verwirklicht habe, wie in der Anklage beschrieben, und deshalb angesichts dieser Zweifel den Angeklagten *in dubio pro reo* freisprach (angefochtenes Urteil E. IV/20 f.), so kann im Lichte der Kognition des Militärkassationsgerichts (E. 2a und E. 3c) *nicht* gesagt werden, das angefochtene Urteil erweise sich im Ergebnis als *offensichtlich* unhaltbar oder stehe mit der tatsächlichen Situation in *klarem* Widerspruch.

Insofern liegt hier der Kassationsgrund von Art. 185 Abs. 1 Bst. f MStP nicht vor, weshalb sich das angefochtene Urteil auch unter diesem Gesichtswinkel nicht beanstanden lässt.

(874, 8. September 2016, Auditor gegen Militärappellationsgericht 2)

10

Art. 19, art. 82 al. 2, art. 94 al. 1 et 2 CPM; erreur sur l'illicéité, insoumission (cas de peu de gravité), service à l'étranger (pourvoi en cassation)

Le cas d'insoumission n'est pas de peu de gravité lorsqu'une personne obligée d'entrer en service n'attend pas la décision sur sa demande (infondée) de congé pour l'étranger et ne donne pas suite volontairement et en connaissance de cause à un ordre de marche, pour pouvoir s'enrôler en France dans la légion étrangère (consid. 2). Un erreur inévitable sur l'illicéité d'effectuer un service à l'étranger a été retenue à tort: compte tenu de toutes les circonstances (connaissance de l'ordre de marche, dissimulation de ses plans à l'étranger, départ sans attendre la décision sur la demande de congé, indications reçues quant à la problématique juridique lors de la procédure d'admission à la légion étrangère), l'accusé aurait dû avoir des doutes sur la licéité de son comportement (consid. 4). La question de savoir si l'erreur était évitable est laissée ouverte (consid. 4b).

Art. 19, Art. 82 Abs. 2, Art. 94 Abs. 1 und 2 MStG; Irrtum über die Rechtswidrigkeit, Militärdienstversäumnis (leichter Fall), fremder Militärdienst (Kassationsbeschwerde)

Kein leichter Fall von Militärdienstversäumnis, wenn ein Einrückungspflichtiger nicht abwartet, wie über sein (unbegründet gestelltes) Gesuch um Auslandsurlaub entschieden worden ist, und danach einem Marschbefehl wissentlich und willentlich nicht Folge leistet, um in Frankreich der Fremdenlegion beitreten zu können (E. 2). Zu Unrecht bejahter unvermeidbarer Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Leistens fremden Militärdienstes: Dem Angeklagten mussten angesichts aller Umstände (Kenntnis des Marschbefehls, Verschweigen seiner Auslandspläne, Nichtabwarten des Entscheids betr. Beurlaubung, Hinweise auf die Rechtsproblematik im Aufnahmeverfahren der Fremdenlegion) Zweifel an der Rechtmässigkeit seines Verhaltens kommen (E. 4). Frage der Vermeidbarkeit des Irrtums offengelassen (E. 4b).

Art. 19, art. 82 cpv. 2, art. 94 cpv. 1 und 2 CPM; Errore sull'illiceità, Omissione del servizio (caso poco grave), Servizio straniero (ricorso per cassazione)

Non si tratta di un caso poco grave di omissione del servizio quando una persona obbligata ad entrare in servizio non attende la decisione relativa alla sua richiesta di autorizzazione di congedo per l'estero (inoltrata senza motivazione) e poi non da seguito in modo cosciente e intenzionale all'ordine di marcia per potersi arruolare in Francia nella legione straniera (consid. 2). Errore inevitabile sull'illiceità del prestare servizio straniero riconosciuto a torto: considerate tutte le circostanze (conoscenza dell'ordine di marcia, il sottacere le proprie intenzioni all'estero, la mancata attesa della decisione sulla richiesta di congedo, le indicazioni sulla problematica legale nella procedura di ammissione nella

legione straniera), l'accusato avrebbe dovuto avere dubbi sulla liceità del suo comportemento (consid. 4). Demanda relativa all'évitabilité dell'errore lasciata aperta (consid. 4b).

Il résultat du dossier :

A.

A., après s'être présenté régulièrement au recrutement dans l'armée suisse, a déposé une demande de congé pour l'étranger d'une durée de 5 ans, auprès des autorités militaires cantonales, en date du 16 décembre 2013. Cette demande n'était pas parfaitement complète, n'indiquant pas les motifs de l'intéressé. Sans attendre la réponse à cette requête, A. a quitté la Suisse pour la France. Sa demande de congé a été rejetée par les autorités militaires cantonales le 17 février 2014.

Convoqué à l'école de recrues du 10 mars au 31 juillet 2014, A. y a fait défaut, ne s'étant pas présenté à l'entrée en service. Contacté le 10 mars 2014, le père de l'intéressé a expliqué au Service du personnel de l'armée que son fils avait quitté la Suisse, sans toutefois pouvoir préciser où il se trouvait. Le 6 juin 2014, A. a contacté la centrale d'engagement de la police militaire et a communiqué qu'il se trouvait à Castelnau-d'Aud en France, en formation auprès du 4ème régiment d'infanterie de la Légion étrangère française.

A. a été entendu ultérieurement par un juge d'instruction militaire suisse, le 27 juin 2014, prévenu d'avoir fait défaut à l'école de recrues à laquelle il avait été convoqué. Il a expliqué qu'il avait bien reçu un ordre de marche pour cette école, mais qu'il avait toutefois annoncé avant l'entrée en service son départ au contrôle des habitants de sa commune et qu'il avait déposé une demande de congé pour l'étranger, après s'être renseigné au bureau des affaires militaires à B. et s'être fait remettre un formulaire à remplir. Son but était de servir dans la Légion étrangère pour acquérir de l'expérience militaire, décision qu'il avait prise en novembre/ décembre 2013. Il s'était présenté aux autorités de recrutement de la Légion étrangère le 6 janvier 2014 à Aubagne et avait réussi les épreuves de sélection. Son engagement avait débuté le 13 janvier 2014 pour une durée de 5 ans, sans possibilité de prendre contact avec l'extérieur pendant les 5 premiers mois. A. a encore exposé qu'il avait conscience d'être astreint au service militaire en Suisse mais qu'il avait pensé que servir à l'étranger ne provoquerait pas de telles complications. Il en avait parlé au moment de son recrutement dans la Légion étrangère. Il avait également appris à ce moment-là qu'il lui était interdit de s'enrôler au service d'une armée étrangère. Ayant eu selon lui la chance d'être accepté dans la Légion, au terme d'une procédure très sélective, il n'avait pas voulu renoncer à cette opportunité. Ses interlocuteurs lui avaient même indiqué que tant qu'il serait dans la Légion, il serait protégé. En ce qui concerne sa volonté de servir en Suisse, A. a affirmé en aucun cas vouloir s'y soustraire, étant cependant soucieux de ne pas ruiner son parcours dans la Légion, qu'il quitterait toutefois s'il le fallait.

Au terme de son audition, A. a été formellement prévenu d'insoumission, au sens de l'art. 82 CPM, pour avoir fait défaut à son école de recrues, et d'atteintes à la puissance

défensive du pays, au sens de l'art. 94 CPM, pour avoir accompli du service militaire à l'étranger.

B.

L'enquête a été clôturée le 1er juillet 2014. Le juge d'instruction a transmis le dossier à l'auditeur du Tribunal militaire 2, proposant de rendre une ordonnance de condamnation clémentine pour tenir compte de la collaboration du prévenu, de ses remords et de sa volonté de quitter la Légion étrangère s'il le fallait.

A. a néanmoins été renvoyé devant le Tribunal militaire 2, qui a tenu audience le 6 mars 2015. L'accusé s'y est présenté. Il a expliqué aux premiers juges qu'il avait mis fin à son service au sein de la Légion deux mois auparavant, après avoir connu des hauts et des bas, pour pouvoir accomplir ses obligations militaires en Suisse. Il était d'ailleurs convoqué à l'école de recrues en Suisse pour le 9 mars et il se réjouissait d'y aller. En ce qui concerne les circonstances de son départ en France, A. a confirmé que, s'il était parti sur un coup de tête, il avait tout même pris soin d'en aviser les autorités militaires cantonales, mentionnant en particulier son intention de s'engager dans la Légion étrangère. Selon ses dires, on ne lui avait alors pas fait de remarques et on s'était contenté de lui remettre le formulaire de demande de congé pour l'étranger. Il avait le sentiment d'agir dans la légalité, après avoir réglé à satisfaction sa situation.

Au terme des débats, A. a été reconnu coupable d'insoumission et d'atteintes à la puissance défensive du pays et a été condamné à une peine pécuniaire de 30 jours-amende à CHF 30.-, avec sursis pendant 2 ans, ainsi qu'à une amende de CHF 200.-. Les juges ont retenu que l'intéressé était conscient de ses obligations militaires en Suisse, ayant été valablement convoqué à l'ER, mais qu'il avait décidé d'en faire fi. En outre, après avoir déposé une demande de congé dissimulant sa volonté de s'engager dans la Légion étrangère, il s'était enrôlé sans attendre la réponse à sa requête. Il ne pouvait se prévaloir de l'absence de remarques formulées lors de son annonce aux autorités militaires cantonales pour estimer que son engagement en France ne serait pas illégal. Il avait conscience des problèmes que cela pouvait poser, à tout le moins lorsqu'il s'était enrôlé, pour en avoir parlé avec ses interlocuteurs à la Légion étrangère.

C.

Le 11 mars 2015 l'accusé a interjeté appel contre ce jugement, concluant à son acquittement, subsidiairement à la condamnation à une peine non inscrite au casier judiciaire.

Lors de l'audience d'appel tenue le 25 septembre 2015, A. a confirmé ses précédentes déclarations, précisant qu'il n'avait jamais voulu éluder ses obligations militaires suisses, qu'il ne considérait pas comme incompatibles avec un service militaire étranger au moment où il s'était engagé dans la Légion étrangère. Il estimait au contraire que cet engagement l'avait aguerri, ce qui aurait été bénéfique à son service suisse ultérieur. Pour le surplus, il ne s'attendait pas à obtenir une réponse à sa demande de congé pour l'étranger. Sur le plan militaire, l'appelant a confirmé avoir effectué son école de recrues dès le 9 mars 2015, suivie d'une école de sous-officiers, étant dans l'attente de son paiement de galons pour devenir sergent et adjudant de carrière.

Le tribunal d'appel a partiellement admis l'appel de A. et l'a reconnu coupable d'insoumission et d'absence injustifiée de peu de gravité au sens de l'art. 82 al. 2 CPM, pour avoir fait défaut à son école de recrues, tout en reconnaissant le parcours militaire ultérieur exemplaire de l'intéressé. Il l'a en outre libéré de l'accusation d'atteintes à la puissance défensive du pays au sens de l'art. 94 CPM. Les juges ont en substance estimé que A. était convaincu au moment des faits d'être en droit d'agir, pouvant se prévaloir de la manière dont son annonce avait été reçue au sein des autorités militaires cantonales et n'ayant jamais été confronté précédemment à des obligations militaires formelles. Selon les juges d'appel, l'intéressé s'était donc trouvé sous le coup d'une erreur sur l'illicéité de son comportement entraînant l'application de l'art. 19 CPM et commandant la libération du chef d'accusation y relatif. L'appelant a finalement été condamné à une amende disciplinaire de CHF 1'000.-. Le jugement du Tribunal militaire d'appel 1 a été notifié le 12 avril 2016.

D.

L'Auditeur en chef s'est pourvu en cassation contre ce jugement par déclaration du 13 avril 2016, motivant son pourvoi le 27 avril 2016. Dénonçant une violation de l'art. 149 al. 1 PPM, il considère que la reconnaissance d'une insoumission de peu de gravité au sens de l'art. 82 al. 2 CPM aurait dû entraîner un acquittement et non pas une condamnation pénale. Il invoque principalement une violation de la loi pénale et une constatation de fait en contradiction avec le résultat de l'administration des preuves, dans la reconnaissance d'une insoumission de peu de gravité et dans l'admission d'une erreur sur l'illicéité au sens de l'art. 19 CPM. Il conclut à l'annulation du jugement attaqué et au renvoi de la cause au Tribunal militaire d'appel 1.

A. a conclu au rejet du pourvoi.

Considérant :

2.

L'Auditeur en chef invoque une violation de la loi pénale et une constatation de fait en contradiction avec le résultat de l'administration des preuves, faisant grief au Tribunal militaire d'appel d'avoir retenu à tort que l'insoumission et l'absence injustifiée du condamné à l'école de recrues à laquelle il avait été convoqué étaient de peu de gravité, admettant ainsi l'application de l'art. 82 al. 2 CPM et une condamnation à une peine disciplinaire.

a) L'art. 82 al. 1 CPM réprime notamment la personne qui, sans avoir le dessein de refuser le service militaire, ne se présente pas au service militaire, bien qu'elle y ait été convoquée (let. b). La peine prévue est une peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus. L'infraction est réalisée objectivement dès que l'auteur ne répond pas à une convocation valable et, sur le plan subjectif, de manière intentionnelle, au moins par dol éventuel. Dans les cas mineurs, la personne fautive sera punie disciplinairement (art. 82 al. 2 CPM).

Le droit pénal militaire connaît la notion de peu de gravité pour l'insoumission et pour d'autres cas, comme par exemple les lésions corporelles (art. 122 et 124 CPM) ou diverses infractions contre le patrimoine (art. 129 ss CPM). La jurisprudence du Tribunal militaire de cassation retient que, pour que l'on puisse admettre un cas de peu de gravité, il faut qu'il apparaisse comme tel sur le plan de la culpabilité, des mobiles, des circonstances personnelles et de la conduite militaire de l'auteur, ainsi que sous l'angle de la discipline de service. Le cas doit être de peu de gravité tant subjectivement qu'objectivement (ATMC 13 n° 3 consid. 3 ; ATMC 11 n° 69 consid. 6). Le fait de ne pas se présenter à l'entrée en service sans excuse valable et de ne pas remplir ses obligations militaires sans avoir obtenu un congé pour l'étranger ne constitue en principe pas un cas de peu de gravité (ATMC 11 n° 69 précité).

b) En l'espèce, le service auquel l'intimé ne s'est pas présenté est un service de relative longue durée et est important dans la formation militaire initiale de tout soldat. Il est d'autre part établi que A. ne s'est pas présenté à l'école de recrues dès le 10 mars 2014 après avoir reçu un ordre de marche à cet effet et en en connaissant l'existence, comme cela ressort du dossier et comme l'intimé l'a admis lors de ses auditions successives. C'est vraisemblablement pour cette raison aussi que l'intimé a pris soin de contacter les autorités militaires avant son départ pour la France et qu'il a déposé une demande de congé pour l'étranger. Par la suite, il ne s'est pas soucié de la réponse à sa requête, ayant même déclaré ne pas s'attendre à en recevoir une. A. a certes expliqué n'avoir rencontré aucune mise en garde ou opposition lorsqu'il a annoncé aux autorités militaires cantonales son projet de rejoindre la Légion étrangère française, de telle sorte qu'il se serait estimé en droit d'agir à ce moment-là. L'instruction n'a toutefois pas établi et les juges de première instance et d'appel n'ont pas retenu que le flou qui a ainsi pu être créé et qui a pu induire en erreur l'intéressé se serait rapporté non seulement à la possibilité d'engagement en sein de la Légion étrangère, mais aussi à une dispense de se présenter à l'école de recrues. D'autre part, la question a à nouveau été évoquée au moment de l'enrôlement de l'intimé dans la Légion, avec l'agent recruteur qui a reçu ce dernier. A. a donc décidé en connaissance de cause suffisante de ne pas donner suite à un ordre de marche qui avait gardé toute sa validité. Il a à tout le moins pris le risque de se retrouver en situation illégale, l'attrait pour la Légion étrangère et la volonté de mettre en œuvre son projet ayant prédominé.

La motivation de l'auteur en vertu de laquelle il ne s'est pas présenté à l'école de recrues, à savoir son intention d'acquérir de l'expérience et de s'aguerrir, ne suffit pas pour considérer que son acte d'insoumission et son absence injustifiée soient de peu de gravité. Le fait que l'intimé ait par la suite quitté la Légion étrangère, son parcours exemplaire de soldat au sein de l'armée suisse et sa volonté de devenir militaire professionnel n'entrent pas en considération pour qualifier l'insoumission commise et l'absence injustifiée. Il s'agit bien plutôt de circonstances dont le juge doit tenir compte au moment de fixer la peine, au sens des art. 41 ss CPM.

c) Le pourvoi en cassation est donc fondé sur la question de la violation de la loi pénale, soit sur celle de l'application erronée de l'art. 82 al. 2 CPM.

3.

L'Auditeur en chef invoque également une violation de l'art. 149 al. 1 PPM, faisant valoir que, dans l'hypothèse de l'applicabilité de l'art. 82 al. 2 CPM, l'accusé aurait dû être libéré pénalement pour pouvoir être sanctionné disciplinairement. Compte tenu du considérant précédent, admettant que l'art. 82 al. 2 CPM a été appliqué à tort, ce grief est sans objet.

4.

L'Auditeur en chef invoque également le motif de cassation de l'art. 185 al.1 let. d et f, faisant grief à l'instance précédente d'avoir libéré à tort l'intimé du chef d'accusation d'atteintes à la puissance défensive du pays au sens de l'art. 94 CPM en admettant que l'intéressé pouvait se prévaloir d'une erreur sur l'illicéité au sens de l'art. 19 CPM.

a) Selon l'art. 94 al.1 et 2 CPM, tout Suisse qui, sans l'autorisation du Conseil fédéral, aura pris du service dans une armée étrangère sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire, sauf s'il est établi dans un autre Etat dont il possède la nationalité et que c'est dans cet Etat qu'il sert.

Par ailleurs, quiconque ne sait ni ne peut savoir au moment d'agir que son comportement est illicite n'agit pas de manière coupable (art. 19 première phrase CPM). Cette disposition est identique à l'article 21 du Code pénal suisse. Selon ces deux articles, l'auteur n'est pas punissable s'il ne savait ni ne pouvait savoir qu'il agissait contrairement à l'ordre légal, soit s'il avait des raisons suffisantes de se croire en droit d'agir (ATF 128 IV 201 consid. 2). Une raison de se croire en droit d'agir est suffisante lorsqu'aucun reproche ne peut être adressé à l'auteur du fait de son erreur, parce qu'elle provient de circonstances qui auraient pu induire en erreur tout homme consciencieux (ATF 98 IV 293 consid. 4a). Le fait d'avoir des raisons suffisantes de tenir son comportement pour non punissable ne suffit pas. L'auteur doit encore avoir des raisons qui lui permettent d'admettre qu'il ne fait rien d'illicite (ATF 118 IV 167 consid. 4). L'erreur sur l'illicéité est évitable lorsque l'auteur a agi alors qu'il avait ou aurait dû avoir des doutes quant à la licéité de son comportement (ATF 121 IV 109 consid. 5). Il en va de même lorsque l'auteur a négligé de s'informer suffisamment alors qu'il savait qu'une réglementation juridique existait (ATF 120 IV 208 consid. 5b). Le juge doit examiner si l'erreur était évitable en tenant compte des circonstances personnelles de l'auteur et des circonstances matérielles qui ont pu l'induire en erreur, comme la prise en considération de décisions judiciaires antérieures, de fausses instructions, le recours à un conseil juridique et une tolérance constante des autorités compétentes à l'égard d'un comportement irrégulier. L'auteur doit se tromper sur le caractère illicite de l'acte. La conscience de commettre un acte illicite exclut l'application de l'art. 21 CP, respectivement de l'art. 19 CPM (cf. ATF 104 IV 217 consid. 2 et 118 IV 167 consid. 4).

b) En l'espèce, le tribunal militaire d'appel a considéré que l'intimé était intimement convaincu d'être autorisé à agir comme il l'avait fait, dès lors qu'il n'avait jamais accompli de service en Suisse auparavant, qu'il avait demandé un congé aux autorités militaires et qu'il n'avait pas été dissuadé d'agir de la sorte, ni été rendu attentif au caractère illicite de son projet.

Cela étant, l'erreur dont l'intimé se prévaut ne peut être qualifiée d'inévitable. L'intéressé avait en effet déjà reçu un ordre de marche au moment de décider de quitter la Suisse pour rejoindre la Légion étrangère et c'est pour cette raison qu'il avait contacté les autorités militaires cantonales avant de partir pour la France. On ne lui a alors rien opposé et on lui a indiqué de remplir une demande de congé, ce qu'il a fait de manière incomplète, sans expliciter les motifs de son congé. Ayant tu une partie de ses intentions, il ne pouvait inférer de ces seules circonstances que sa situation était réglée à satisfaction et il devait à tout le moins attendre la réponse apportée à sa requête. Lors de l'entretien d'enrôlement à la Légion étrangère, la problématique de l'illicéité de son comportement s'est à nouveau posée, puisque son interlocuteur a évoqué une protection suffisante tant que son engagement durait, ce qui n'a de sens que dans une situation pouvant susciter des difficultés. Confronté à plusieurs incertitudes, l'intimé aurait donc dû à tout le moins éclaircir les conditions légales de son engagement au service de l'Etat français. Si tant est que l'intéressé fût dans l'erreur au moment de s'engager dans la Légion étrangère, sa méprise était à tout le moins évitable, pour peu qu'il ait pris le soin de lever les questions en suspens au moment de son engagement.

L'intimé ne peut donc être mis au bénéfice de l'art. 19 première phrase CPM et être libéré purement et simplement du chef d'accusation d'atteintes à la puissance défensive du pays. Le pourvoi en cassation doit dès lors être admis sur ce point également. Autre est la question d'une éventuelle atténuation de la peine si le tribunal devait confirmer que l'accusé a effectivement agi sous le coup d'une erreur évitable au sens de l'art. 19 deuxième phrase CPM.

(875, 16 décembre 2016, Auditeur en chef contre le Tribunal militaire d'appel 1)

11

Art. 81 Abs. 1 lit. b MStG, Art. 185 Abs. 1 lit. f MStP; mehrfache Militärdienstverweigerung, willkürliche Sachverhaltsfeststellung (Kassationsbeschwerde)

Es ist unzulässig, einem Urteil einen Sachverhalt (Militärdienstverweigerung) zu Grunde zu legen, der sich im Urteilszeitpunkt noch gar nicht (vollendet) verwirklicht hat (E. 3).

Art. 81 al. 1 let. b CPM, art. 185 al. 1 let. f PPM ; refus de servir multiples, arbitraire dans l'établissement des faits (pourvoi en cassation)

Il n'est pas admissible de fonder un jugement sur un état de fait (refus de servir) qui ne s'est pas encore (complètement) réalisé au moment du jugement (consid. 3).

Art. 81 cpv. 1 lett. b CPM, art. 185 cpv. 1 lett. f PPM; rifiuto del servizio molteplice, arbitrio nell'accertamento die fatti (ricorso per cassazione)

Non è ammesso porre alla base di una sentenza una fattispecie (rifiuto del servizio) che nel momento della decisione non si è ancora (completamente) realizzata (consid. 3).

Das Militärkassationsgericht hat festgestellt:

A.

a) A. rückte in den Jahren 2012, 2013 und 2014 unentschuldigt nicht in die jeweiligen Ausbildungsdienste der Formationen (ADF) ein, weshalb er vom Militärgericht 5 mit zwei Strafmandaten (vom 8. Februar und vom 28. November 2014) wegen mehrfachen Militärdienstversäumnisses bestraft wurde.

b) Nachdem A. dem Aufgebot für den ADF 2015 (9. - 27. März 2015) keine Folge geleistet und weder ein Dienstverschiebungsgesuch gestellt noch sich bei seinem Kommandanten gemeldet hatte, beantragte der Auditor des Militärgerichts 5 in seiner Anklageschrift vom 8. Januar 2016, A. sei der Militärdienstverweigerung im Sinne von Art. 81 Abs. 1 Bst. b MStG schuldig zu erklären.

c) Die auf den 10. März 2016 angesetzte Hauptverhandlung des Militärgerichts 5 wurde wegen entschuldigter Abwesenheit des Angeklagten unterbrochen und die Fortsetzungsverhandlung auf den 23. Juni 2016 festgesetzt. Dieser Verhandlung blieb A. unentschul-

digt fern. Das Militärgericht 5 verzichtete auf dessen Vorführung und führte mit Einverständnis des amtlichen Verteidigers ein Abwesenheitsverfahren nach Art. 155 Abs. 1 MStP durch.

In diesem Verfahren ergänzte der Auditor die Anklage dahingehend, dass A. auch wegen des «Nichteinrückens in den ADF 2016» (20. Juni - 8. Juli 2016 in B.) der Militärdienstverweigerung nach Art. 81 Abs. 1 Bst. b MStG schuldig zu sprechen sei sowie der mehrfachen vorsätzlichen Nichtbefolgung von Dienstvorschriften (wegen unterlassener Meldung mehrerer Wohnsitzwechsel). Demgegenüber beantragte der Verteidiger, auf die Beurteilung des Nichteinrückens in den ADF 2016 sei nicht einzutreten, eventualiter sei der Angeklagte diesbezüglich freizusprechen. Im Übrigen sei dieser hinsichtlich des ADF 2015 des Militärdienstversäumnisses und hinsichtlich der unterlassenen Meldung von Wohnsitzwechseln der Nichtbefolgung von Dienstvorschriften schuldig zu sprechen.

Mit Urteil vom 23. Juni 2016 erklärte das Militärgericht 5 A. schuldig der Militärdienstverweigerung (Art. 81 Abs. 1 Bst. b MStG) sowie der mehrfachen Nichtbefolgung von Dienstvorschriften (Art. 72 Abs. 1 MStG) und verurteilte ihn zu einer unbedingten Geldstrafe von 70 Tagessätzen à Fr. 30.-. Es verzichtete auf den Widerruf von zwei anderen, bedingt ausgesprochenen Geldstrafen und auferlegte dem Verurteilten die Kosten des Verfahrens von Fr. 800.-. Soweit für das vorliegende Verfahren bedeutsam, erwog das Militärgericht 5, A. sei am 9. März 2015 trotz gültigen Aufgebots nicht in den ADF 2015 und am 20. Juni 2016 nicht in den ADF 2016 eingerückt, weshalb er den objektiven Tatbestand der Militärdienstverweigerung nach Art. 81 Abs. 1 Bst. b MStG erfülle. Subjektiv werde dieser Tatbestand dadurch erfüllt, dass A. durch das erneute Nichteinrücken in die ADF 2015 und 2016 vorsätzlich seine Dienstpflicht verweigere.

Das Militärkassationsgericht hat erwogen:

3.

a) Der Sachverhalt ist weitestgehend unbestritten. Dies gilt namentlich für die Feststellung, dass A. dem Aufgebot für den ADF 2015 unentschuldigt keine Folge leistete und auch am 20. Juni 2016 nicht in den ADF 2016 einrückte. Zu Recht werden auch die Tatsachen nicht bestritten, welche zur Schuldigerklärung wegen mehrfacher Nichtbefolgung von Dienstvorschriften führten.

b) A. rügt, die Sachverhaltsfeststellung sei willkürlich (Art. 185 Abs. 1 Bst. f MStP), weil die Vorinstanz zu Unrecht von einer gänzlichen Verweigerung des ADF 2016 ausgegangen sei. Vielmehr sei er am 28. Juni 2016 eingerückt, was die Schlussverfügung des Untersuchungsrichters vom 12. Juli 2016 zeige (vgl. Beilage 5 zur Kassationsbeschwerde).

c) Aus dieser Schlussverfügung wird tatsächlich ersichtlich, dass A. am 28. Juni 2016 verspätet in den ADF 2016 eingerückt ist. Mit dieser Tatsache, welche sich zeitlich erst

nach dem angefochtenen Urteil zugetragen hat, lässt sich indes keine Willkür in der Sachverhaltsfeststellung dartun. Denn diese kann nicht wegen eines erst später eingetretenen Umstandes willkürlich sein.

Hingegen hat die Vorinstanz ihrem Urteil einen Sachverhalt zu Grunde gelegt («umfassende Verweigerung des ADF 2016»), welcher sich im Zeitpunkt seiner Feststellung anlässlich der Hauptverhandlung vom 23. Juni 2016 noch gar nicht zugetragen hatte (der ADF dauerte vom 20. Juni bis 8. Juli 2016). Somit ist die streitgegenständliche Feststellung ohne Tatsachenfundament; sie basiert auf einer offensichtlich unhaltbaren Mutmassung. Es liegt auf der Hand, dass die Behebung dieses Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (insbesondere im Hinblick auf das Strafmass).

d) Somit ist die Kassationsbeschwerde begründet, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

(876, 16. Dezember 2016, A. gegen Militärgericht 5)

12

Art. 73 Ziff. 1 MStG, Art. 90 Abs. 1 SVG; Missbrauch und Verschleuderung von Material, einfache Verletzung von Verkehrsregeln, Konkurrenz (Kassationsbeschwerde)

Echte Idealkonkurrenz zwischen Art. 73 MStG und Art. 90 SVG, unabhängig davon, ob ein Fall von Abs. 1 oder Abs. 2 von Art. 90 SVG vorliegt – *Änderung der Rechtsprechung* (E. 4).

Art. 73 ch. 1 CPM, art. 90 al. 1 LCR ; abus et dilapidation de matériel, infraction simple aux règles de la circulation, concours (poursuite en cassation)

Concours idéal parfait entre l'art. 73 CPM et l'art. 90 LCR, indépendamment du fait qu'il s'agisse d'un cas de l'al. 1 ou de l'al. 2 de l'art. 90 LCR – *changement de jurisprudence* (consid. 4).

Art. 73 cifra. 1 CPM, art. 90 cpv. 1 LCStr; Abuso e sperpero di materiali, infrazione semplice alle norme della circolazione, concorso (ricorso per cassazione)

Concorso ideale proprio tra l'art. 73 CPM e l'art. 90 LCStr, indipendentemente dal fatto che si tratti di un caso di cpv. 1 o di cpv. 2 dell'art. 90 LCStr – *modifica di giurisprudenza* (consid. 4).

Das Militärkassationsgericht hat festgestellt:

A.

a) A. war am 16. Juni 2015 mit einem militärisch immatrikulierten Personenwagen dienstlich unterwegs. Auf der Rückfahrt von B. fuhr er auf der Autobahn im zähfließenden Stauverkehr wegen zu geringen Abstandes auf ein ihm vorausfahrendes ziviles Fahrzeug auf. An diesem entstand ein Sachschaden von Fr. 7'000.-, am Dienstwagen ein Schaden von Fr. 10'000.-.

b) Mit Strafmandat vom 9. November 2015 verurteilte ihn der Auditor des Militärgerichts 6 wegen fahrlässiger einfacher Verletzung von Verkehrsregeln (Art. 90 Abs. 1 SVG) zu einer Busse von Fr. 800.-.

c) Dagegen erhob der Obergericht am 23. November 2015 Einsprache und beantragte, das Militärgericht 6 solle eine zusätzliche oder ausschliessliche Bestrafung gestützt auf Art. 73 MStG prüfen.

B.

a) Mit Urteil vom 12. Februar 2016 sprach das Militärgericht 6 den Angeklagten des Missbrauchs und der Verschleuderung von Material im Sinne von Art. 73 Ziff. 1 Abs. 1 MStG schuldig und verurteilte ihn zu einer bedingten Geldstrafe von zehn Tagessätzen zu Fr. 130.- sowie zu einer Busse von Fr. 200.-.

b) Dagegen appellierte der Angeklagte am 12. Februar 2016 beim Militärappellationsgericht 2 und beantragte, er sei lediglich der einfachen Verkehrsregelverletzung nach Art. 90 Abs. 1 SVG schuldig zu sprechen und mit einer Busse von Fr. 800.- zu bestrafen.

C.

a) Im Sinne des gleichlautenden Antrags des Auditors sprach das Militärappellationsgericht 2 den Angeklagten mit Urteil vom 23. Mai 2016 der einfachen Verkehrsregelverletzung nach Art. 31 Abs. 1, Art. 34 Abs. 4 und Art. 90 Abs. 1 SVG schuldig und bestrafte ihn mit einer Busse von Fr. 800.-. Zur Begründung wurde ausgeführt, Art. 73 MStG sei nur anwendbar, wenn keine andere Strafbestimmung zutreffe (Subsidiaritätsklausel).

b) Gegen dieses Urteil reichte der Obergericht am 30. August 2016 fristgerecht Kassationsbeschwerde ein. Darin beantragt er die Aufhebung des angefochtenen Urteils und Rückweisung der Sache zur Neuurteilung an das Militärappellationsgericht 2. Gerügt wird, die Vorinstanz habe zu Unrecht unechte Idealkonkurrenz angenommen und verletze dadurch materielles Strafrecht.

Das Militärkassationsgericht hat erwogen:

3.

a) Nach Art. 90 Abs. 1 SVG (mit der Marginalie «Verletzung der Verkehrsregeln») wird mit Busse bestraft, wer Verkehrsregeln dieses Gesetzes oder der Vollziehungsvorschriften des Bundesrates verletzt. Nach Art. 90 Abs. 2 SVG wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer durch grobe Verletzung der Verkehrsregeln eine ernstliche Gefahr für die Sicherheit anderer hervorruft oder in Kauf nimmt.

b) Unter der Marginalie «Missbrauch und Verschleuderung von Material» sieht Art. 73 Ziff. 1 MStG Folgendes vor:

«1. Wer Waffen, Munition, Ausrüstungsgegenstände, Pferde, Fahrzeuge oder andere ihm dienstlich anvertraute oder überlassene Sachen missbräuchlich verwendet, veräussert, verpfändet, beiseiteschafft, im Stiche lässt, vorsätzlich oder fahrlässig beschädigt, Schaden nehmen oder zugrunde gehen lässt,

wer solche ihm zugängliche Sachen missbräuchlich verwendet,

wird, sofern keine andere Strafbestimmung zutrifft, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.»

4.

a) Die Kassationsbeschwerde richtet sich ausschliesslich gegen die Annahme der Vorinstanz, dass vorliegend Art. 90 Abs. 1 SVG Art. 73 Ziff. 1 Abs. 1 MStG – im Sinne unechter Idealkonkurrenz – konsumiere.

Der Obergericht rügt, nach der Rechtsprechung des Militärkassationsgerichts sei Art. 73 MStG (geschütztes Rechtsgut *Funktionstüchtigkeit von anvertrautem oder zugänglichem Militärmaterial*) beispielsweise nicht subsidiär zur fahrlässigen Körperverletzung (Art. 124 MStG [geschütztes Rechtsgut *Leib und Leben*]), da beide Strafbestimmungen unterschiedliche Rechtsgüter schützten und deshalb Art. 124 MStG den Verletzungstatbestand von Art. 73 MStG nicht konsumiere. Gemäss MKGE 13 Nr. 3 (E. 2) gälten die allgemeinen Konkurrenzregeln auch für Art. 73 MStG. Deshalb sei nicht einsehbar, dass der abstrakte Gefährdungstatbestand von Art. 90 Abs. 1 SVG den auf ein anderes Rechtsgut gerichteten Verletzungstatbestand von Art. 73 Ziff. 1 MStG konsumieren könne.

b) Der Angeklagte wendet dagegen ein, die Konkurrenzregeln und die Subsidiaritätsklausel von Art. 73 MStG bestünden seit Erlass des MStG unverändert nebeneinander. Das Militärkassationsgericht habe in MKGE 13 Nr. 3 die hier interessierende Konkurrenzfrage im Verhältnis von Art. 73 MStG zu den Vermögensdelikten gemäss Art. 129 ff. MStG offengelassen. Ferner werde in BGE 138 IV 258 darauf hingewiesen, dass Sachbeschädigungen aufgrund der Verletzung einer zur Unfallverhütung erlassenen Verkehrsregel gestützt auf Art. 90 Abs. 1 SVG strafrechtlich erfasst sein sollen, auch wenn der Täter bloss fahrlässig und somit nach Art. 73 MStG tatbestandsmässig gehandelt habe. Im Sinne einer Folgenabwägung sei zu berücksichtigen, dass eine Verurteilung gestützt auf Art. 73 MStG zu einem Strafregistereintrag führe, was bei einer Bestrafung gestützt auf Art. 90 Abs. 1 SVG nicht der Fall wäre. Dieser Umstand könnte sich negativ auf die Rekrutierung von Motorfahrern auswirken.

5.

a) Der unter A.a) beschriebene Sachverhalt und seine allgemeine rechtliche Würdigung sind unbestritten: Der Angeklagte hat den ihm vorgeworfenen Auffahrunfall fahrlässig verursacht und damit die objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale sowohl von Art. 73 Ziff. 1 Abs. 1 MStG als auch von Art. 90 Abs. 1 SVG verwirklicht.

Strittig ist einzig, ob der Angeklagte nur nach der einen dieser beiden Normen oder aber allenfalls gestützt auf beide zusammen zu bestrafen sei.

b) Ob, wie die Vorinstanz annimmt, der Übertretungstatbestand von Art. 90 Abs. 1 SVG den Vergehenstatbestand von Art. 73 MStG konsumieren kann, hängt vom jeweiligen Schutzzumfang der fraglichen Normen ab, das heisst von den *Rechtsgütern*, welche jeweils geschützt werden sollen (vgl. Jürg-Beat Ackermann, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar Strafrecht I, 3. Aufl., Basel 2013, N 72 zu Art. 49 StGB; Günter Stratenwerth/Wolfgang Wohlers, Handkommentar StGB, 3. Aufl., Bern 2013, N 2 ff. sowie N 9 zu Vor Art. 49 StGB).

Ausgehend von der bisher ergangenen Rechtsprechung des Militärkassationsgerichts (MKGE 5 Nr. 111, 6 Nr. 80, 6 Nr. 21, 13 Nr. 3) ist nachfolgend zu prüfen, welche Rechtsgüter Art. 90 Abs. 1 SVG und Art. 73 MStG schützen und welche Schlussfolgerungen sich hinsichtlich des Konkurrenzverhältnisses dieser Strafbestimmungen aufdrängen.

aa) Nach herrschender Meinung schützen die *Verkehrsregeln* nebst dem allgemeinen Interesse der Verkehrssicherheit im Wesentlichen die körperliche Integrität der Verkehrsteilnehmer, nicht aber deren Eigentum oder deren Vermögen (vgl. BGE 138 IV 258 E. 3; Gerhard Fiolka, in: Niggli/Probst/Waldmann [Hrsg.], Basler Kommentar zum Strassenverkehrsgesetz, Basel 2014, N 9 ff. zu Art. 90 SVG, mit dem Hinweis, wonach alle Tatbestandsvarianten von Art. 90 SVG mit Blick auf den rechtsgutmässigen Schutz von Leib und Leben abstrakte Gefährdungsdelikte darstellen).

bb) Demgegenüber ist der Schutzzweck von Art. 73 MStG die ständige Einsatzbereitschaft des der Armee dienenden Materials (Peter Popp, Kommentar zum Militärstrafgesetz, Besonderer Teil, St. Gallen 1992, N 1 zu Art. 73 MStG). Insofern erfasst Art. 73 MStG Materialmissbräuche und dient damit vorrangig dem Schutz des Eigentums bzw. Vermögens, indem der Wehrmann zum ihm anvertrauten Material Sorge tragen muss. Als Tatbestand ist dieser Artikel subsidiär, wie sich dem Vorbehalt in der Ziff. 1 Abs. 3 («sofern keine andere Strafbestimmung zutrifft») entnehmen lässt (Popp, a.a.O., N 2 zu Art. 73 MStG).

cc) Der Auffangtatbestand von Art. 73 MStG ist nach der bisherigen Rechtsprechung des Militärkassationsgerichts bei Idealkonkurrenz nur dann nicht anzuwenden, wenn er von einer anderen Strafbestimmung nach allen Richtungen mitumfasst wird (MKGE 6 Nr. 21 E. 4), das heisst wenn der Unrechtsgehalt von Art. 73 MStG von der verdrängenden Strafbestimmung vollständig erfasst und abgegolten wird. Das ist ausser bei Vermögensdelikten (Art. 129 ff. MStG) und der Entwendung eines Fahrzeugs zum Gebrauch (Art. 94 SVG) auch bei Delikten mit verräterischen Handlungen der Fall, welche in Bezug auf den subjektiven Tatbestand weiter als Art. 73 MStG gehen (Popp, a.a.O., N 26 zu Art. 73 MStG).

dd) Im vorliegenden Fall ist massgebend, dass, wie oben gezeigt wurde, die beiden besagten Strafbestimmungen *unterschiedliche* Rechtsgüter schützen. Daraus folgt, dass – entgegen der Vorinstanz – Art. 73 Ziff. 1 Abs. 1 MStG nicht von Art. 90 Abs. 1 SVG konsumiert wird. Mit einer Verurteilung des Angeklagten lediglich gestützt auf Art. 31 Abs. 1, Art. 34 Abs. 4 und Art. 90 Abs. 1 SVG würde der von Art. 73 MStG sanktionierte Unrechtsgehalt, das heisst die fahrlässige Beschädigung des dem Angeklagten anvertrauten Militärfahrzeuges, nicht abgegolten.

ee) Aber auch umgekehrt wird – entgegen der Erstinstanz – Art. 90 Abs. 1 SVG nicht durch Art. 73 Ziff. 1 Abs. 1 MStG konsumiert.

An der vor Inkrafttreten des SVG ergangenen Rechtsprechung des Militärkassationsgerichts ist nicht mehr festzuhalten, wonach zwischen der fahrlässig begangenen Verletzung von Art. 73 MStG und der Verletzung von Verkehrsregeln nach MFG (heute Art. 90 SVG) immer dann *unechte* Gesetzeskonkurrenz bestehen soll, wenn die Fahrlässigkeit in der *einfachen* Verletzung der Verkehrsregeln (vgl. Art. 90 Abs. 1 SVG) liege und Art. 90 SVG durch Art. 73 MStG konsumiert werde, hingegen *echte* Gesetzeskonkurrenz dann anzunehmen sei, wenn zu Art. 73 MStG eine *grobe* Verletzung der Verkehrsregeln nach Art. 90 Abs. 2 SVG hinzutrete (vgl. MKGE 5 Nr. 111 und 6 Nr. 80; Urteil des MKG vom 24. Juni 1977 i.S. H., E. 2; Kurt Hauri, Kommentar zum Militärstrafgesetz, Bern 1983, N 32 zu Art. 73 MStG, m.w.H.).

Weshalb die Behandlung der Konkurrenz von Art. 73 MStG und Art. 90 SVG davon abhängen soll, ob es um eine leichte oder eine schweren Verkehrsregelverletzung geht, lässt sich sachlich nicht begründen. Denn wird für die Beurteilung der Konkurrenzfrage sachgerecht auf die *geschützten Rechtsgüter* abgestellt, kann die Antwort weder davon abhängen, ob eine Verkehrsregelverletzung einfach oder grob ist, noch davon, ob eine Tat vorsätzlich oder fahrlässig begangen worden ist. Abs. 1 von Art. 90 SVG unterscheidet sich von dessen Abs. 2 einzig hinsichtlich der Schwere der Pflichtverletzung (bzw. des Unrechtsgehalts), nicht aber hinsichtlich der geschützten Rechtsgüter. Das folgende Beispiel mag dies verdeutlichen: Ob im unmittelbaren Vorfeld eines selbstverschuldeten Unfalls (mit Sachschaden an einem Militärfahrzeug) eine Ampel bei *grün* (Art. 90 Abs. 1 SVG) oder bei *rot* (Art. 90 Abs. 2 SVG) überfahren wurde, kann lediglich für die Beurteilung der Schwere der Pflichtverletzung bedeutsam sein, ändert aber nichts an dem von Art. 90 Abs. 1 SVG vorrangig intendierten Schutz des «reibungslosen Ablaufs der Fortbewegung auf öffentlichen Strassen» (vgl. BGE 138 IV 258 E. 3.3.2; Fiolka, a.a.O., N 9 ff. zu Art. 90 SVG und zum Rechtsgut «Verkehrssicherheit») bzw. an dem von Art. 90 Abs. 2 SVG zusätzlich verstärkt intendierten Schutz von Leib und Leben (zwecks Abwendung ernstlicher Gefahr für die Sicherheit anderer).

ff) Entgegen der Vorinstanz lässt sich aus der von ihr zitierten Botschaft zum Militärstrafgesetzbuch vom 26. November 1918 (BBI 1918 V 337 ff., 369) nicht auf den Willen des Gesetzgebers schliessen, dieser habe bei Idealkonkurrenz ohne Weiteres jede andere Strafbestimmung Art. 73 MStG vorgehen lassen wollen. Ebenso wenig lässt sich MKGE 13 Nr. 3 (E. 2) entnehmen, Art. 73 MStG trete gegenüber Art. 90 Abs. 1 SVG als unecht konkurrierend zurück. Das entsprechende obiter dictum in E. 2, wonach die Konkurrenzfrage zwischen Art. 73 MStG und Vermögensdelikten (Art. 129 ff. MStG) heikel zu beantworten sei, weist vielmehr darauf hin, dass die Anwendbarkeit von Art. 73 MStG in jeder Konkurrenzsituation gesondert geprüft werden muss (dieser Meinung auch Popp, a.a.O., N 27 zu Art. 73 MStG). Allenfalls wäre es Sache des Gesetzgebers, den Anwendungsbereich von Art. 73 MStG weiter zu beschränken, etwa durch eine positive Aufzählung der «anderen Strafbestimmungen» (wie z.B. in Art. 137 Ziff. 1 StGB), wenn sich dies strafrechtspolitisch als wünschbar erweisen sollte.

c) Zusammenfassend ist in *Änderung der bisherigen Rechtsprechung* festzuhalten:

Da Art. 90 SVG und Art. 73 MStG jeweils andersgeartete Rechtsgüter schützen, ist beim Zusammentreffen dieser Strafbestimmungen von echter Idealkonkurrenz auszugehen und zwar unabhängig davon, ob ein Fall von Art. 90 Abs. 1 oder Abs. 2 SVG vorliegt.

d) Nach dem Gesagten verletzt somit das angefochtene Urteil das Militärstrafgesetz. Daher ist die Kassationsbeschwerde als begründet gutzuheissen, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache im Sinne der Erwägungen zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

(877, 17. März 2017, A. gegen Militärappellationsgericht 2)

13

Art. 131 ch. 1 CPM ; vol (poursuite en cassation)

Dessin d'appropriation admis s'agissant d'un membre de l'armée qui emporte à son domicile du matériel non personnel (« matériel de corps ») et qui ne le rend que partiellement, plusieurs années plus tard, après s'être dénoncé (consid. 2.6). Dessin d'enrichissement illégitime admis (consid. 2.7).

Art. 131 Ziff. 1 MStG; Diebstahl (Kassationsbeschwerde)

Aneignungsabsicht bei einem AdA bejaht, der nicht persönliche Ausrüstungsgegenstände («Korpsmaterial») mit nach Hause genommen und erst Jahre später nach erfolgter Selbstanzeige (teilweise) zurückgegeben hatte (E. 2.6). Absicht ungerechtfertigter Bereicherung bejaht (E. 2.7).

Art. 131 cifra 1 CPM ; furto (ricorso per cassazione)

Ammissione dell'intenzione d'appropriazione nel caso di un milite che ha restituito, solo dopo diversi anni e in seguito ad autodenuncia, parte dell'equipaggiamento non personale («materiale di corpo») precedentemente portato a casa (consid. 2.6). Ammissione dell'intenzione di procacciarsi un indebito profitto (consid. 2.7).

Faits :

A.

A., né en 1983, a effectué son école de recrues en 2004 et 2005, d'abord dans le cadre de l'école de recrues B., puis de l'école de recrues C. Il a accompli ensuite quelques services d'instruction des formations (SIF), parfois partiellement. Il a été licencié en 2012 et 2013 et n'a pas été convoqué en 2014. Le 29 janvier 2015, le prénommé a été déclaré inapte au service.

B.

a) Le 5 juin 2014, l'accusé a déclaré à la police militaire qu'il avait soustrait les objets suivants lors de son école de recrues :

- une lunette de tir Kern, pour le fusil d'assaut, d'une valeur avec accessoires de Fr. 1'455.- ;
- une paire de jumelles Leica, d'une valeur de Fr. 800.- ;

- une paire de menottes, d'une valeur de Fr. 64.- ;
- une boîte de pansements en aluminium vide, d'une valeur de Fr. 98.- ;
- deux boîtes à pansement de poche en plastiques vides ;
- huit cartouches de manipulation et quatre cartouches pour fusil.

L'accusé a restitué ces objets à la police militaire, à l'exception de la lunette de tir et de la paire de menottes.

b) Au cours de la procédure d'instruction, l'accusé a entre autres été entendu le 17 novembre 2014 par le Juge d'instruction militaire, qui l'a informé qu'il était inculpé de vol pour avoir soustrait les objets susmentionnés.

C.

Par acte d'accusation du 9 juillet 2015, l'Auditeur du Tribunal militaire 1 a accusé l'intimé de vol pour la soustraction des objets précités et l'a donc renvoyé pour jugement devant le Tribunal militaire 1.

D.

Par jugement du 27 novembre 2015, le Tribunal militaire 1 a reconnu l'accusé coupable de vol et l'a condamné à une peine pécuniaire de 35 jours-amende à Fr. 10.-, avec sursis pendant deux ans, ainsi qu'à une amende de Fr. 100.-.

L'accusé a interjeté appel contre ce jugement.

E.

Par jugement du 17 juin 2016, le Tribunal militaire d'appel 1 a admis l'appel et libéré le prénommé de l'accusation de vol. En substance, le Tribunal militaire d'appel 1 a nié le dessein d'appropriation du matériel soustrait.

Considérant :

2.

Le recourant se plaint d'une violation de la loi pénale, motif de cassation au sens de l'art. 185 al. 1 let. d PPM. Selon lui, c'est à tort que le Tribunal militaire d'appel 1 a libéré l'accusé du chef de condamnation de vol.

2.1

Aux termes de l'art. 131 ch. 1 du Code pénal militaire du 13 juin 1927 (CPM, RS 321.0) – note marginale « vol » –, celui qui, pour se procurer ou procurer à un tiers un enrichissement illégitime, aura soustrait une chose mobilière appartenant à autrui dans le but de

se l'approprier sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

2.2

En l'espèce, le Tribunal militaire d'appel 1 a considéré que les éléments constitutifs de cette infraction n'étaient pas réunis, à défaut de dessein d'appropriation ainsi que de volonté d'enrichissement illégitime. En revanche, il a admis que l'infraction de soustraction de chose mobilière au sens de l'art. 133 CPM était réalisée, mais que l'action pénale était prescrite.

2.3

Une différence essentielle entre le vol (art. 131 CPM) – dont il n'est pas contesté qu'il n'est pas prescrit en l'espèce (cf. art. 55 al. 1 let. b CPM) – et la soustraction d'une chose mobilière (art. 133 CPM) est en effet le dessein d'appropriation de la chose soustraite. Ce dessein est un élément de la définition légale du vol, alors que le texte de l'art. 133 CPM est applicable lorsque l'auteur agit sans dessein d'appropriation.

2.4

Pour considérer que l'intimé n'avait pas le dessein de s'approprier les objets soustraits, le Tribunal militaire d'appel 1 a retenu que, lors de son audition par le juge d'instruction et le tribunal de première instance, l'intimé a indiqué qu'il estimait que le matériel personnel emporté à la maison, à la fin de son école de recrues, n'était pas suffisant pour assurer au mieux sa mission en cas d'engagement rapide. C'est pourquoi l'intimé a, selon ses déclarations, pris du matériel supplémentaire, afin d'être équipé de manière complète. Prenant trop au sérieux l'obligation d'être prêt à être engagé, il estimait qu'il avait besoin d'un matériel complet. S'il avait effectué l'intégralité de ses jours de services, il aurait considéré que les effets militaires soustraits auraient fait partie intégrante de son équipement personnel qu'il entendait restituer à la fin de son service militaire. Le fait qu'il se soit auto-dénoncé prouverait son intention de restituer le matériel à son propriétaire légitime et son manque de volonté d'appropriation.

Selon le jugement attaqué, la volonté d'enrichissement illégitime fait également défaut, l'intimé n'ayant jamais eu la volonté d'intégrer les effets soustraits dans son patrimoine, mais conservant ceux-ci dans son matériel personnel, à l'instar de ses autres effets militaires.

2.5

D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, à laquelle il y a lieu de se référer, la définition du vol de l'art. 131 CPM correspondant à celle de l'art. 139 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP, RS 311.0), l'acte d'appropriation signifie d'abord que l'auteur incorpore économiquement la chose ou la valeur de la chose à son propre patrimoine, pour la conserver, pour la consommer ou pour l'aliéner ; il dispose alors d'une chose comme propriétaire, sans pour autant en avoir la qualité. L'auteur doit avoir la volonté, d'une part, de priver durablement le propriétaire de sa chose et, d'autre part, de se l'approprier, pour une certaine durée au moins. Il ne suffit pas que l'auteur ait la volonté d'appropriation, celle-ci devant se manifester par un comportement extérieurement constatable. Il n'y a

pas d'appropriation si d'emblée l'auteur veut rendre la chose intacte après un acte d'utilisation. Elle intervient cependant sans droit lorsque l'auteur ne peut la justifier par une prétention qui lui soit reconnue par l'ordre juridique (TF 6B_70/2016, consid. 3.3.2 non publié à l'ATF 142 IV 315 et les réf. cit., not. ATF 129 IV 223, consid. 6.2.1 et ATF 118 IV 148).

2.6

2.6.1) Dans le cas d'espèce, il ressort du dossier que l'intimé a soustrait les objets en cause en 2004. Il justifie cette soustraction par le fait qu'il avait été « *drillé* » au cours de son école de recrues et que le matériel personnel qu'il lui était remis ne semblait à ses yeux pas suffisant. Il a donc décidé de compléter son matériel, avec les objets soustraits. Il entendait ainsi être mieux équipé que les autres soldats pour être plus efficace en cas d'engagement rapide. On déduit donc de son attitude et de ses déclarations que cela pouvait se réaliser en tout temps, plusieurs mois ou plusieurs années plus tard. Tant qu'il effectuait des SIF, il a conservé ce matériel supplémentaire.

En 2008, alors que l'intimé rend la munition de poche, il ne profite pas de l'occasion pour rendre le matériel soustrait, bien que cette situation le travaillait, le culpabilisait et que, de surcroît, son équipement supplémentaire ne faisait faute de munition plus sens selon ses déclarations. Ce n'est qu'en 2014, soit dix ans après l'acte de soustraction et six ans après avoir restitué la munition de poche, qu'il s'est rendu compte que ce qu'il avait fait était devenu inutile.

Le Tribunal est d'avis que cette attitude et ces déclarations démontrent la volonté de l'intimé de priver l'armée (ou la Confédération) des objets soustraits non pas pour quelque temps après son école de recrues (éventuellement jusqu'au premier SIF), mais bien plutôt pour une certaine durée indéterminée. Au moment de la commission de la soustraction, il avait donc l'intention de soustraire le matériel en question pour plusieurs années, à savoir pour la durée de ses obligations militaires.

2.6.2) L'intimé n'a jamais prétendu qu'il pensait que les objets soustraits faisaient partie de son équipement personnel. On entend par là essentiellement son arme, des effets d'habillement et des bagages qui sont confiés au militaire, lequel doit les conserver en lieu sûr et les maintenir en bon état, étant précisé que cet équipement reste la propriété de la Confédération pendant la durée des obligations militaires (art. 112 et 114 de la loi fédérale du 3 février 1995 sur l'armée et l'administration militaire (LAAM, RS 510.10). Les objets utilisés pendant les SIF, qui ne sont pas remis au militaire comme des effets d'équipement personnels, ne doivent pas être emportés à la fin du service et, a fortiori, il n'est pas question qu'ils puissent être conservés lors de la libération des obligations militaires (cf. art. 10 de l'ordonnance du 5 décembre 2003 concernant l'équipement personnel des militaires [OEPM, RS 514.10]).

Dans le jugement attaqué, il est retenu que la restitution du matériel soustrait « apparaissait comme une évidence dans [l']esprit » de l'intimé. Il n'en demeure pas moins que l'objet le plus coûteux n'a pas été restitué et que cette prétendue évidence ne s'est pas imposée dans les premiers mois ou les premières années après son école de recrues,

en particulier lorsque, à l'occasion d'un SIF, l'intimé avait la possibilité de rapporter ces objets en expliquant la situation dans laquelle il se trouvait.

En d'autres termes, l'intimé a durablement voulu conserver ces objets dans son patrimoine. Et même si cette conservation n'avait de sens que pendant la durée des obligations militaires, il en disposait alors comme s'il en était propriétaire. Il y a donc un acte d'appropriation et pas de volonté de restituer ces objets d'emblée, à la première occasion plausible après la fin de son école de recrues.

Au moment de l'auto-dénonciation, l'intimé a manifesté la volonté de mettre fin à cette appropriation (du moins en partie, vu que tous les objets n'ont pu être restitués), les objets ayant perdu à ses yeux leur utilité. Cette circonstance n'exclut pas de considérer qu'au paravant, les éléments constitutifs du vol étaient réunis.

2.7

Il faut également admettre que l'intimé voulait se procurer un enrichissement illégitime. La notion d'enrichissement désigne toute forme d'amélioration de la situation patrimoniale, y compris temporaire (Michel Dupuis/Laurent Moreillon/Christophe Piguet/Séverine Berger/Miriam Mazou/Virginie Rodigari, *Petit commentaire du code pénal*, Bâle 2012, n° 25 ad Remarques préliminaires aux art. 137 ss CP et les réf. à la doctrine). Après avoir soustrait les objets concernés, l'intimé disposait effectivement d'un matériel d'une valeur certaine, d'un matériel supplémentaire à son équipement personnel, matériel qu'il n'avait pas dû acheter. Sa situation patrimoniale a bel et bien été améliorée.

L'enrichissement est illégitime s'il est acquis de façon contraire à l'ordre juridique (illicéité objective ; cf. *ibidem*, n° 27 ad Remarques préliminaires aux art. 137 ss CP). L'intimé n'était pas autorisé, selon les prescriptions militaires (cf. consid. 2.6.2), à conserver le matériel soustrait. La condition d'illicéité objective est donc également remplie.

2.8

Il suit de ce qui précède que le Tribunal militaire d'appel 1 a violé la loi pénale en refusant d'appliquer l'art. 131 CPM. Le pourvoi de l'auditeur recourant est donc admis, ce qui entraîne l'annulation du jugement attaquée (art. 190 PPM) et le renvoi de la cause pour nouveau jugement au Tribunal militaire d'appel 1 (art. 191 al. 1 PPM).

3.

L'intimé n'obtenant pas gain de cause, il doit en principe supporter les frais de justice. Toutefois, compte tenu de sa situation financière précaire et vu les circonstances de la cause, il se justifie de laisser les frais à la charge de la Confédération (art. 193 PP et art. 183 al. 1 2^e phrase PPM).

(878, 8 juin 2017, Auditeur contre le Tribunal militaire d'appel 1)

14

Art. 82 CPM, art. 84 aCPM ; art. 46 al. 4, art. 148 al. 2, art. 187 al. 2 PPM ; inobservation d'une convocation au service militaire (selon l'ancien droit), délai légal non prolongeable pour le dépôt des observations, changement de qualification juridique, principe d'accusation, réparation du manquement devant le Tribunal militaire d'appel (poursuite en cassation)

Conformément à l'art. 46 al. 4 PPM, le délai légal de 20 jours prévu par l'art. 187 al. 2 PPM pour le dépôt des observations sur un recours en cassation ne peut pas être prolongé (consid. 1c). L'art. 148 al. 2 PPM obligeant à aviser du changement de qualification juridique n'est pas applicable devant le Tribunal militaire d'appel, qui doit néanmoins respecter le droit d'être entendu de l'accusé et le principe d'accusation. Avant de modifier la qualification juridique de l'infraction, le Tribunal militaire d'appel doit donc en principe donner à l'accusé la faculté de s'expliquer (consid. 2a). Le manquement à l'obligation d'aviser du changement de qualification juridique intervenu en première instance peut en principe être réparé devant le Tribunal militaire d'appel. A ce stade, l'accusé est en effet en position de s'exprimer sur l'infraction retenue dans le jugement attaqué, qui délimite l'objet du litige. Le Tribunal militaire d'appel peut donc statuer sur cette infraction (consid. 2b). L'infraction d'inobservation d'une convocation au service militaire, qui était réprimée par l'art. 84 CPM dans sa teneur antérieure au 1^{er} juillet 2016, ne pouvait être réalisée qu'en l'absence d'une infraction d'insoumission au sens de l'art. 82 CPM. Le Tribunal militaire d'appel devait donc examiner en premier lieu si les conditions de l'art. 82 CPM étaient réunies (consid. 2c).

Art. 82 MStG, Art. 84 aMStG; Art. 46 Abs. 4, Art. 148 Abs. 2, Art. 187 Abs. 2 MStP; (altrechtliche) Missachtung eines Aufgebots zum Militärdienst, nicht erstreckbare gesetzliche Frist zur Vernehmung, Änderung des rechtlichen Gesichtspunkts, Anklagegrundsatz, Heilung vor dem Militärappellationsgericht (Kassationsbeschwerde)

Die 20-tägige (gesetzliche) Frist von Art. 187 Abs. 2 MStP zur Einreichung einer Vernehmung ist nach Art. 46 Abs. 4 MStP nicht erstreckbar (E. 1c). Die Pflicht gemäss Art. 148 Abs. 2 MStP, auf Änderungen des rechtlichen Gesichtspunktes hinzuweisen, ist vor dem Militärappellationsgericht nicht anwendbar; es muss dem Angeklagten das rechtliche Gehör gewähren und den Anklagegrundsatz wahren, d. h. dem Angeklagten vor Änderung des rechtlichen Gesichtspunkts grundsätzlich Gelegenheit zur Stellungnahme geben (E. 2a). Unterlässt das Militärgericht den Hinweis auf die Änderung des rechtlichen Gesichtspunkts, kann dies vor dem Militärappellationsgericht geheilt werden. Soweit der Angeklagte dort Gelegenheit erhält, sich zu der im Urteil festgehaltenen Gesetzesverletzung zu äussern, was den Anklagegegenstand entsprechend eingrenzt, darf das Militärappellationsgericht dies beurteilen (E. 2b). Das Missachten eines Aufgebotes zum Militärdienst (nach Art. 84 aMStG, ab 1. Juli 2016 ausser Kraft) war u.a. subsidiär zu Art. 82 MStG, weshalb das Militärappellationsgericht zuerst diesen Tatbestand hätte prüfen müssen (E. 2c).

Art. 82 CPM, art. 84 vCPM, art. 46 cpv. 4, 148 cpv. 2, 187 cpv. 2 PPM; inosservanza di una chiamata in servizio (secondo il diritto previgente), termine legale non prorogabile per insinuare le osservazioni, mutamento della qualificazione giuridica, principio accusatorio, sanatoria del pregiudizio dinanzi al Tribunale militare d'appello (ricorso per cassazione)

Giusta l'art. 46 cpv. 4 CPM, il termine legale di 20 giorni per l'insinuazione delle osservazioni relativamente a un ricorso per cassazione non può essere prorogato (consid. 1c). L'art. 148 cpv. 2 CPM che istituisce l'obbligo d'avvertire in merito al mutamento della qualificazione giuridica non è applicabile dinanzi al Tribunale militare d'appello, il quale deve tuttavia rispettare il diritto d'essere sentito dell'accusato e il principio accusatorio. Prima di modificare la qualificazione giuridica dell'infrazione, il Tribunale militare d'appello deve concedere all'accusato la possibilità di esprimersi in merito (consid. 2a). La violazione in prima istanza dell'obbligo d'avvertire del mutamento della qualificazione giuridica può, di principio, essere sanata dinanzi al Tribunale militare d'appello. Infatti, a tale stadio della procedura l'accusato è in grado di prendere posizione in merito al reato ritenuto nell'ambito del giudizio impugnato e che delimita la causa. Il Tribunale militare d'appello ha, pertanto, il diritto di pronunciarsi su detto reato (consid. 2b). Il reato d'inosservanza di una chiamata in servizio secondo l'art. 84 CPM secondo la sua formulazione antecedente al 1° luglio 2016 non poteva dunque essere ritenuto se non in assenza del reato d'omissione del servizio ai sensi dell'art. 82 CPM. Il Tribunale militare d'appello avrebbe quindi innanzitutto dovuto esaminare l'adempimento delle condizioni per l'applicazione dell'art. 82 CPM (consid. 2c).

Il résultat du dossier :

A.

Bien qu'informé selon les procédures usuelles, A. a fait défaut aux services d'instruction des formations (SIF) 2013, 2014 et 2015. Il n'a par ailleurs pas effectué ses TO 2014, en particulier le cours de tir pour retardataires du 25 octobre 2014 à B.

Par réponse du 5 mai 2015 au questionnaire transmis par le Juge d'instruction, A. a indiqué qu'il était domicilié à l'étranger depuis 2012 et considérait donc qu'il n'était plus astreint au service. Il a par ailleurs précisé qu'il n'avait jamais reçu d'ordre de marche relatif au SIF 2013, au SIF 2014 ou au SIF 2015. Il pensait ainsi que son départ à A. en date du 6 septembre 2012 avait été pris en compte par sa compagnie. Il a néanmoins déclaré ne pas être certain d'avoir annoncé son changement d'adresse à l'autorité militaire de son canton de domicile, mais qu'il avait fait le nécessaire vis-à-vis des autorités civiles.

A. a confirmé qu'il était physiquement et psychiquement apte à entrer en service aux dates du SIF 2013, du SIF 2014 et du SIF 2015. Il a en outre déclaré qu'il n'était aucunement opposé au service militaire et se montrait positif vis-à-vis de l'obligation de servir. Il a toutefois mentionné que sa présence en Suisse aux dates du SIF 2013, du SIF 2014 et

du SIF 2015 aurait impliqué pour lui de renoncer à son emploi, puisqu'il était impossible à son employeur à A. de lui octroyer un congé de 3 semaines.

S'agissant de son matériel militaire, A. a indiqué qu'il l'avait entreposé chez sa grand-mère C., domiciliée à D. Il a expliqué qu'il n'avait pas restitué son matériel militaire suite à son départ de Suisse le 6 septembre 2012 parce que la durée prévue de son séjour à E. était initialement de 6 mois seulement. Le 2 juin 2015, la Police militaire a ainsi saisi le matériel militaire au domicile de C. à D., qui a déclaré ne pas savoir qu'elle aurait dû procéder au dépôt dudit matériel.

B.

Par acte d'accusation du 23 octobre 2015, A. a été renvoyé en jugement du chef d'accusation de refus de servir (art. 81 CPM), subsidiairement d'insoumission (art. 82 CPM), d'inobservation des prescriptions de service (art. 72 CPM) ainsi que d'abus et de dilapidation de matériel militaire (art. 73 CPM). L'acte d'accusation n'a pas été étendu lors de la procédure, en particulier au cours des débats par-devant le Tribunal militaire 1.

Par jugement du 18 mars 2016, le Tribunal militaire 1 a reconnu A. coupable d'inobservation d'une convocation au service militaire (art. 84 CPM dans sa teneur antérieure au 1^{er} juillet 2016 ; ci-après art. 84 aCPM) et d'inobservation des prescriptions de service (art. 72 CPM) et l'a condamné à une amende disciplinaire de 200 francs. Il l'a acquitté du chef d'accusation d'abus et de dilapidation de matériel militaire (art. 73 CPM).

C.

Le 22 mars 2016, l'Auditeur du Tribunal militaire 1 a interjeté appel contre ce jugement. Le dossier ne comporte pas de conclusions écrites de l'Auditeur et le procès-verbal de l'audience est muet à ce sujet. A teneur du jugement du Tribunal militaire d'appel 1 du 11 novembre 2016, l'Auditeur aurait conclu à ce que A. soit reconnu coupable d'inobservation d'une convocation au service militaire (art. 84 aCPM), d'inobservation des prescriptions de service (art. 72 CPM) et d'abus et de dilapidation de matériel (art. 73 CPM).

Par jugement du 11 novembre 2016, le Tribunal militaire d'appel 1 a annulé le jugement du Tribunal militaire 1 du 18 mars 2016 et renvoyé la cause à ce tribunal pour nouvelle décision dans le sens des considérants. En substance, le Tribunal militaire d'appel 1 a considéré que A. n'avait pas été renvoyé en jugement pour violation de l'art. 84 aCPM, infraction qui ne figurait pas dans l'acte d'accusation et pour laquelle le condamné n'avait pas eu l'occasion de se défendre pleinement en première instance, de sorte que les prescriptions de l'art. 148 al. 2 PPM, applicables en première instance, avaient été violées. La cause devait donc être renvoyée au Tribunal militaire 1, qui devait aviser A. du changement de qualification juridique et le mettre en position de se défendre du chef d'accusation d'inobservation d'une convocation au service militaire (84 aCPM).

D.

L'Auditeur du Tribunal militaire 1 s'est pourvu en cassation contre ce jugement par déclaration du 16 novembre 2016, motivant son pourvoi le 2 juin 2017. Il invoque une violation de dispositions essentielles de la procédure (art. 185 al. 1 let. c PPM), un déni de

justice matériel, subsidiairement une motivation insuffisante (art. 185 al. 1 let. e PPM), une constatation de faits essentiels du jugement en contradiction avec le résultat de l'administration des preuves (art. 185 al. 1 let. f PPM) et, enfin, des violations de la loi pénale (art. 185 al. 1 let. d PPM). Il conclut à l'annulation du jugement et au renvoi de la cause au Tribunal militaire d'appel 1 pour que celui-ci condamne A. pour insoumission (art. 82 CPM), inobservation des prescriptions de service (art. 72 CPM) et abus et dilapidation de matériel militaire (art. 73 CPM), subsidiairement pour qu'il rende un jugement statuant sur ces infractions.

Le 7 juin 2017, un délai de réponse de 20 jours a été imparti à A. pour se déterminer, conformément à l'art. 187 al. 2 PPM. A la demande du défenseur du prénommé, le Président du Tribunal militaire d'appel 1 a prolongé le délai au 27 juillet 2017, date à laquelle l'intéressé a déposé ses observations concluant au rejet du pourvoi dans la mesure de sa recevabilité. Invité à se déterminer, le Président du Tribunal militaire d'appel 1 s'est référé au jugement le 11 novembre 2016.

Considérant :

1.

a) La voie de la cassation est ouverte contre les jugements des tribunaux militaires d'appel (art. 184 al. 1 let. a PPM). Intitulée « jugement », la décision attaquée mentionne le pourvoi en cassation dans l'indication des voies de recours. Cette décision, qui renvoie la cause à l'instance précédente pour nouveau jugement, ne met pas fin à la procédure et revêt un caractère incident. Une telle décision ne peut être attaquée que si elle peut causer un préjudice irréparable. Un préjudice de cette nature a par exemple été admis dans le cadre d'un recours dans lequel la prévention d'un juge du tribunal militaire était invoquée (ATMC 10 n° 98). En l'espèce, on peut également admettre que l'Auditeur a un intérêt digne de protection à ce que les griefs soulevés soient examinés par le tribunal de céans sans devoir repasser par toutes les étapes de la procédure depuis la première instance, ce qui constituerait un exercice vain pouvant conduire en outre à un retard injustifié à statuer sur le fond (cf. ATMC 10 n° 98; ATF 143 IV 175 consid. 2.3, 126 V 244 consid. 2a par analogie). La voie du pourvoi en cassation est donc exceptionnellement ouverte contre la décision de renvoi attaquée.

b) Pour le surplus, l'Auditeur est habilité à se pourvoir en cassation (art. 186 al. 1 PPM) et le pourvoi a été formé en temps utile et dans les formes requises (art. 186 al. 2 et 187 al. 1 PPM), si bien qu'il y a lieu d'entrer en matière. Les conclusions allant au-delà de l'annulation du jugement attaqué et du renvoi à l'instance précédente, en particulier celles demandant un jugement de condamnation, sont irrecevables.

c) Les observations du défenseur de l'intimé ont été déposées le 27 juillet 2017, soit après l'échéance du délai légal de 20 jours prévue par l'art. 187 al. 2 PPM. Ce délai fixé par la loi ne peut pas être prolongé (art. 46 al. 4 PPM). Les observations de l'intimé sont dès lors tardives, de sorte qu'elles ne devraient pas être prises en considération. Cela étant, le Président de l'instance précédente a accordé une prolongation sans réserves (cf. –

bien que l'état de fait déterminant pour la décision soit différent – ATMC 14 n° 4 consid. 2b). Même si le défenseur d'office de l'intimé ne peut pas faire valoir son ignorance du droit, dès lors qu'une simple consultation de la loi aurait suffi pour constater que la demande de prolongation de délai était dépourvue de chance de succès et que l'accord donné par le Président de l'instance précédente était erroné (ATF 135 III 374 consid. 1.2.2.1 ; cf. également ATF 142 IV 299 consid. 1.2.2, 138 I 49 consid. 8.3.2), il y a lieu de renoncer en l'espèce à écarter les observations en question. Cependant, compte tenu du caractère limpide de la règle de droit concernée, de telles exceptions seront dorénavant exclues. Le délai légal doit en effet être respecté et devrait, pour une bonne administration de la justice, être imparti en même temps que la notification de la motivation écrite du jugement.

2.

L'Auditeur invoque notamment une violation de l'art. 185 al. 1 let. c et d PPM, faisant grief au Tribunal militaire d'appel d'avoir violé une disposition essentielle de la procédure ainsi que la loi pénale (art. 148 al. 2 PPM en relation avec les art. 82 CPM et 84 aCPM).

a) Conformément à l'art. 115 PPM, l'acte d'accusation dressé par l'auditeur comprend notamment la description des faits mis à la charge de l'accusé, avec leurs caractéristiques légales (let. c) ainsi que les dispositions légales réprimant ces faits (let. d). L'acte d'accusation peut être modifié ou complété jusqu'au stade des débats en première instance, le tribunal pouvant interrompre les débats à cette fin (art. 143 al. 1 PPM). L'art. 147 PPM prévoit que les faits indiqués dans l'acte d'accusation délimitent l'objet du jugement. En revanche, le tribunal n'est pas lié par la qualification juridique sur laquelle l'accusation s'est fondée (art. 148 al. 1 PPM).

Aux termes de l'art. 148 al. 2 PPM, l'accusé ne peut être condamné en vertu de dispositions pénales qui n'étaient pas portées sur l'acte d'accusation que s'il a été avisé du changement de qualification juridique et mis à même de se défendre de ce chef. Cette disposition est proche de l'art. 344 CPP, qui impose au tribunal qui entend s'écarter de l'appréciation juridique que porte le ministère public sur l'état de fait dans l'acte d'accusation d'en informer les parties présentes et de les inviter à se prononcer. L'art. 344 CPP n'est applicable que si la modification de la qualification juridique ne justifie pas de changement dans la description des faits retenus dans l'acte d'accusation (arrêt 6B_702/2013 du 26 novembre 2013 consid. 1.1). Il peut être invoqué par la juridiction d'appel (arrêts 6B_878/2014 du 21 avril 2015, 6B_702/2013 du 26 novembre 2013 consid. 1).

A la différence de l'art. 148 al. 1 PPM, l'art. 148 al. 2 PPM ne figure pas au nombre des dispositions qui s'appliquent par analogie aux débats devant le tribunal militaire d'appel (art. 181 al. 3 PPM). La jurisprudence du Tribunal militaire de cassation a déjà eu l'occasion de préciser qu'il ne s'agissait pas d'une lacune ni d'une inadvertance du législateur, mais d'une volonté de n'exiger l'avis de l'art. 148 al. 2 PPM, avec la conséquence que l'accusé peut demander un délai pour préparer sa défense, uniquement en première instance (ATMC 11 n° 17, ATMC 12 n° 10). Cette différence s'explique par le fait qu'en première instance l'objet du litige est délimité par l'acte d'accusation, alors que devant le Tribunal militaire d'appel c'est le jugement attaqué qui délimite cet objet. Cela étant, même si l'art. 148 al. 2 PPM n'est pas applicable devant le tribunal militaire d'appel, cela

ne dispense pas cette juridiction de respecter le droit d'être entendu tel qu'il découle directement de l'art. 29 Cst. Avant de modifier la qualification juridique de l'infraction, le Tribunal militaire d'appel doit donc en principe donner à l'accusé la faculté de s'expliquer, à moins qu'il ressorte explicitement du dossier que cette qualification a été examinée en première instance avant d'être exclue et que l'accusé a pu s'exprimer sur ce point (ATMC 12 n° 10 consid. 2d).

Le principe d'accusation est une composante du droit d'être entendu consacré par l'art. 29 al. 2 Cst. Il peut aussi être déduit des art. 32 al. 2 Cst. et 6 § 3 CEDH, qui n'ont à cet égard pas de portée distincte. Il implique que le prévenu sache exactement les faits qui lui sont imputés et quelles sont les peines et mesures auxquelles il est exposé, afin qu'il puisse s'expliquer et préparer efficacement sa défense. Il n'empêche toutefois pas l'autorité de jugement de s'écarter de l'état de fait ou de la qualification juridique retenus dans la décision de renvoi ou l'acte d'accusation, à condition que les droits de la défense soient respectés. Le principe est violé lorsque le juge se fonde sur un autre état de fait que celui qui figure dans l'acte d'accusation, sans que le prévenu ait eu la possibilité de s'exprimer au sujet de l'acte d'accusation complété ou modifié d'une manière suffisante et en temps utile (ATF 126 I 19 consid. 2 p. 21 ss; également ATF 133 IV 235 consid. 6.2 et 6.3 p. 245).

b) En l'occurrence, lorsqu'il a été jugé en première instance, l'accusé devait répondre des chefs d'accusation de refus de servir (art. 81 CPM), subsidiairement d'insoumission (art. 82 CPM), d'inobservation des prescriptions de service (art. 72 CPM) ainsi que d'abus et de dilapidation de matériel militaire (art. 73 CPM), mais pas d'inobservation d'une convocation au service militaire (art. 84 aCPM), infraction pour laquelle il a finalement été condamné. C'est dès lors à juste titre que le Tribunal militaire d'appel a constaté que le jugement de première instance violait l'art. 148 al. 2 PPM, disposition que l'accusé aurait d'ailleurs pu invoquer s'il avait fait appel.

Cela étant, la situation était différente au moment où le jugement attaqué a été rendu. Le Tribunal militaire d'appel retient que l'Auditeur avait conclu devant lui à ce que l'accusé soit reconnu coupable d'inobservation d'une convocation au service militaire (art. 84 aCPM). L'Auditeur conteste cette affirmation et aucun élément du dossier ne permet de l'étayer. Ce point peut cependant demeurer indécis. En effet, même en l'absence de conclusion de l'Auditeur, l'accusé n'ignorait plus devant l'instance d'appel que l'infraction de l'art. 84 aCPM pouvait entrer en considération, dès lors que le jugement de première instance avait retenu cette infraction. Il devait donc s'attendre à ce que la question soit débattue en appel et il était dès lors en position de s'exprimer à ce sujet. Par conséquent, même si l'art. 148 al. 2 PPM ne s'applique pas en procédure d'appel, le Tribunal militaire d'appel pouvait statuer sur l'infraction de l'art. 84 aCPM sans porter atteinte au droit d'être entendu de l'intimé ou au principe d'accusation, ce d'autant plus que l'état de fait ne change pas. En définitive, le manquement à l'art. 148 al. 2 PPM résultant du jugement de première instance pouvait et devait être réparé par le Tribunal militaire d'appel, qui revoit la cause librement en fait et en droit et qui n'avait aucune raison de s'abstenir de statuer sur le fond. Dès lors qu'il a omis de le faire en se prévalant à tort de l'art. 148 al. 2 PPM, il a violé cette disposition procédurale. Le pourvoi doit donc être admis sur ce point.

c) Par ailleurs, le Tribunal militaire d'appel a limité son examen de la cause à l'art. 84 aCPM, en ignorant l'infraction à l'art. 82 CPM, pourtant invoquée par l'Auditeur depuis le début de la procédure. Or, l'art. 84 aCPM est une disposition subsidiaire par rapport à l'art. 82 CPM. En effet, selon les termes clairs de l'art. 84 aCPM, l'infraction d'inobservation d'une convocation au service militaire ne peut être réalisée que si l'accusé ne commet pas une insoumission au sens de l'art. 82 CPM. Il s'imposait donc d'examiner si les conditions de l'art. 82 CPM étaient réunies avant de se pencher sur l'art. 84 aCPM. En omettant de le faire, le Tribunal militaire d'appel a violé les dispositions précitées, de sorte que le pourvoi doit être admis sur ce point également.

(880, 7 septembre 2017, Auditeur contre le Tribunal militaire d'appel 1)

15

Art. 12, Art. 20, Art. 25, Art. 41 Abs. 1, Abs. 3 MG; Art. 14 aMDV (SR 512.2; aufgehoben auf den 1.1.2018) und dazugehörigen Anhang 3; Art. 1, Art. 82 MStG; Begriff «Militärdienst», Neubeurteilung der Militärdiensttauglichkeit, Aufgebot zum Erscheinen vor der Med UCI, Legalitätsprinzip, Militärdienstversäumnis (Kassationsbeschwerde)

Militärdienst umfasst Ausbildungsdienste sowie allgemeine Pflichten ausser Dienst (E. 3a). Die Teilnahme an einem Termin der Med UCI (zwecks medizinischer Untersuchung und Beurteilung, i.c. Neubeurteilung der Militärdiensttauglichkeit) gehört weder zu den abschliessend aufgeführten Pflichten ausser Dienst noch zu den Ausbildungsdiensten (E. 3b, E. 4 ff.), insbesondere Anhang 3 zur MDV, wonach die Med UCI den Fortbildungsdiensten zugeordnet wird, findet in Art. 41 MG keine gesetzliche Grundlage (E. 5); auch liegt weder ein qualifiziertes Schweigen noch eine (richterrechtlich schliessbare) Gesetzeslücke vor (E. 7 ff.). Stellt die Teilnahme an einem Termin vor der Med UCI keinen Militärdienst nach Art. 12 MG dar, ist eine Bestrafung gestützt auf Art. 82 MStG unzulässig (E. 6 ff.).

Art. 12, art. 20, art. 25 et art. 41 al. 1, al. 3 LAAM ; art. 14 OOMi (aRS 512.21 ; abrogé au 1^{er} janvier 2018) et annexe 3 de l'OOMi ; art. 1 et art. 82 CPM ; notion de « service militaire », réévaluation de l'aptitude au service, ordre de se présenter devant la CVS, principe de la légalité, insoumission (poursuite en cassation)

Le service militaire englobe le service d'instruction ainsi que les devoirs généraux en dehors du service (consid. 3a). La participation à un examen devant la CVS (en vue d'une évaluation, respectivement de la réévaluation de l'aptitude au service) ne ressortit ni aux devoirs en dehors du service, tels qu'ils sont exhaustivement définis, ni au service d'instruction (consid. 3b et 4 ss). L'annexe 3 de l'OOMi, aux termes duquel l'examen devant la CVS est assimilé au service de perfectionnement, ne trouve pas de base légale à l'art. 41 LAAM (consid. 5). Il n'y a ni silence qualifié ni lacune dans la loi (susceptible d'être comblée par le juge; consid. 7 ss). Dès lors que la participation à un examen devant la CVS ne constitue pas un service militaire au sens de l'art. 12 LAAM, une condamnation pour insoumission au sens de l'art. 82 CPM est exclue (consid. 6 ss).

Art. 12, art. 20, art. 25 e art. 41 cpv. 1 e 3 LM; art. 14 OOPSM (vRS 512.21; abrogato al 1° gennaio 2018) e allegato 3 dell'OOPSM; art. 1 e art. 82 CPM; nozione di “servizio militare”, rievluazione dell'idoneità al servizio, ordine di presentarsi dinanzi alla CVS, principio della legalità, omissione del servizio (ricorso per cassazione)

Il servizio militare comprende il servizio d'istruzione e i doveri generali al di fuori del servizio (consid. 3a). La partecipazione a un esame medico dinanzi alla CVS (ai fini di un'evaluazione, rispettivamente d'una rievuazione dell'idoneità al servizio) non è contemplata né fra i doveri al di fuori dal servizio, questi ultimi enumerati esaustivamente, né dal servizio d'istruzione (consid. 3b e 4 segg). L'allegato 3 dell'OOPSM, secondo cui l'esame dinanzi alla CVS è assimilato a un servizio di perfezionamento, non trova base legale nell'art. 41 LM (consid. 5). Non sussiste né silenzio qualificato né lacuna nella legge (suscettibile d'essere colmata dal giudice; consid. 7 segg.). Nella misura in cui la partecipazione ad una visita dinanzi alla CVS non costituisce servizio militare ai sensi dell'art. 12 LM, una condanna per omissione del servizio è esclusa (consid. 6 segg.).

Das Militärkassationsgericht hat festgestellt:

A.

A. rückte nicht an den Termin bei der Medizinischen Untersuchungskommission für Angehörige der Armee im Ausbildungsdienst und Assistenzdienst (nachfolgend: Med UCI) vom 4. Dezember 2014, vom 19. Februar 2015 und vom 28. Mai 2015 sowie in die Nachschliesskurse vom 2. November 2013 und vom 8. November 2014 ein. Mit Urteil vom 7. November 2016 sprach das Militärgericht 7 den Angeklagten vom Vorwurf des Nichteinrückens in allen Fällen frei.

B.

Mit Urteil vom 19. Juni 2017 wies das Militärappellationsgericht 2 die am 7. November 2016 erhobene Appellation ab und bestätigte das Urteil des Militärgerichts 7. Die in einem früheren Urteil des Militärgerichts 7 vom 2. November 2013 gewährte bedingten Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu Fr. 100.-- widerrief es nicht und nahm die Kosten des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens auf die Gerichtskasse.

C.

Gegen dieses Urteil hat der Obergericht am 7. August 2017 Kassationsbeschwerde angemeldet und verlangt mit Begründung vom 25. August 2017, das Urteil des Militärappellationsgerichts 2 vom 19. Juni 2017 (MAG2 17 000142) sei zu kassieren und die Sache zur Neuurteilung an das Militärappellationsgericht 2 zurückzuweisen. A. stellte in seiner Beschwerdeantwort vom 5. September 2017 den Antrag, die Kassationsbeschwerde sei vollumfänglich abzuweisen.

Das Militärkassationsgericht hat erwogen:

2.

a) Der Beschwerdeführer macht geltend, das Militärappellationsgericht 2 habe das Aufgebot für ein Erscheinen vor einer Med UCI zu Unrecht nicht als Militärdienstleistung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 Bst. b MStG qualifiziert. Nach seiner Auffassung müsse eine

teleologische Auslegung von Art. 82 Abs. 1 Bst. b MStG unter Berücksichtigung der Verordnung vom 19. November 2003 über die Militärdienstpflicht (MDV; SR 512.21) und insbesondere von deren Anhang 3 dazu führen, dass die Med UCI als Militärdienstleistung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 Bst. b MStG zu qualifizieren sei. Ein Nichtbefolgen des entsprechenden Aufgebots beeinträchtigt offensichtlich die Einsatzfähigkeit und die Einsatzbereitschaft der Armee, weil es dabei gerade um die Feststellung der Einsatzfähigkeit des betreffenden Angehörigen der Armee gehe. Weiter führt der Beschwerdeführer aus, das Aufgebot zum Erscheinen vor einer Med UCI wie für zahlreiche andere Dienstleistungen erfolge mit einem persönlichen Marschbefehl, was auch beim Angeklagten der Fall gewesen sei. Ausserdem gehe aus dem Personalinformationssystem der Armee (PISA) hervor, dass das am 10. März 2016 wahrgenommene Aufgebot vor einer Med UCI als geleisteter und anrechenbarer Dienstag registriert worden sei. Schliesslich kritisiert der Beschwerdeführer, dass künftig auch hinter die Strafbarkeit bei Nichteintrücken zu anderen «Besonderen Dienstleistungen», wie etwa zur «Befragung bei erweiterter Sicherheitsprüfung (BSP)» oder zur «Nachrekrutierung (NIAX)», ein Fragezeichen zu setzen sei. Es bliebe dann offen, wie die Armee ihre Einsatzfähigkeit und Einsatzbereitschaft sicherzustellen hätte, wenn Marschbefehle zu solchen Dienstleistungen nicht mit strafrechtlichen Mitteln sanktioniert werden könnten.

c) In der Beschwerdeantwort vom 5. September 2017 bringt der Angeklagte vor, dass ein Termin bei einer Med UCI nicht unter den Begriff der Militärdienstleistung subsumiert werden könne, da an diesem Termin überhaupt erst abgeklärt werde, ob jemand diensttauglich sei und somit an einer Militärdienstleistung teilnehmen könne. Weiter legt er dar, der Bundesrat müsse sich beim Erlass der MDV als reine Vollziehungsverordnung an die Grundlagen von Militärstrafgesetz und Militärgesetz (MG) halten. Dort seien die Militärdienstleistungen in Art. 12 und 41–67 MG umschrieben; ebenso, dass die Med UCI keine der aufgeführten Dienstleistungen darstelle. Der Bundesrat habe daher mit seiner Formulierung von Art. 14 MDV seine Kompetenz überschritten, soweit er mehr als nur Ausbildungs- und Fortbildungsdienste erfasse und die medizinische Untersuchung und Beratung in Anhang 3 zur MDV aufführe, obwohl dies der Wortlaut von Art. 41 MG nicht hergebe. Zudem erklärt der Angeklagte, dass das Nichtbefolgen eines Aufgebots zur Med UCI die Einsatzfähigkeit und Einsatzbereitschaft der Armee nicht beeinträchtige, weil eine Person, die einem solchen Aufgebot keine Folge leiste, weiterhin als diensttauglich und einrückungs- sowie dienstleistungspflichtig gelte. Entsprechend müsse sie dem nächsten Aufgebot zu einer Militärdienstleistung wieder nachkommen. Es sei irrelevant, ob das Erscheinen vor einer Med UCI als Dienstag angerechnet werde oder nicht.

3.

a) Die Bestrafung nach Art. 82 Abs. 1 Bst. b MStG setzt unter anderem voraus, dass der Angeklagte zu einer Militärdienstleistung aufgeboten worden ist. Was eine Militärdienstleistung darstellt, lässt sich dem Wortlaut dieser Bestimmung nicht entnehmen. Es handelt sich um eine generell-abstrakte Norm, die anhand anderer Bestimmungen zu ergänzen bzw. zu präzisieren ist. Für den Begriff der Militärdienstleistung ist insbesondere auf das MG und die MDV abzustellen (vgl. MKGE 5 Nr. 118, E. 1; Hauri, Kommentar zum Militärstrafgesetz, Bern 1983, Art. 81 N 34, mit Verweis auf Art. 2 N 6 ff.; Flachsmann/Fluri/Görlisch Käser/Isenring/Wehrenberg, Tafeln zum Militärstrafrecht, 3. Aufl. Zürich 2014, Tafel 91 S. 157, FN 3). Art. 12 MG hält fest, welche Dienste ein Militärdienstpflichtiger zu absolvieren hat. Aus dieser – abschliessenden – Aufzählung ergibt sich, dass namentlich der Ausbildungsdienst (Art. 41 ff. MG) und die allgemeinen Pflichten

ausser Dienst (Art. 25 MG) unter den Begriff des Militärdienstes fallen. Der Friedensförderungsdienst, der Assistenzdienst und der Aktivdienst können hier ausser Acht gelassen werden.

b) Die Teilnahme an einer Med UCI gehört nicht zu den in Art. 25 MG abschliessend aufgeführten Pflichten ausser Dienst. Unter diesen in Ziff. 89 des Dienstreglements der Armee vom 22. Juni 1994 (DRA; 510.107.0) konkretisierten Pflichten werden obligatorische Schiessübungen (Abs. 1 und 2), militärische Meldepflichten (Abs. 3), Auslandurlaub für Angehörige der Armee, die sich lange Zeit im Ausland aufhalten wollen (Abs. 4) und Informationspflichten für die Einrückung (Abs. 5) erwähnt, nicht aber Verhaltenspflichten hinsichtlich einer medizinischen Untersuchungskontrolle oder Beurteilung.

4.

a) Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Teilnahme an einer Med UCI zu den Ausbildungsdiensten im Sinne von Art. 41 ff. MG zu zählen ist. Ausbildungsdienste umfassen laut Art. 41 Abs. 1 MG Schulen, Kurse, Übungen und Rapporte. Weiter wird die Ausbildung der Armee in die Grundausbildung (Art. 49 f. MG) und in die Ausbildungsdienste der Formationen (Art. 51 ff. MG) unterteilt. Art. 41 Abs. 3 MG gibt sodann dem Bundesrat die Kompetenz, die Ausbildungsdienste sowie deren Dauer und Unterstellung festzulegen. Art. 14 MDV hält fest, dass sich Ausbildungsdienste in Grundausbildungsdienste und Fortbildungsdienste gliedern. Zudem weist diese Bestimmung darauf hin, dass die detaillierten Bezeichnungen der Ausbildungsdienste in Anhang 3 zur MDV geregelt werden. Dieser als Tabelle gestaltete Anhang unterteilt die Ausbildungsdienste zunächst in Grundausbildungsdienste und Fortbildungsdienste. Diese Fortbildungsdienste werden weiter in Ausbildungsdienste der Formationen, Besondere Dienstleistungen und Zusatzausbildungsdienste unterteilt. Unter den «Besondere Dienstleistungen» findet sich u.a. die «Medizinische Untersuchung und Beurteilung», worunter die Med UCI fällt. Gestützt darauf könnte, so die Argumentation des Beschwerdeführers, die Teilnahme an einer Med UCI als Besondere Dienstleistung bzw. als Ausbildungsdienst im Sinne von Art. 12 i.V.m. Art. 41 MG betrachtet und deshalb als Militärdienstleistung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 lit. b MStG qualifiziert werden. Eine solche Charakterisierung trifft denn auch für bestimmte Dienste, die an besagter Stelle als «Besondere Dienstleistungen» aufgeführt werden, als Ausbildung bzw. Fortbildung der Armee zu: so beispielsweise für die Stabsübung, den Rapport oder das individuelle Training. Nicht nachvollziehbar ist jedoch, inwiefern die «Medizinische Untersuchung und Beurteilung» als «Besondere Dienstleistung» und damit als Fortbildung qualifiziert werden sollte. Eine medizinische Beurteilung dient offensichtlich weder der Aus- noch der Fortbildung der Armee, so dass die entsprechende Argumentation des Beschwerdeführers fehlerhaft ist.

b) Art. 14 MDV erwähnt als Ausbildungsdienste die Grundausbildung und die Fortbildungsdienste abschliessend. Dienstleistungen, die weder der Grund- noch der Fortbildung dienen, fallen somit nicht unter Art. 14 MDV. Die Einteilung der «Medizinischen Untersuchung und Beurteilung» als Fortbildungsdienst ist umso weniger nachvollziehbar, als dieser «Dienst» weder als Schule oder Kurs noch als Übung oder Rapport qualifiziert werden kann. In diesem Sinne wird der Begriff «Ausbildungsdienst» in Art. 41 Abs. 1 MG allerdings umschrieben bzw. definiert. Anhang 3 zur MDV geht damit jedenfalls in Bezug auf die «Medizinische Untersuchung und Beurteilung» und damit die Teilnahme an einer Med UCI, über Art. 14 MDV und Art. 41 Abs. 1 MG hinaus.

5.

a) Der Beschwerdeführer vertritt weiter die Auffassung, dass Anhang 3 zur MDV bzw. der Hinweis auf die «Medizinische Untersuchung und Beurteilung» im Rahmen einer teleologischen Auslegung des Begriffes «Militärdienstleistung» im Sinne von Art. 82 Abs. 1 Bst. b MStG dazu führen müsse, dass die Teilnahme an einer Med UCI als Militärdienstleistung zu qualifizieren sei.

b) Art. 41 Abs. 3 MG gibt dem Bundesrat einzig die Kompetenz, auf dem Verordnungsweg Ausbildungsdienste sowie deren Dauer und Unterstellung festzuschreiben. Art. 41 Abs. 3 MG ist nicht als Rechtssetzungsdelegation zu verstehen. Vielmehr räumt sie dem Bundesrat lediglich das Recht ein, eine Vollziehungsverordnung zu erlassen (vgl. hierzu auch Art. 150 Abs. 1 MG; allgemein zu den Vollziehungsverordnungen Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl. Zürich 2016, N 1859 ff.). Vollziehungsverordnungen können sich nur auf eine bestimmte Materie beziehen, die Gegenstand des zu vollziehenden Gesetzes bildet. Sie dürfen dieses somit weder aufheben noch abändern (Häfelin et al., a.a.O., N 1860). Vollziehungsverordnungen führen die durch das Gesetz bereits begründeten Verpflichtungen und Berechtigungen näher aus und passen das schon im Gesetz Bestimmte den konkreten praktischen Gegebenheiten an. Sie dürfen nur den durch das Gesetz geschaffenen Rahmen bzw. die im Gesetz gegebenen Richtlinien ausfüllen, nicht aber ergänzen. Insbesondere dürfen Vollziehungsverordnungen nicht die Rechte der Betroffenen einschränken oder ihnen neue Pflichten auferlegen (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. Zürich 2016, N 99; ferner zum Ganzen BGE 141 II 169 E. 3, 139 II 460 E. 2). Vor diesem Hintergrund ist der Bundesrat gestützt auf Art. 41 Abs. 3 MG einzig befugt, jene Dienstleistungen zu bezeichnen, die effektiv der Aus- bzw. Fortbildung dienen. Eine medizinische Untersuchung kann weder als Aus- noch als Fortbildung qualifiziert werden. Mit der Erwähnung der «Medizinischen Untersuchung und Beurteilung» in Anhang 3 zur MDV hat der Bundesrat etwas hinzugefügt, was Art. 12 MG nicht umfasst, mithin diese Bestimmung bzw. das Gesetz *ergänzt* und dadurch seine in Art. 41 Abs. 3 MG aufgeführte Kompetenz überschritten. Daraus folgt, dass auf diesen Anhang, jedenfalls soweit hier die «Medizinische Untersuchung und Beurteilung» bzw. die Teilnahme an einer Med UCI betroffen ist, nicht abgestellt werden kann (vgl. dazu im Ergebnis bzw. hinsichtlich der Methodik ähnlich BGE 103 IV 192).

6.

a) Abgesehen von hier nicht interessierenden weiteren Diensten gelten nach Art. 12 MG als Militärdienst die Ausbildungsdienste (lit. a). Diese umfassen nach Art. 41 MG Schulen, Kurse, Übungen und Rapporte. Eine ausserdienstliche medizinische Untersuchung kann – wie erwähnt – keiner dieser vier Kategorien zugeordnet werden, auch nicht mittels Auslegung. Gleiches gilt für die Einteilung in Grundausbildungsdienste und Fortbildungsdienste, die in Art. 14 MDV erwähnt wird.

b) Indem Art. 41 MG abschliessend Schulen, Kurse, Übungen und Rapporte als Ausbildungsdienste aufführt und die Teilnahme an einer Med UCI keiner dieser Dienstarten zugerechnet werden kann, fällt die Einordnung einer Teilnahme an einer Med UCI als Militärdienstleistung mit Blick auf den in Art. 1 MStG festgehaltenen Grundsatz *nulla poena sine lege stricta* (Keine Strafe ohne Gesetz) ausser Betracht. Art. 1 MStG ist verletzt,

wenn der Richter eine Verurteilung für einen Sachverhalt vornimmt, der nicht unter eine Strafbestimmung subsumiert werden kann (MKGE 3 Nr. 11). Entsprechend kann im vorliegenden Fall keine Bestrafung nach Art. 82 MStG erfolgen.

7.

Auch aus den nachfolgenden Erwägungen fehlt eine genügende gesetzliche Grundlage, um die medizinische Beurteilung nach der Rekrutierung als Militärdienstleistung qualifizieren zu können. Im konkreten Fall hat der Militärärztliche Dienst Kreis Ost, Ittingen, dem Angeklagten am 30. Oktober 2014 einen Marschbefehl zugeschickt (s. Dossier MG7 15.1231, Nr. 4 ff. und 26). Der Gesetzgeber und der Bundesrat als Verordnungsgeber haben die medizinische Beurteilung der Militärdiensttauglichkeit und der Militärdienstfähigkeit sowie dessen Verfahren in Art. 20 MG bzw. in der auf Art. 150 MG gestützten Verordnung vom 24. November 2004 über die medizinische Beurteilung der Militärdiensttauglichkeit und der Militärdienstfähigkeit (VMBM, SR 511.12) eingehend geregelt. Weder im MG noch in der VMBM wird eine medizinische Untersuchung und Beurteilung nach der Rekrutierung als Militärdienstleistung eingestuft. Art. 20 MG steht zwar im zweiten Abschnitt „Militärdienstpflicht“ des zweiten Kapitels „Inhalt der Militärdienstpflicht“ des zweiten Titels „Militärdienstpflicht“ des Militärgesetzes, definiert aber die Neubeurteilung der Tauglichkeit nicht als Militärdienst. Im Übrigen sieht auch die VMBM nicht vor, dass die medizinische Beurteilung nach der Rekrutierung einer pflichtigen Militärdienstleistung gleichkommt: Art. 6a Abs. 1 VMBM regelt, dass zu einem medizinischen Untersuchungs- und Beurteilungstag aufgeboden wird, wer nach der Rekrutierung medizinisch zu beurteilen ist. Gemäss Abs. 3 dieser Bestimmung ist die zu beurteilende Person mit dem Aufgebot bis zur medizinischen Beurteilung dispensiert; unter anderem auch vom Einrücken in einen Ausbildungsdienst, was im erwähnten Marschbefehl angemerkt wurde.

8.

Das Nichteinrücken zu einer Med UCI kann nach dem Gesagten nicht als Versäumnis einer Militärdienstleistung im Sinne von Art. 82 MStG qualifiziert werden. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass – wie der Beschwerdeführer hervorhebt – mittels Marschbefehl zur Med UCI aufgeboden und im Falle einer Teilnahme ein Dienstag angerechnet wird. Art. 6a Abs. 1 VMBM sieht ausdrücklich vor, dass zu einem medizinischen Untersuchungs- und Beurteilungstag (MUB) aufgeboden wird, wer nach der Rekrutierung medizinisch zu beurteilen ist. Das Aufgebot hat aber nicht zur Folge, dass die Untersuchung als Militärdienst zu qualifizieren ist, sofern – wie aufgezeigt – weder Gesetz noch Verordnung dies vorsehen. Auch das zweite Argument, wonach das Erscheinen des Angeklagten vor einer medizinischen Untersuchungskommission am 10. März 2016 als Dienstag angerechnet worden sei, sticht nicht. Inwiefern eine solche Anrechnung zu einer Militärdienstleistung führen würde, ist nicht ersichtlich. Für eine solche Qualifikation fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage.

9.

Schliesslich stellt sich die Frage, ob das MG die Teilnahme an einer Med UCI bewusst nicht als Militärdienstleistung erfasst, mithin ein qualifiziertes Schweigen oder eine Lücke infolge eines gesetzgeberischen Versehens vorliegt. Im 1. und 2. Abschnitt des MG über die Stellungspflicht und Rekrutierung (Art. 7–11) und über die Militärdienstpflicht (Art. 12 ff.) könnte der Schluss gezogen werden, dass die Teilnahme an einer Med UCI bei der Formulierung von Art. 7–10 MG vergessen gegangen ist und dieses Versehen mittels

Richterrecht zu füllen wäre. Angesichts des in Art. 1 MStG festgehaltenen Grundsatzes «nulla poena sine lege» ist einer Lückenfüllung durch Richterrecht grosse Vorsicht geboten. Tatsächlich gibt es einen Unterschied zwischen Stellungspflichtigen, welche verpflichtet sind, an der Orientierungsveranstaltung teilzunehmen, dort im Hinblick auf eine Diensttauglichkeitsprüfung einen medizinischen Fragebogen abzugeben und sich allenfalls untersuchen zu lassen (vgl. Art. 8 MG) und einem bereits eingeteilten, bisher als diensttauglich qualifizierten und dienstleistenden Angehörigen der Armee, der sich einer Beurteilung über die noch bestehende Diensttauglichkeit untersuchen lassen könnte. Es fehlt aber an jedem Anhaltspunkt im Gesetz, der eine Grundlage darstellen könnte, die medizinische Untersuchung als Militärdienstleistung einzustufen. Entsprechend kann auch nicht via Auslegung oder Richterrecht eine vermeintliche Lücke geschlossen und der Betroffene auf diese Weise einer Strafbarkeit zugeführt werden.

(884, 1. Dezember 2017, Obergericht gegen Militärappellationsgericht 2)

16

Art. 36 al. 4, art. 43 al. 1, art. 60c CPM ; sursis à l'exécution de la peine et amende (pourvoi en cassation)

Une amende ne peut être prononcée qu'en sus d'une peine assortie du sursis, mais non en sus d'une peine ferme (consid. 3b).

Art. 36 Abs. 4, Art. 43 Abs. 1, Art. 60c MStG; Verbindung von bedingter Strafe mit Busse (Kassationsbeschwerde)

Eine Busse kann nur mit einer bedingten Strafe verbunden werden, nicht aber mit einer unbedingten Strafe (E. 3b).

Art. 36 cpv. 4, art. 43 cpv. 1, art. 60c CPM; sospensione condizionale della pena e multa (ricorso per cassazione)

Una multa può essere inflitta unicamente oltre a una pena sospesa condizionalmente, ma non oltre a una pena senza condizionale (consid. 3b).

Considérant :

2.

L'Auditeur en chef dénonce une violation de la loi pénale au sens de l'art. 185 al. 1 let. d PPM, en faisant valoir que le Tribunal militaire 2 ne pouvait pas prononcer une amende ferme en plus d'une peine pécuniaire ferme. Il souligne que tant l'insoumission intentionnelle (art. 82 al. 1 let. b CPM) que l'inobservation des prescriptions de service intentionnelle (art. 72 al. 1 CPM) sont punies d'une peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus, que l'art. 36 al. 1 CPM règle les conditions d'octroi du sursis à l'exécution de la peine, précisant enfin que lorsqu'une peine est assortie du sursis, l'art. 36 al. 4 CPM autorise le juge à prononcer une peine pécuniaire sans sursis ou une amende au sens de l'art. 60 c CPM. L'Auditeur en chef précise qu'il ne conteste pas les faits tels qu'établis dans le jugement attaqué.

3.

a) A teneur de l'art. 43 al. 1 CPM, si, en raison d'un ou de plusieurs actes, l'auteur remplit les conditions de plusieurs peines de même genre, le juge le condamne à la peine de l'infraction la plus grave et l'augmente dans une juste proportion. Il ne peut toutefois excéder de plus de la moitié le maximum de la peine prévue pour cette infraction. Il est en

autre lié par le maximum légal du genre de la peine. Aux termes de l'art. 36 al. 4 CPM dans sa teneur jusqu'au 1er janvier 2018, le juge pouvait prononcer, en plus du sursis, une peine pécuniaire sans sursis ou une amende au sens de l'art. 60c. Depuis le 1er janvier 2018, l'art. 36 al. 4 CPM prévoit que le juge peut prononcer, en plus d'une peine avec sursis, une amende conformément à l'art. 60c.

En permettant de cumuler deux peines de genres différents même dans les cas où une peine d'ensemble doit être prononcée, l'art. 36 al. 4 CPM s'écarte en partie du régime de l'art. 43 al. 1 CPM. L'art. 36 al. 4 CPM est le pendant de l'art. 42 al. 4 CP. La ratio legis de cette disposition permettant le cumul d'une peine assortie du sursis et d'une sanction (ferme) de nature financière est notamment de faire prendre conscience au condamné de tout le sérieux de la situation (cf. FF 2012 p. 4408). Le Tribunal fédéral a précisé que, dans la combinaison des peines selon l'art. 42 al. 4 CP, la peine privative de liberté était prépondérante et que l'amende était d'importance secondaire. Celle-ci se justifie lorsque le sursis peut être octroyé, mais que, pour des motifs de prévention spéciale, une sanction ferme accompagnant la sanction avec sursis paraît mieux à même d'amener l'auteur à s'amender. Cette combinaison de peine ne doit toutefois pas conduire à une augmentation de la peine (ATF 135 IV 188 consid. 3.3 p. 189 s., 134 IV 1 consid. 4.5.2 p. 8, 134 IV 60 consid. 7.3.2 p. 75). La combinaison d'une peine ferme avec une amende n'est pas admissible (ATF 134 IV 82 consid. 7.2.7 p. 93).

b) En l'espèce, le Tribunal militaire 2 a condamné l'intimé non seulement à une peine pécuniaire ferme de 40 jours-amende à CHF 60.- (ch. 2 du dispositif du jugement attaqué), mais également à une amende immédiate de CHF 1'000.- (ch. 3 du dispositif). Cette condamnation est donc en contradiction avec le texte de l'art. 36 al. 4 CPM, aussi bien dans sa teneur antérieure au 1er janvier 2018 que dans sa teneur actuelle. Il ressort en effet très clairement de l'art. 36 al. 4 CPM qu'une amende au sens de l'art. 60c CPM ne peut être prononcée par le juge qu'en plus d'une peine avec sursis, et non pas en plus d'une peine ferme. Le cumul d'une peine ferme et d'une amende s'écarterait en outre des motifs de prévention spéciale voulus par le législateur et rappelés dans la jurisprudence précitée.

En définitive, le jugement attaqué viole la loi pénale, à savoir l'art. 36 al. 4 CPM, de sorte que le pourvoi en cassation doit être admis en application de l'art. 185 al. 1 let. d PPM.

(887, 15 mars 2018, Auditeur en chef contre le Tribunal militaire 2)

17

Art. 72 Abs. 2 MStG (i.V.m. Ziff. 297 Bst. a und c des Reglements 51.030 *Allgemeine Sicherheitsvorschriften für Einsatzübungen und Gefechtsschiessen*; Stand 1. Januar 2015); Art. 185 Abs. 1 Bst. d MStP; Nichtbefolgung von Dienstvorschriften, Sicherheitsvorschriften zum Umgang mit Petarden, insbesondere zur Simulation von Waffenwirkung im Ziel, rechtliche und tatsächliche Nova, Rückweisung infolge mangelhafter Sachverhaltsabklärung (Kassationsbeschwerde)

Die dem Militärkassationsgericht neu eingereichten Ausführungen zur rechtlichen Auslegung der einschlägigen Sicherheitsvorschriften sind als zulässige Parteibehauptung zu den Akten zu nehmen, nicht hingegen neue tatsächliche Ausführungen (E. 2). Übersicht über die relevanten Sicherheitsvorschriften zum Umgang mit Petarden, die als Markiermunition der ausschliesslichen Simulation der Waffen- bzw. Munitionswirkung im Ziel dienen (E. 3). Ziff. 297 Bst. a Regl. 51.030 verbietet nicht generell, mittels Petarden die Wirkung von Handgranaten im Ziel zu simulieren (E. 4b ff.). Es ist unzulässig, in der Kassationsbeschwerde neue Tatsachen (i.c. Balkongeländer und Ausrüstung hätten die Beübten genügend vor der Petarde geschützt) vorzutragen (E. 5b f.). Das Militärappellationsgericht hat sachverhaltlich noch abzuklären, ob die Truppe bei Zündung der Petarde gedeckt oder ungedeckt war (E. 6).

Art. 72 al. 2 CPM (en lien avec le ch. 297 let. a et c du Règlement 51.030 *Prescriptions générales de sécurité pour les exercices d'engagement et les tirs de combat*; état au 1er janvier 2015) ; Art. 185 al. 1 let. d PPM ; violation des prescriptions de service, prescriptions de sécurité concernant l'emploi de pétards, en particulier pour la simulation des effets des armes sur leur cible ; faits et moyens de droit nouveaux, renvoi en raison d'une constatation incomplète des faits (poursuite en cassation)

De nouveaux moyens de droit relatifs à l'interprétation des dispositions applicables sont admissibles devant le Tribunal militaire de cassation, au contraire des faits nouveaux (consid. 2). Aperçu des prescriptions de sécurité pertinentes concernant l'emploi de pétards uniquement destinés à simuler l'effet des armes et des munitions sur leur cible. Le ch. 297 let. a du Règlement 51.030 n'interdit pas, de manière générale, de simuler l'effet de grenades au moyen de pétards (consid. 4b ss.). Il n'est pas admissible d'invoquer des faits nouveaux dans un pourvoi en cassation (i. c. le fait que des ballustrades et l'équipement auraient protégé les participants à l'exercice des pétards employés, consid. 5b s.)). Il appartient au Tribunal militaire d'appel de déterminer si, au moment où les pétards ont été employés, la troupe était à couvert ou à découvert (consid. 6).

Art. 72 cpv. 2 CPM (in relazione alla cifra 297 let. a e c del regolamento 51.030 *Prescrizioni generali di sicurezza per gli esercizi d'impiego e i tiri di combattimento*; stato 1° gennaio 2015); art. 185 cpv. 1 let. d PPM; inosservanza di prescrizioni di

servizio, prescrizioni di sicurezza per l'utilizzo di petardi, segnatamente per la simulazione dell'effetto di armi sul bersaglio, nova di fatto e di diritto, rinvio a causa dell'accertamento lacunoso dei fatti (ricorso per cassazione)

Contrariamente alle nuove allegazioni di fatto, le nuove considerazioni inoltrate al Tribunale militare di cassazione concernenti l'interpretazione giuridica delle prescrizioni di sicurezza sono lecite affermazioni di parte da acquisire agl'atti (consid. 2). Panoramica sulle rilevanti prescrizioni di sicurezza concernenti l'utilizzo di petardi quale munizione marcante al fine della sola simulazione dell'effetto prodotto da armi e munizioni sul bersaglio (consid. 3). La cifra 297 let. a regl 51.030 non vieta in modo generale la simulazione dell'effetto prodotto da granate a mano sul bersaglio (consid. 4b segg.). La presentazione di fatti nuovi nell'ambito di un ricorso per cassazione è inammissibile (nello specifico il fatto che la ringhiera del balcone e l'equipaggiamento sarebbero stati idonei a proteggere sufficientemente i partecipanti all'esercizio dai petardi, consid. 5b seg.). Il Tribunale militare d'appello dovrà chiarire se la truppa si trovava, o meno, al coperto al momento dell'accensione del petardo (circostanza di fatto).

Das Militärkassationsgericht hat festgestellt:

A.

A. absolvierte in der Rekrutenschule den praktischen Dienst als Zugführer. Am 13. Mai 2014 fand auf dem Schiessplatz B. unter seiner Leitung eine Gefechtsübung im Bereich «Gebäudedurchsuchung bis Stufe Gruppe» mit dem Thema «Eindringen in den ersten Raum» statt. Seiner Ansicht nach hatten sich nach dem Eindringen zu viele Soldaten im gleichen Raum befunden. Zudem seien zwei Soldaten zu lange auf dem Balkon stehen geblieben, statt sich ebenfalls in das Haus zu begeben. A. brach daraufhin die Übung ab und wollte sodann mit einer Knallpetarde (mit der Bezeichnung 594-7857) die möglichen Folgen des festgestellten Fehlverhaltens demonstrieren. Er befahl die Truppe in die Lage zum Zeitpunkt des Übungsabbruchs, das Montieren des Gehörschutzes und begab sich auf eine Terrasse im ersten Stock des Gebäudes, um von dort die Knallpetarde hinunter zu werfen.

Unter den Beübten befand sich C. Dieser hielt sich im fraglichen Zeitpunkt auf dem fraglichen Balkon im Erdgeschoss des Gebäudes auf. Er gab seinem Gruppenführer D. ein Zeichen, dass er bereit sei, obwohl er den rechten Gehörschutzpfropfen noch nicht fertig montiert hatte. Nachdem er von den Gruppenführern das Signal der Bereitschaft erhalten hatte, warf A. die besagte Knallpetarde vom ersten Stock hinunter. Diese explodierte unmittelbar vor dem Balkon des Gebäudes im Erdgeschoss mit einem Abstand von 2,45 Meter zum rechten Ohr und 2,43 zum linken Ohr von A.

B.

Mit Urteil vom 12. Dezember 2016 sprach das Militärgericht 7 A. von den Vorwürfen der einfachen Körperverletzung (Art. 122 MStG), der fahrlässigen Körperverletzung (Art. 124 MStG) und der Nichtbefolgung von Dienstvorschriften (Art. 72 Abs. 1 MStG i.V.m. Ziff. 297 Bst. a und c Regl. 51.030 Allgemeine Sicherheitsvorschriften für Einsatzübungen und

Gefechtsschiessen; Stand vom 01.01.2015; nachfolgend Regl. 51.030) frei. Das Militärgericht 7 sprach ihn auch betreffend den Vorwurf der fahrlässigen Nichtbefolgung von Dienstvorschriften i.S.v. Art. 72 Abs. 2 MStG frei, allerdings unter Annahme eines leichten Falls (Art. 72 Abs. 3 MStG). Es bestrafte A. mit einer Disziplinarbusse von Fr. 500.--.

C.

Auf Appellation des Auditors hin bestätigte das Militärappellationsgericht 2 am 28. August 2017 die Freisprüche betreffend die Vorwürfe der einfachen Körperverletzung, der fahrlässigen Körperverletzung und der Nichtbefolgung von Dienstvorschriften, sprach A. dagegen der fahrlässigen Nichtbefolgung von Dienstvorschriften i.S.v. Art. 72 Abs. 2 i.V.m. Ziff. 297 Bst. a und c Regl. 51.030 unter Verneinung eines leichten Falls schuldig.

Es bestrafte A. mit einer Busse von Fr. 1'000.--, ordnete eine Ersatzfreiheitsstrafe von zehn Tagen im Falle der schuldhaften Nichtbezahlung der Busse an, auferlegte dem Verurteilten die Gerichtskosten und beauftragte den Kanton E. mit dem Vollzug des Urteils.

D.

Gegen dieses Urteil erhoben A. am 29. August 2017 und der Auditor am 31. August 2017 Kassationsbeschwerde. Letzterer zog seine Beschwerde indes mit Schreiben vom 25. Januar 2018 zurück.

A. beantragt in seiner Beschwerdebegründung vom 29. Januar 2018 die Aufhebung der Dispositiv-Ziffern 2 bis 6 des angefochtenen Entscheids, verbunden mit der Rückweisung der Sache zur Neuurteilung an das Militärappellationsgericht 2. Der Auditor hat sich am 20. Februar 2018 vernehmen lassen. Der Präsident Militärappellationsgericht 2 verzichtete auf die Ausfertigung eines Berichts i.S.v. Art. 187 Abs. 2 MStP.

Das Militärkassationsgericht hat erwogen:

1.

Gemäss Art. 3 Abs. 1 Ziff. 1 MStG ist das Militärstrafrecht auf das zu beurteilende Verhalten des Angeklagten anwendbar. Der Angeklagte untersteht daher gemäss Art. 218 Abs. 1 MStG der Militärgerichtsbarkeit. Gegen Urteile der Militärappellationsgerichte ist die Kassationsbeschwerde zulässig (Art. 184 Abs. 1 Bst. a; 185 Abs. 1 Bst. d; 186 Abs. 1 und 2 sowie 187 Abs. 1 MStP); darauf ist einzutreten.

Bei Kassationsbeschwerden, die sich wie hier auf Art. 185 Abs. 1 Bst. d MStP stützen, ist das Militärkassationsgericht nicht an die Beschwerdebegründung gebunden (Art. 189 Abs. 4 MStP).

2.

Der Verteidiger hat mit seiner Beschwerde ein an F. vom Kommando Ausbildung, Ausbildungszentrum der Armee, gerichtetes Schreiben vom 22. Januar 2018 und einen daran

anschliessenden E-Mail-Austausch eingereicht. Soweit diese Schreiben Ausführungen zu den tatsächlichen Verhältnissen enthalten, die vom festgestellten Sachverhalt abweichen, bleiben sie unbeachtlich. Demgegenüber haben die rechtlichen Ausführungen, namentlich zur Auslegung der Sicherheitsvorschriften, den Charakter eines Privatgutachtens und damit einer zulässigen Parteibehauptung. Dem Antrag des Auditors, die Beilagen aus den Akten zu weisen, wird daher lediglich im dargelegten Umfang entsprochen.

3.

a) Die Sicherheitsvorschriften dienen der Verhütung von Personen-, Tier-, Sach- und Umweltschäden (Ziff. 10 Regl. 51.030). Bei Personen steht die körperliche Integrität auf dem Spiel; sie beschlägt auch und insbesondere die Sinnesorgane, namentlich das Gehör. Sicherheitsvorschriften gelten gegenüber der *ungeschützten Truppe* und *unbeteiligten Personen*. Die einzelnen Vorgaben stehen jeweils in Abhängigkeit zur Bedrohung, die von der Art und Verwendung von Waffen und Munition ausgeht. Als *gedeckt* bzw. *geschützt* gilt, «wer hinter widerstandsfähigen Mauern, Böschungen, Felsen oder in Unterständen bzw. in gepanzerten Fahrzeugen mit geschlossenen Luken gegen direkt fliegende Splitter, Geschossteile und weggeschleuderte Materialien geschützt ist» (Ziff. 224 Regl. 51.030). Für die Beurteilung der Deckung spielen Deckungshöhe und Einschlagsort des Geschosses bzw. Detonationsort der Ladung eine wesentliche Rolle (a.a.O.).

b) Gegenüber ungeschützten Personen wird den entsprechenden Gefahren in der Regel mit Abstands- und/oder mit besonderen Schutzvorschriften (z.B. Tragen von Schutz-/Kampfbrillen) begegnet. Mit Bezug auf das Gehör gilt der Grundsatz, dass bei der Verwendung von Munition der Munitionshauptgruppen von allen Personen in der näheren und weiteren Umgebung ausschliesslich Gehörschutzgeräte der persönlichen Ausrüstung (Gehörschutzpfropfen 86 und/oder Gehörschutzschalen 86) zu tragen sind (Ziff. 146 Regl. 51.030). Dies betrifft u.a. die Munitionshauptgruppen mit den Kennziffern 590 (Sport- und Spezialmunition), 591 (Kampfmunition), 592 (Übungsmunition), 593 (Hilfsmunition) und 594 (Markiermunition). Im Einzelfall werden auch Distanzangaben gemacht für Personen *ohne* Gehörschutz, so etwa bei Irritationskörpern (vgl. Ziff. 73 Regl. 53.104 Handwurfmunition mit Kipphebelzünder; Stand vom 01.01.2016). Ebenso ist eine Sicherheitsdistanz beim Einsatz der HG 85 und der EUHG 11 für die ungedeckte Truppe einzuhalten (Ziff. 43 Regl. 53.104).

c) Petarden gehören zur Munitionshauptgruppe 594 und damit zur Kategorie der Markiermunition (vgl. Anhang 3 Regl. 51.030). Sie dienen ausschliesslich der Simulation der Waffen- bzw. Munitionswirkung im Ziel (Ziff. 294 Regl. 51.030). Petarden sind mit Blitz-, Leucht-, Heul-, Knall- oder Rauchladungen bzw. einer Kombination derselben ausgerüstet (Ziff. 295 Regl. 51.030). Petarden können namentlich für die Animation einer Übung eingesetzt werden (Kapitel 5.4.2 Regl. 51.046 Methodik der Verbandsausbildung bis Stufe Einheit). Für deren Verwendung gelten die nachfolgend dargestellten besonderen Sicherheitsvorschriften (Ziff. 297 Regl. 51.030), die auf der zentralen Grundregel fussen, dass Markiermunition nicht gleichzeitig mit scharfer Munition verwendet werden darf (Ziff. 8 Bst. a und b Regl. 51.030). Eine entsprechende Bestimmung findet sich auch in Ziff. 4. Bst. a des Munitionsbefehls vom 1. März 2007.

d) Gemäss Ziff. 297 Regl. 51.030 ist es verboten, Petarden anstelle von bzw. wie Handgranaten, Explosiv-Übungsgranaten, Markierhandgranaten oder Irritationskörper zu verwenden (Bst. a). Ebenso verboten ist, Petarden in geschlossenen Räumen oder in weniger als 30 m Entfernung von Personen, Tieren, Fahrzeugen, Flugzeugen oder Gebäuden zur Funktion zu bringen (Bst. c). Eine Beschreibung der Verwendung der genannten Granaten bzw. Irritationskörper findet sich im Regl. 53.104 Handwurfmunition mit Kipphebelzünder. Danach wird zwischen defensiven Handgranaten (HG 85), offensiven Handgranaten (EUHG 11), Irritationskörpern, Nebelkörpern und Markier-Handgranaten (Mark HG 85) unterschieden (vgl. S. IV des Reglements). Die HG 85 dient primär der Bekämpfung eines in Deckung gegangenen Gegners. Da der Spliterradius grösser ist als die Wurfreichweite des Werfers, wird die Handgranate in der Regel *aus* einer Deckung *in* eine Deckung geworfen. Demgegenüber wird die EUHG 11 primär in Angriffsaktionen eingesetzt. Auch hier gilt: Da der Spliterradius grösser ist als die Wurfreichweite des Werfers, wird die Handgranate in der Regel *aus* einer Deckung geworfen. Zudem ersetzt die EUHG 11 im Ausbildungsdienst die HG 85 (Ziff. 5 Regl. 53.104). Mit der Mark HG 85 werden Handhabung und Einsatz der HG 85 und EUHG 11 geschult (Ziff. 8 Regl. 53.104).

4.

a) Der Angeklagte hat mit der Verwendung der Knallpetarde demonstrieren wollen, welcher Gefahr sich Personen aussetzen, die im Begriff sind, ein Gebäude zu durchsuchen, wenn sie sich massiert und/oder zu lange am gleichen Ort vor dem zu durchsuchenden Gebäude aufhalten. Dabei wollte er zeigen, wie leicht es einem Gegner möglich wäre, mit einer Handgranate grossen Schaden anzurichten. Der Angeklagte hat die Petarde (aus gegnerischer Sicht) wie eine defensive Handgranate eingesetzt. Freilich stellen sich der Aspekt des verbotenen «Verwenden wie» (Ziff. 297 Bst. a Regl. 51.030) und jener der erlaubten «Simulation der Waffen- bzw. Munitionswirkung im Ziel» (Ziff. 294 Regl. 51.030) in tatbeständlicher Hinsicht deckungsgleich dar. Mit anderen Worten hat der Angeklagte die Petarde so geworfen, *wie* ein Gegner eine Handgranate geworfen hätte. Es ging ihm aber unbestrittenermassen darum, die hypothetische Handgranatenwirkung im Ziel – mithin dort, wo sich zu viele Personen zulange aufgehalten hatten – zu simulieren.

b) Damit stellt sich die Frage, ob Ziff. 297 Bst. a Regl. 51.030 generell verbietet, unter Verwendung von Petarden die Wirkung von Handgranaten im Ziel zu simulieren, wie dies das Militärappellationsgericht 2 und der Auditor annehmen. Dies ist abzulehnen. Sinn und Zweck dieser Bestimmung gebietet, dass Petarden nicht anstelle von, d.h. nicht als Ersatz für Handgranaten und dergleichen in der Ausbildung verwendet werden dürfen, also beispielsweise in Gefechtsschiessen, in denen thematisch der (offensive oder defensive) Einsatz von Handgranaten vorgesehen ist. Sinn und Zweck von Ziff. 297 Bst. a Regl. 51.030 verdeutlicht sich bei Betrachtung von Bst. c derselben Bestimmung. Danach ist es verboten, Petarden in geschlossenen Räumen oder in weniger als 30 m Entfernung von Personen, Tieren, Fahrzeugen, Flugzeugen oder Gebäuden zur Funktion zu bringen. Wird eine Petarde zur Funktion gebracht, droht eine Gefahr für das Gehör und durch herumfliegendes Material. Im vorliegenden Sachzusammenhang geht es um das Verbot, Petarden in weniger als 30 m Entfernung von Personen zur Funktion zu bringen. Diese Distanzvorgabe gilt – wie alle übrigen Sicherheitsbestimmungen der Armee – auch ohne ausdrückliche textliche Erwähnung gegenüber *ungeschützten* Truppen und *unbeteiligten* Personen. Wenn dem nicht so wäre, könnten Petarden in aller Regel überhaupt nicht zum Einsatz kommen, zumal es nicht einsichtig ist, wie die Person, welche die Petarde zur Funktion bringt, selber 30 m Abstand von dieser halten könnte.

c) Damit ist die Auffassung des Militärappellationsgerichts 2, wonach Ziff. 297 Bst. a Regl. 51.030 generell verbiete, mit Petarden die Wirkung einer Handgranate im Ziel zu simulieren, zu verwerfen. Es trifft denn auch nicht zu, dass diesfalls keine Sachverhaltsvarianten mehr vorstellbar seien, wie Petarden unerlaubterweise «anstelle von oder wie» Handgranaten, Explosiv-Übungshandgranaten, Markierhandgranaten oder Irritationskörper verwendet werden könnten (vgl. oben E. 4.b). Der Angeklagte hat diese Sicherheitsbestimmungen entsprechend nicht verletzt.

d) Dasselbe Ergebnis ergibt sich im Übrigen aus der am 01.10.2018 in Kraft tretenden Neufassung des Reglements 51.030. Die dortige Bst. a verbietet «Petarden anstelle von bzw. wie Handwurf-Munition zu verwenden». Ziff. 227 Bst. c präzisiert neu nun die Gültigkeit der Vorschrift über den Sicherheitsabstand gegenüber *ungedeckten* Personen und erwähnt die Anforderungen gegenüber *gedeckten* Personen. Demnach ist es verboten, «Petarden in geschlossenen Räumen oder in weniger als 30 m Entfernung von ungedeckten Personen oder Tieren, Fahrzeugen, Flugzeugen und Gebäuden zur Funktion zu bringen. Personen in Deckung benötigen minimal Gehörschutzpfropfen».

5.

a) Nach den in den vorinstanzlichen Verfahren unbestritten gebliebenen Feststellungen, droht bei einer einmaligen Petardenexplosion innerhalb von acht Stunden gegenüber einer Person, die sich ca. 2,5 m vom Explosionsort aufhält und Gehörschutzpfropfen 86 verwendet, kein Gehörschaden. Ist diese Person mit der Gehörschutzschale 86 ausgerüstet, wären vier Petardenexplosionen zulässig, ohne dass Gehörschäden eintreten würden (vgl. Urteil Militärappellationsgericht 2, E. IV/2.3). Mit anderen Worten ist das Gehör eines Armeeeingehörigen geschützt, selbst wenn er sich weniger als 30 m von einer Petardenexplosion aufhält, sofern er Gehörschutzpfropfen 86 oder Gehörschutzschalen 86 verwendet. Dies hält, wie erwähnt, nun auch Ziff. 227 Bst. c 51.030 in der Neufassung ab 01.10.2018 fest. Ebenso unbestritten ist die Feststellung geblieben, dass die (einmalige) Detonation einer Knallpetarde ab einer Distanz von 30 m keine Gefahr für das Gehör von Personen ohne Gehörschutz darstellt (act. 4061, wonach Personen ohne Gehörschutz innerhalb von 8 Stunden bis zu viermal einer solchen Detonation ausgesetzt werden können).

b) In Bezug auf die Verletzungsgefahr, die von herumfliegendem Material ausgeht, kann davon ausgegangen werden, dass die an der Übung teilnehmenden Armeeeingehörigen komplett ausgerüstet waren, das Balkongeländer mit Holzplatten versehen war, A. auf dem Balkon kniete und entsprechend geschützt war. Es trifft zwar zu, dass weder das Militärgericht 7 noch das Militärappellationsgericht 2 ausdrücklich festgestellt haben, dass der Balkon im Erdgeschoss mit einem hölzernen Balkongeländer versehen war und A. dahinter gekauert oder gekniet hat. Ebenso ist es unzulässig, in der Kassationsbeschwerde neue Tatsachen vorzutragen (MKGE 11 Nr. 85 E. 1). Indessen sind Tatsachen, die sich aus den vorinstanzlichen Akten ergeben, nicht neu (vgl. BGE 136 V 362 E. 3.3.1) und daher zulässig. Vorliegend ergeben sich diese Tatsachen aus dem Augenscheinprotokoll (act. 2008 und 2010 der Untersuchungsakten sowie aus act. 4051), weshalb das Militärkassationsgericht auf diese geltend gemachten Umstände abstellen kann.

c) Hingegen neu und vorliegend unbeachtlich ist die Behauptung, das Balkongeländer bzw. die Ausrüstung der an der Übung beteiligten Truppe habe genügenden *Schutz* gegenüber der Petarde an sich dargestellt. In der ersten Befragung hat der Angeklagte zwar noch ausgesagt: «direkt vor der Petarde war das Balkongeländer aus Holz. Ich erachtete es als Deckung». Er hat dieses Argument indes nicht in das gerichtliche Hauptverfahren des Militärgerichts 7 bzw. Militärappellationsgerichts 2 übernommen. Aus den Akten ergibt sich lediglich, dass die vertikalen Holzlatten des Geländers nicht aneinandergefügt sind und die Abschränkung nicht geschlossen ist.

6.

a) Mit Bezug auf die Einhaltung von Sicherheitsvorschriften gelten folgende Verantwortlichkeiten: Sie beginnen mit dem Kommandanten, der den Übungsleiter bestimmt. Jener hat sich davon zu überzeugen, dass dieser über die entsprechende Ausbildung verfügt und die entscheidenden Sicherheitsvorschriften kennt (Ziff. 12 Regl. 51.030). Bei der Vorbereitung von Übungen hat sich der Übungsleiter frühzeitig über die relevanten Sicherheitsvorschriften zu informieren (Ziff. 174 Regl. 51.030). Er ist dafür verantwortlich, dass die Anlage und Durchführung der Übung den Sicherheitsvorschriften sowie den Schiessplatzbefehlen und deren Auflagen entspricht (Ziff. 18 Regl. 51.030). Ausserdem stellt der Übungsleiter im Rahmen der Vorbereitungen für Übungen sicher, dass die Truppe die Sicherheitsvorschriften kennt (Ziff. 20 Regl. 51.030). Schliesslich ist jede Person, die eine Waffe, Munition oder einen Simulator bzw. Laser einsetzt, für die Sicherheit des Einsatzes verantwortlich (Ziff. 30 Regl. 51.030).

b) Für Petarden gelten mit Ausnahmen der dargelegten Vorschriften über die gleichzeitige Verwendung von Munitionshauptgruppen, wonach Markiermunition nicht gleichzeitig mit scharfer Munition verwendet werden darf (Ziff. 8 Bst. a und b Regl. 51.030; Ziff. 4. Bst. a des Munitionsbefehls vom 1. März 2007), des Verbotes der Verwendung in geschlossenen Räumen und des einzuhaltenden Sicherheitsabstandes von 30 m bei ungeschützten Truppen (Ziff. 297 Bst. c Regl. 51.030) sowie der Pflicht, bei der Verwendung von Munition der Munitionshauptgruppe 594 Gehörschutzpfropfen 86 und/oder Gehörschutzschalen 86 zu tragen, keine weiteren Sicherheitsvorschriften. So gibt es namentlich keine Mindestabstandsvorschriften für Personen, die den vorgesehenen Gehörschutz tragen. Ebenso existieren keine weiteren Sicherheitsvorschriften im Zusammenhang mit der Handhabung der in Frage stehenden Petarden. Sie gelten – wie Kampfmunition, Übungsmunition und Hilfsmunition, aber beispielsweise im Gegensatz zur Manipulierungsmunition zwar als gefährlich (vgl. Anhang 3 Regl. 51.030). Deren Handhabung ist aber so einfach, dass diese von einem erfahrenen Wehrmann vorgezeigt und die Petarden anschliessend von den anderen Armeeangehörigen ohne weitere Ausbildung eingesetzt werden können. Dies ist auch ohne weiteres einsichtig, sind Petarden doch letztlich mit mehr oder weniger frei erhältlichen zivilen Feuerwerkskörpern vergleichbar. Vor diesem Hintergrund kann dem Angeklagten keine mangelhafte Ausbildung an der Handhabung von Petarden vorgeworfen werden.

Nach Ziff. 223 der am 01.10.2018 in Kraft tretenden Neufassung des Reglements 51.030 sind Angehörige der Armee nun entgegen der bisherigen Rechtslage neu vorgängig in der Handhabung auszubilden und mit den Sicherheitsvorschriften vertraut zu machen.

c) Eine allfällige Strafbarkeit des Angeklagten hängt damit von der Sachverhaltsfeststellung ab, ob die Truppe des Angeklagten im Zeitpunkt der Petardenzündung als ungedeckt zu gelten hatte. Andernfalls hätte mutmasslich ein Freispruch zu erfolgen. Die Vorinstanz wird dieser noch offenen Frage die notwendige Aufmerksamkeit zukommen lassen.

7.

Die Kassationsbeschwerde ist gutzuheissen. Das Urteil des Militärappellationsgerichts 2 vom 28. August 2017 ist aufzuheben und die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Verfahrenskosten gehen zu Lasten der Eidgenossenschaft.

(889, 1. Juni 2018, Obergericht gegen Militärappellationsgericht 2)

18

Art. 90 Abs. 1 (i.V.m. Art. 32 Abs. 1) SVG; Art. 43 Abs. 1 und 2, Art. 180 Abs. 2 Bst. b, Art. 182 Abs. 4, Art. 188 Bst. a MStG; Disziplinarbusse, retrospektive Konkurrenz, Lückenfüllung: Strafraumen für Gesamtstrafe bei Zusatzstrafen (Kassationsbeschwerde)

Verhältnis des Allgemeinen Teils MStG zur Disziplinarstraftordnung (E. 3a). Lückenfüllung bei retrospektiver Konkurrenz: Das Militärappellationsgericht darf eine bereits rechtskräftige Disziplinarbusse (i.c. wegen eines leichten Falls von Missbrauch und Verschleuderung von Material) angesichts einer disziplinarisch zu ahndenden Verkehrsregelverletzung (als Zusatzstrafe) erhöhen (E. 3b). Die Gesamtstrafe darf bei Hinzurechnung der Zusatzstrafe das gesetzliche Höchstmass der Straftart nicht überschreiten (E. 4b).

Art. 90 al. 1 (cum art. 32 al. 1) LCR ; art. 43 al. 1 et 2, art. 180 al. 2 let. b, art. 182 al. 4, art. 188 let. a CPM ; amende disciplinaire, concours rétrospectif, comblement d'une lacune : cadre légal pour la peine d'ensemble en cas de peine complémentaire (poursuite en cassation)

Relation entre la partie générale du CPM et le droit disciplinaire (consid. 3a). Comblement d'une lacune en matière de concours rétrospectif : le Tribunal militaire d'appel doit augmenter l'amende disciplinaire entrée en force (i. c. pour un abus et dilapidation du matériel de peu de gravité) compte tenu de la violation des règles de la circulation routière punie disciplinairement (peine complémentaire; consid. 3b). La peine d'ensemble ne doit pas, par l'ajout de la peine complémentaire, dépasser le maximum légal de la peine concernée (consid. 4b).

Art. 90 cpv. 1 (in combinato disposto con l'art. 32 cpv. 1) LCStr; art. 43 cpv. 1 e 2, art. 180 cpv. 2 let. b, art. 182 cpv. 4, art. 188 let. a CPM; art. 185 cpv. 1 let. d PPM; multa disciplinare, concorrenza retrospettiva, colmare le lacune: quadro legale per la pena unica in presenza di pene complementari (ricorso per cassazione)

Rapporto fra la parte generale del CPM e il diritto disciplinare penale (consid. 3a). Colmare le lacune in presenza di concorrenza retrospettiva: il Tribunale militare d'appello può aumentare una multa disciplinare già cresciuta in giudicato (nello specifico un caso poco grave d'abuso e sperpero di materiali) in considerazione della presenza (quale pena complementare) di una violazione del codice stradale punibile in via disciplinare (consid. 3b). La pena unica aumentata della pena complementare non deve oltrepassare il massimo legale del genere di pena (consid. 4b).

Das Militärkassationsgericht hat erwogen:

2.

Der Sachverhalt und seine rechtliche Würdigung sind unbestritten. Die vorliegende Kassationsbeschwerde richtet sich ausschliesslich gegen die von der Vorinstanz verhängte Disziplinarbusse von insgesamt Fr. 700.-- (rechtskräftige Disziplinarbusse von Fr. 500.-- zuzüglich neu ausgesprochener Disziplinarbusse von Fr. 200.--). Der Beschwerdeführer rügt dabei eine Verletzung von Art. 188 Bst. a MStG betreffend Höhe der Disziplinarbusse und von Art. 43 MStG (Konkurrenz verschiedener Tathandlungen). In der Literatur werde die Meinung vertreten, dass die Regeln des allgemeinen Teils des Militärstrafrechts auch im Disziplinarstrafrecht anwendbar seien, soweit die Disziplinarstrafordnung nicht spezielle Regeln aufstelle. Solche Regeln bestünden dort in Art. 182 MStG betreffend die Strafzumessung, womit Art. 41–46b MStG und folglich auch Art. 43 MStG grundsätzlich nicht zur Anwendung kämen. Diesfalls könne offen bleiben, ob mit einer Disziplinarbusse von Fr. 750.-- (recte: Fr. 700.--) vorliegend nicht auch das gesetzliche Höchstmass für diese Straftat überschritten werde.

3.

a) Zum Verhältnis des ersten Teils des ersten Buches des MStG (Allgemeine Bestimmungen) zur Disziplinarstrafordnung (zweites Buch des MStG) hat das Militärkassationsgericht in einem Grundsatzentscheid (MKGE 9 Nr. 26) Stellung genommen. Demnach finden die Allgemeinen Bestimmungen des Militärstrafrechts auf das Disziplinarstrafrecht keine direkte Anwendung. Das Militärkassationsgericht hielt in seinem Grundsatzentscheid aber ausserdem fest, dass es im Einzelfall nicht nur zulässig, sondern durchaus geboten sein kann, einzelne Regeln des allgemeinen Teils auch im Bereich des – lückenhaft geordneten – Disziplinarrechts anzuwenden (MKGE, a.a.O., E. 3). Beispielhaft werden vom Militärkassationsgericht die analoge Anwendung von aArt. 52 MStG betreffend Fristbeginn bei der Verfolgungsverjährung und aArt. 49 Ziff. 1 Abs. 1 MStG für die Bildung einer Gesamtstrafe bei gleichzeitig zu ahndenden Disziplinarfehlern angeführt (heute in Art. 43 Abs. 1bis MStG geregelt).

b) Mit der Totalrevision der Disziplinarstrafordnung wurde das Asperationsprinzip auch im Disziplinarstrafrecht ausdrücklich verankert: Hat der Fehlbare mehrere Disziplinarfehler begangen, werden sie mit einer einzigen Gesamtstrafe geahndet (Art. 182 Abs. 4 MStG). Andere Fragen im Zusammenhang mit Konkurrenzen regelt das Disziplinarstrafrecht dagegen nach wie vor nicht. Dazu gehört insbesondere auch der vorliegend zu beurteilende Fall der retrospektiven Konkurrenz. Der Rechtsprechung des Militärkassationsgerichts folgend, ist diese Lücke in analoger Anwendung von Art. 43 Abs. 2 MStG der Allgemeinen Strafbestimmungen zu füllen. Der Fehlbare, der mehrere Disziplinarfehler begangen hat, soll nach dem Prinzip der retrospektiven Konkurrenz im Sinne einer einheitlichen Strafschärfung beurteilt werden, unabhängig davon, ob die Verfahren getrennt durchgeführt werden oder nicht. Somit ist das Vorgehen des Militärappellationsgerichts 2, für die disziplinarisch zu ahndende Verletzung der Verkehrsregeln die bereits rechtskräftige Disziplinarbusse wegen eines leichten Falls von Missbrauch und Verschleudern von Material zu erhöhen, im Grundsatz nicht zu beanstanden. Formell würde es sich dabei um eine Zusatzstrafe handeln (vgl. Art. 43 Abs. 2 MStG).

4.

a) Gemäss Art. 188 Bst. a MStG beträgt die Disziplinarbusse für im Dienst begangene Disziplinarfehler höchstens Fr. 500.--. Mit der von der Vorinstanz ausgesprochenen Busse von Fr. 200.-- für einen leichten Fall der einfachen Verkehrsregelverletzung erhöht sich die Gesamtstrafe für die vom Angeklagten begangenen Disziplinarfehler auf Fr. 700.--, wovon Fr. 500.-- die rechtskräftige Verurteilung des Militärgerichts 6 wegen eines leichten Falls des Missbrauchs und der Verschleuderung von Material betreffen.

b) Die Disziplinarstrafordnung regelt – wie erwähnt – nicht, wie im Falle der retrospektiven Konkurrenz die Gesamtstrafe zu bilden ist. Eine analoge Anwendung strafrechtlicher Bestimmungen ist vor dem Hintergrund des Bestimmtheitsgebots (*nulla poena sine lege*) zwar grundsätzlich problematisch. Wie das Militärkassationsgericht im erwähnten Grundsatzentscheid aber festgehalten hat (vgl. MKGE, a.a.O., E. 4), bestehen in diesem Zusammenhang keine Bedenken, wenn – wie hier – gemäss Art. 43 Abs. 1 Satz 3 MStG zu Gunsten des Angeklagten nicht für jede einzelne Tat eine besondere Strafe ausgesprochen, sondern nur die für die schwerste Tat auszusprechende Strafe angemessen erhöht wird. Dabei darf der Inhaber der Disziplinargewalt das gesetzliche Höchstmass der Strafart jedoch nicht überschreiten (Art. 43 Abs. 1 letzter Satz MStG). Mit der vom Militärgericht 6 verhängten Disziplinarbusse von Fr. 500.-- hat dieses den ordentlichen Strafrahmen, aber auch das Höchstmass der Strafart von Fr. 500.--, bereits vollständig ausgeschöpft. Für eine Zusatzstrafe in Form einer Disziplinarbusse von Fr. 200.-- bestand für das Militärappellationsgericht 2 daher kein Raum mehr. Indem es diese Strafe trotzdem ausfällte, verletzte es das Strafgesetz im Sinne von Art. 185 Abs. 1 Bst. d MStP.

(891, 1. Juni 2018, Obergericht gegen Militärappellationsgericht 2)

19

Art. 73 ch.1 CPM ; abus et dilapidation du matériel militaire (par négligence, manquement grave) ; devoir de prudence concernant le dépôt du fusil d'assaut (poursuite en cassation)

Le militaire qui, à la suite d'un tir d'Abbeye, dépose son fusil d'assaut sur le siège arrière d'une automobile (fermée à clef), la culasse en ayant été retirée mais laissée à proximité immédiate, puis laisse celui-ci durant toute une nuit dans un parking public non surveillé, permettant ainsi le bris d'une vitre du véhicule et le vol de l'arme, commet une infraction réprimée par l'art. 73 ch. 1 CPM (consid. 3c).

Art. 73 Ziff. 1 MStG; Missbrauch und Verschleuderung von Material (fahrlässig begangen, kein leichter Fall), Sorgfaltspflichten bei der Aufbewahrung eines Sturmgewehrs (Kassationsbeschwerde)

Zu Recht erfolgte Verurteilung gestützt auf Art. 73 Ziff. 1 MStG bei einem Armeeangehörigen, der nach einem Schützenfest sein Sturmgewehr (und in unmittelbarer Nähe davon dessen Verschluss) auf dem Rücksitz eines – auf einem unbewachten öffentlichen Parkplatz abgestellten – (abgeschlossenen) Autos über Nacht liegen liess, wo Sturmgewehr und Verschluss gewaltsam aus dem Auto gestohlen wurden (E. 3c).

Art. 73 cpv. 1 CPM; Abuso e sperpero di materiali (per negligenza, diniego di un caso poco grave); Obblighi di diligenza in materia di custodia del fucile d'assalto (ricorso per cassazione)

Commence una violazione dell'art. 73 cifra 1 CPM il milite che, al termine di una gara di tiro, deposita durante un'intera notte sui sedili posteriori di un'automobile chiusa a chiave parcheggiata in un autosilo pubblico non sorvegliato il proprio fucile e, a poca distanza da quest'ultimo, la relativa culatta (consid. 3c).

Il résultat du dossier :

A.

A., né en 1995, célibataire, est incorporé comme soldat au sein d'une formation d'infanterie. Le 14 mai 2016, A. s'est mesuré au tir avec son arme d'ordonnance (fusil d'assaut 90) dans le cadre des festivités annuelles de la société de tir (ancienne Abbaye) de B. (ci-après : les fêtes de l'Abbaye). Il a ensuite déposé son arme de service (culasse retirée et posée dans un sac à part) à l'arrière de la voiture de son frère, C., sous des habits. Vers 17 h, C. a garé son véhicule sur le parking public souterrain (premier sous-sol) d'un

grand centre commercial de D. Les frères ont ensuite participé à la cérémonie de remise des prix et aux fêtes de l'Abbaye, puis ont été raccompagnés à leur domicile par des amis en raison de leur consommation d'alcool.

Le 15 mai 2016, C. a constaté que la vitre du hayon (côté droit) de son véhicule avait été brisée et, notamment, le matériel militaire de son frère dérobé. A. a annoncé le vol de son arme d'ordonnance le jour même.

Par jugement du 6 avril 2017, l'ancien Tribunal militaire 3 (actuellement : le Tribunal militaire 1) a acquitté A. des chefs de prévention d'abus et dilapidation du matériel et d'inobservation des prescriptions de service. Il l'a en revanche condamné, pour inobservation des prescriptions de service de peu de gravité, à une amende disciplinaire de 500 francs.

Considérant :

3.

b) cc) Sur le vu des éléments qui précèdent, le détenteur d'un fusil d'assaut assume une triple obligation : premièrement, celle de le conserver séparément de sa culasse, de manière à ce qu'il ne soit pas immédiatement en état de tir ; deuxièmement, celle de le conserver déchargé et de stocker la munition elle aussi à part et, troisièmement, celle de conserver ces différents éléments sous clé, sans qu'ils ne soient visibles, afin d'en empêcher l'accès aux tiers (cf. arrêt TF 6B_1371/2017 du 22 mai 2018 consid. 1.2 et les références citées). S'agissant d'une arme d'ordonnance, il faut encore ajouter l'obligation du militaire d'assurer sa disponibilité constante et opérationnelle (art. 112 al. 1 de la loi fédérale du 3 février 1995 sur l'armée et l'administration militaire (LAAM ; RS 510.10).

c) Contrairement à ce que soutient A., le militaire astreint au service est tenu de prendre les mesures que l'on peut raisonnablement exiger de sa part pour empêcher l'accès de tiers à son arme personnelle, y compris à l'égard de cambrioleurs (cf. arrêt TF 6B_1371/2017 précité consid. 1.2 ; cf. aussi l'arrêt TF 6B_884/2013 du 9 octobre 2014 consid. 3.4.3 à propos de la loi fédérale du 20 juin 1997 sur les armes, les accessoires d'armes et les munitions [LArm ; RS 514.54]). Aussi, après l'accomplissement d'exercices de tir volontaires, la règle élémentaire de prudence, qui peut et doit être déduite des prescriptions qui précèdent, commande qu'une arme de guerre, conçue pour tuer, ne fût pas laissée sans surveillance dans un lieu accessible au public. Dans des locaux publics, des gares, des moyens de transport, des rues, des parcs, des places de stationnement public, ainsi que des locaux privés qui ne sont pas accessibles à un cercle de personnes défini de manière précise (installations de tir, etc.), les personnes astreintes au service sont ainsi tenues de rendre inoffensive leur arme personnelle par le retrait de la culasse et de détenir leur arme de manière à ce que celle-ci ne soit pas accessible à des tiers, soit en la portant en principe sur eux jusqu'à leur domicile, au centre logistique ou au centre de rétablissement.

En l'espèce, A. a certes retiré la culasse de son arme d'ordonnance, mais il a déposé celle-ci dans la voiture de son frère, à l'arrière du véhicule, soit à proximité directe du fusil

d'assaut. On ne saurait ainsi considérer, comme l'a fait l'autorité précédente, que la culasse aurait été conservée séparément de l'arme (cf. dans le même sens, à propos du magasin d'un fusil d'assaut, l'arrêt TF 6B_468/2008 du 21 octobre 2008 consid. 4.2). Au contraire, les deux éléments du fusil d'assaut se trouvaient dans la même partie du véhicule, ce qui permettait à un tiers y accédant de s'en emparer simultanément et de disposer immédiatement d'une arme en état de tir. Tel n'aurait pas été le cas, par exemple, si la culasse avait été déposée dans une autre partie de la voiture, ainsi dans la boîte à gants.

Cela étant, le Tribunal militaire d'appel 1 a, compte tenu des circonstances particulières du cas, considéré à juste titre que la perte de l'arme de service constituait un manquement grave. A. a en effet violé les règles de prudence élémentaires, en déposant son arme de service sur le siège arrière d'un véhicule – la culasse ayant été retirée mais laissée à proximité immédiate de celle-ci –, lequel a été laissé dans un parking public, accessible à chacun. Le véhicule en question n'était alors plus visible pour l'intéressé, comme cela aurait pu être le cas si la voiture avait été stationnée directement devant le stand de tir. Outre le lieu de dépôt de l'arme – qui n'était pas, contrairement à ce que soutient A., « suffisamment sûr », puisque dénué de toute surveillance –, il convient de souligner la durée dudit dépôt. Le prénommé ne s'est en effet pas contenté de déposer son arme de service dans la voiture de son frère pour quelque temps, afin d'accomplir un acte particulier, mais y a laissé son fusil d'assaut dès la fin de journée du 14 mai 2016, sans plus s'en inquiéter jusqu'à ce que son frère – et non A. qui ne s'en est nullement enquis – découvrit la disparition de l'arme, soit durant l'après-midi du 15 mai 2016. Celui-ci s'est ainsi désintéressé de son arme de service durant toute une nuit, respectivement de nombreuses heures. En outre, contrairement à ce que suggère A., le stockage de son fusil d'assaut dans le véhicule de son frère ne constituait pas la seule alternative au dépôt de celle-ci « contre un mur à l'entrée de la salle » durant les fêtes de l'Abbaye. L'intéressé aurait ainsi pu placer son arme de service en sécurité à son domicile, moyennant un trajet de quelque 10 minutes. Le dépôt du fusil d'assaut dans le parking d'un centre commercial de Z. n'a en définitive été dicté par aucune nécessité, mais par la seule convenance de A.

Pour le reste, contrairement à ce qu'affirme ce dernier, le fait que la voiture fût fermée à clef, qu'elle possédait des vitres teintées, que l'arme fût « camouflée » sous des vêtements, que l'intéressé présente de bons états de service militaire ou encore que la LArm prévoit selon l'intéressé une contravention dans un cas similaire, n'y change rien. En présence d'un manquement grave, on ne saurait en effet retenir un cas de peu gravité (en cas de faute grave cf. ATMC 9 n° 14 ; ATMC 6 n° 88 consid. 4 ; de manière générale, cf. aussi ATMC 14 n° 1 consid. 2.2 ; ATMC 13 n° 3 consid. 3 et les références citées). Le Tribunal militaire d'appel 1 a dès lors refusé à juste titre de sanctionner disciplinairement A.

(886.1 et 886.2, 20 septembre 2018, A. et Auditeur contre le Tribunal militaire 1)

20

Art. 73 Ziff. 1, Art. 76 Ziff. 1, Art. 128a, Art. 150 Abs. 1 MStG; Art. 109 Abs. 2, Art. 185 Abs. 1 Bst. e MStP; Missbrauch und Verschleuderung von Material (leichter Fall), Wachtvergehen, Angriff, Nötigung; Begründungsdichte: Zulässigkeit und Grenzen von Verweisungen, unzureichende Entscheidungsgründe; notwendige Verteidigung in der Voruntersuchung: Rechtsfolgen der Verletzung (Kassationsbeschwerde)

Modalitäten, welche das Militärappellationsgericht beachten muss, wenn es auf erstinstanzliche Urteilserwägungen verweisen will (E. 2c). Vorliegend setzt sich das Militärappellationsgericht in der Begründung nicht oder nur ungenügend mit den detaillierten Vorbringen der Verteidigung zum Urteil des Militärgerichts auseinander (E. 3b). Der Angeklagte wurde in der Voruntersuchung zu Unrecht nicht amtlich verteidigt, obschon eine schwere Anschuldigung und ein verwickelter Fall (Vielzahl beteiligter Angeschuldigte bzw. zu untersuchender Straftatbestände) vorlagen. Dies führt zur Unverwertbarkeit der bis zur Einsetzung des amtlichen Verteidigers erhobenen Beweismittel, weshalb eine Neuurteilung gestützt auf Beweise zu erfolgen hat, die unter Wahrung der Verteidigungsrechte des Angeklagten in das Verfahren eingeführt worden sind/werden (E. 4b).

Art. 73 ch. 1, art. 76 ch. 1, art. 128a, art. 150 al. 1 CPM ; art. 109 al. 2, art. 185 al. 1 let. e PPM ; abus et dilapidation du matériel (cas de peu de gravité), délits de garde, agression, contrainte ; degré de motivation : acceptabilité et limites des renvois, motivation insuffisante ; défense obligatoire durant l'enquête ordinaire : conséquences d'une violation en la matière (poursuite en cassation)

Modalités devant être observées par le Tribunal militaire d'appel lorsqu'il souhaite renvoyer aux motifs du jugement de première instance (consid. 2c). En l'occurrence, le Tribunal militaire d'appel ne discute pas, ou pas suffisamment, dans sa motivation les arguments détaillés avancés par la défense concernant le jugement du Tribunal militaire (consid. 3b). L'accusé n'a, à mauvais droit, pas bénéficié d'une défense d'office durant l'enquête ordinaire, malgré l'inculpation grave et la complexité de l'affaire (plusieurs prévenus impliqués dans le complexe de fait pénal). Cela entraîne l'inexploitabilité des moyens de preuve recueillis jusqu'à la mise en œuvre de la défense d'office. Partant, un nouveau jugement doit être rendu, fondé sur des preuves qui auront été administrées dans le respect des droits de la défense des accusés (consid. 4b).

Art. 73 cifra 1, art. 76 cifra 1, art. 128a, art. 150 cpv. 1 CPM; art. 109 cpv. 2, art. 185 cpv. 1 let. e PPM; abuso e sperpero di materiali (caso poco grave), reato di guardia, aggressione, coazione; grado di motivazione: liceità e limiti dei rinvii, motivazione della decisione insufficiente; difesa necessaria durante l'istruzione preparatoria: conseguenze della sua violazione (ricorso per cassazione)

Modalità da osservare da parte del Tribunale militare d'appello allorquando intende rinviare ai considerandi della sentenza di prima istanza (consid. 2c). In casu il Tribunale militare d'appello non ha discusso o ha discusso insufficientemente le dettagliate considerazioni espresse dalla difesa nei confronti della sentenza di primo grado (consid. 3b). Nonostante la gravità dell'imputazione e la complessità del caso (presenza di molte persone accusate, risp. fattispecie penali da istruire), durante l'istruzione preparatoria l'accusato non ha beneficiato, a torto, di una difesa d'ufficio. Ciò ha condotto all'inutilizzabilità dei mezzi di prova amministrati fino al momento della nomina del difensore d'ufficio. Di conseguenza, dev'essere pronunciata una nuova decisione sulla base delle prove amministrate nel rispetto dei diritti della difesa (consid. 4b).

Das Militärkassationsgericht hat festgestellt:

A.

a) A. leistete Dienst bei der Rekrutenschule. In der ersten Juliwoche 2014 wurde in zwei Nächten je ein Angehöriger der Einheit, B. und C., in der Kaserne in einer in der Anklageschrift vom 3. Juni / 29. November 2016 näher beschriebenen Art in seinem jeweiligen Zimmer mit Kabelbindern an ein Kajütenbettgestell bzw. einen Schrank gefesselt. Neben weiteren Soldaten wurde auch A. der Beteiligung an beiden Fesselungen angeklagt. Weitere Anklagepunkte ergaben sich sodann aus der aufgrund der Fesselungen eingeleiteten Strafuntersuchung.

B.

b) Mit Urteil vom 28. November 2017 hiess das Militärappellationsgericht 2 sowohl die Beschwerde von A. wie auch diejenige des Auditors teilweise gut. Es hob – mit Ausnahme der die zivilrechtlichen Ansprüche betreffenden Punkte – das angefochtene Urteil des Militärgerichts 7 auf und sprach A. frei von der Anklage

- des *Angriffs* gemäss Art. 128a MStG gegenüber B.;
- der *Freiheitsberaubung* gemäss Art. 151a Ziff. 1 MStG gegenüber B. und C.;
- der *Nötigung* gemäss Art. 150 Abs. 1 MStG gegenüber B. und C.;
- der *Drohung* gemäss Art. 149 Abs. 1 MStG gegenüber B.;
- der mehrfachen *Nichtbefolgung von Dienstvorschriften* gemäss Art. 72 Abs. 1 MStG betreffend Fotografien während des Dienstbetriebs (und betreffend Alkohol- und Drogenkonsum während des Wachtdiensts);
- des *Missbrauchs und Verschleuderung von Material* gemäss Art. 73 Ziff. 1 MStG betreffend B.

Von der Anklage der mehrfachen *Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes* gemäss Art. 19a Ziff. 1 BetmG i.V.m. Art. 218 Abs. 4 MStG wurde A. unter Wertung der Taten als blosser *Disziplinarfehler* freigesprochen.

A. wurde dagegen schuldig erklärt

- des *Angriffs* gemäss Art. 128a Abs. 1 MStG gegenüber C.;
- des *Missbrauchs und Verschleuderung von Material* gemäss Art. 73 Ziff. 1 MStG betreffend C.;
- des mehrfachen *Wachtvergehens* im Sinne von Art. 76 Ziff. 1 MStG.

Er wurde hierfür bestraft mit einer Geldstrafe von 110 Tagessätzen zu Fr. 95.-, unter Gewährung des bedingten Strafvollzugs bei einer Probezeit von vier Jahren, sowie einer Busse von Fr. 2'000.-. Für den Fall der schuldhaften Nichtbezahlung der Busse wurde eine Ersatzfreiheitsstrafe von 20 Tagen festgelegt. Im Weiteren wurden die Gewährung des bedingten Vollzugs der mit Strafmandat der Staatsanwaltschaft des Kantons C. vom 12. Februar 2013 ausgesprochenen Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu je Fr. 100.- widerrufen und der Vollzug der Geldstrafe angeordnet. Die erstinstanzlichen Verfahrenskosten wurden A. in der Höhe von Fr. 2'000.- auferlegt, diejenigen des Appellationsverfahrens im Umfang von Fr. 1'500.-.

Das Militärappellationsgericht 2 verneinte – ebenso wie vor ihm das Militärgericht 7 – das Vorliegen der Voraussetzungen für eine notwendige Verteidigung im Sinne von Art. 109 Abs. 2 des Militärstraßprozesses vom 23. März 1979 (MStP; SR 322.1). Weder liege eine schwere Anschuldigung noch ein verwickelter Fall vor (E. III/1).

Das Militärkassationsgericht hat erwogen:

2.

c) aa) Ein Kassationsgrund nach Art. 185 Abs. 1 Bst. e MStP liegt vor, wenn ein Urteil keine hinreichenden Entscheidungsgründe enthält. Damit soll die Respektierung eines wichtigen Teilgehalts des verfassungsrechtlich garantierten Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV; SR 101]) sichergestellt werden. Nach der Rechtsprechung des Militärkassationsgerichts muss sich ein Gericht zu allen Tatsachen und Rechtserörterungen äussern, die zum Urteilsspruch bzw. zu dessen einzelnen Bestandteilen geführt haben. Der Kassationsgrund der fehlenden Entscheidungsgründe erfasst dabei einen formellen Mangel, der selbständig und vorweg zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen kann (MKGE 13 Nr. 1 E. 4b, auch zum Folgenden; 11 Nr. 14 sowie Nr. 69 E. 3). Die schriftliche Urteilsbegründung soll den Parteien die Überlegungen des Gerichts zur Sachverhaltsfeststellung und zur Rechtsanwendung bekannt geben, um ihnen wie auch einer Rechtsmittelinstanz zu ermöglichen, das Urteil zu überprüfen (vgl. MKGE 11 Nr. 28 E. 4b, Nr. 51 E. 2, Nr. 69 E. 3, je mit Hinweisen). Entscheidungsgründe fehlen indessen nicht schon dann, wenn sich das Urteil nicht ausdrücklich mit jeder tatbestandlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand befasst. Das Gericht kann sich vielmehr auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (vgl. MKGE 14 Nr. 9 E. 2b; 11 Nr. 51 E. 2 sowie Nr. 69 E. 3 mit Hinweisen; Theo Bopp, in: Wehrenberg/Martin/Flachsmann/Bertschi/Schmid [Hrsg.], Kommentar zum Militärstraßprozess, Zürich 2008 [im Folgenden: MStP-Kommentar], Art. 185 N. 45 ff. mit zahlreichen Hinweisen). Keine Gehörsverweigerung liegt schliesslich auch vor, wenn ein Urteil die Indizien und

Beweise nicht in der von der das Rechtsmittel erhebenden Partei erwünschten Breite und in der von ihr für zutreffend erachteten Weise gewürdigt hat (MKGE 14 Nr. 9 E. 4c/aa).

bb) Anders als die bürgerliche Strafprozessordnung enthält der Militärstrafprozess keine explizite Norm, gemäss der die Appellationsinstanz im Rechtsmittelverfahren für die tatsächliche und die rechtliche Würdigung des angeklagten Sachverhalts auf die Begründung der Vorinstanz verweisen kann (so Art. 82 Abs. 4 der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 [StPO; SR 312.0]). Auch wenn der Militärstrafprozess seinerzeit bewusst von der Vereinheitlichung der Strafprozessordnung ausgeklammert worden ist (Botschaft vom 21.12.2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1085 ff, 1095 f.), ist ein Heranziehen der entsprechenden bürgerlichen Norm und der dazu ergangenen Rechtsprechung in der Regel sachgerecht und angezeigt. Entsprechend ist es bei gegebenen Voraussetzungen denkbar, dass das mittels Appellation angerufene Militärappellationsgericht auf die Erwägungen des erstinstanzlichen Militärgerichts verweist.

Dabei ist allerdings zu beachten, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts von der Möglichkeit, auf die Begründung der Vorinstanz zu verweisen, zurückhaltend Gebrauch zu machen ist, da andernfalls bei der das Rechtsmittel ergreifenden Person der Eindruck entstehen kann, die Rechtsmittelinstanz setze sich mit ihren Vorbringen nicht auseinander. Ein Verweis kommt mithin bei strittigen Sachverhalten und in Bezug auf die rechtliche Subsumtion nur dann in Frage, wenn die Rechtsmittelinstanz den vorinstanzlichen Erwägungen (vollumfänglich) beipflichtet (BGE 141 IV 244 E. 1.2.3). Auf einen unzulässigen Verweis hat das Bundesgericht etwa dann geschlossen, wenn die Rechtsmittelinstanz eine Vielzahl von «Korrekturen, Ergänzungen und Präzisierungen» vornimmt, sich ihren Verweisungen und Ausführungen aber nicht entnehmen lässt, in welchem Umfang die erstinstanzlichen Erwägungen übernommen, präzisiert oder korrigiert bzw. ersetzt worden sind (BGE 141 IV 244 E. 1.3.1).

Nicht durch die «Verweisungsnorm» gedeckt ist sodann, wenn die Rechtsmittelinstanz im Rahmen ihrer rechtlichen Würdigung vom übernommenen Beweisergebnis der Erstinstanz in einzelnen Punkten ohne weitere Begründung abweicht (Urteil des Bundesgerichts 6B_853/2016 vom 18. Oktober 2017 E. 3.3) oder wenn auf in der Berufung bzw. Appellation gegen das erstinstanzliche Urteil Vorgebrachtes nicht einmal am Rande eingegangen wird (Urteil des Bundesgerichts 6B_1340/2016 vom 29. Dezember 2017 E. 2). Auch nach der Lehre zum bürgerlichen Strafprozess gebietet das rechtliche Gehör, auf Vorbringen, die erst vor der Rechtsmittelinstanz bzw. in Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Urteil erhoben worden sind, explizit einzugehen (Niklaus Schmid/Daniel Jositsch, Schweizerische Strafprozessordnung [StPO], Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2018, Art. 82 N. 15).

3.

b) aa) Vorab ist festzuhalten, dass das Militärappellationsgericht 2 den Erwägungen der Vorinstanz, des Militärgerichts 7, nicht vollumfänglich beigepflichtet hat, sondern doch – vom Wesen der Appellation als vollkommenem Rechtsmittel her unproblematischerweise (vgl. oben E. 2a) – zu teilweise anderen Ergebnissen gelangt ist. So erfolgte etwa eine andere rechtliche Würdigung in Bezug auf den Vorwurf der Nötigung gemäss

Art. 150 Abs. 1 MStG gegenüber C. (Militärgericht 7 Schuldspruch; Militärappellationsgericht 2 Freispruch). Rechtlich anders gewürdigt wurde sodann der als erstellt erachtete Sachverhalt betreffend Alkohol- und Drogenkonsum während des Wachtdiensts. Während das Militärgericht 7 auf mehrfache Nichtbefolgung von Dienstvorschriften gemäss Art. 72 Abs. 1 MStG erkannte, subsumierte das Militärappellationsgericht 2 den Vorfall als mehrfaches Wachtvergehen im Sinne von Art. 76 Ziff. 1 MStG. Dementsprechend änderte sich im Urteil des Militärappellationsgerichts 2 gegenüber dem erstinstanzlichen Urteil des Militärgerichts 7 der Schuldpunkt. Inwieweit unter diesen Voraussetzungen auch im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum bürgerlichen Strafprozess (BGE 141 IV 244 E. 1.2.3) der vom Militärappellationsgericht 2 gemachte «Generalverweis» noch zulässig ist, braucht vorliegend nicht entschieden zu werden. Denn das Militärappellationsgericht 2 hat sich zu den von ihm rechtlich anders als das Militärgericht 7 gewürdigten Aspekten, wenngleich knapp, geäussert. Daraus lässt sich feststellen, was die massgebenden tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen der Rechtsmittelinstanz sind (vgl. oben E. 2c/bb).

bb) Das Militärappellationsgericht 2 geht allerdings auf in Auseinandersetzung mit dem Urteil des Militärgericht 7 gemachte Vorbringen in der Appellation nur ungenügend oder überhaupt nicht ein. Ein solches Vorgehen ist mit den Anforderungen an die Begründungspflicht und damit an die Gewährung des rechtlichen Gehörs auch im Lichte der Rechtsprechung des Militärkassationsgerichts (vgl. oben E. 2c/aa) nicht vereinbar.

aaa) Dies gilt vorab für die Sachverhaltserstellung betreffend Angriff zum Nachteil von C. Wohl muss sich ein Urteil nicht ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand befassen (vgl. oben E. 2c/aa). Zu den ausführlichen Vorbringen der Verteidigung an Schranken des Militärappellationsgerichts 2 hat sich dieses in seinem Urteil selbst in den vernehmlassungsweisen Worten des Auditors «nicht sehr ausführlich geäussert». Die Kürze allein schadet freilich noch nicht. Entscheidend ist dagegen die fehlende Auseinandersetzung mit den Vorbringen, in denen der Verteidiger vor dem Militärappellationsgericht 2 versucht hat, die vom Militärgericht 7 für seine Sachverhaltserstellung herangezogenen Aussagen zu erschüttern. Hier wäre ein – durchaus knappes – explizites Eingehen auf das Vorgebrachte erforderlich gewesen.

bbb) Gleiches gilt sodann auch für den Schuldspruch betreffend Angriff im Sinne von Art. 128a MStG zum Nachteil von C. Auch wenn mit der Rechtsprechung zum bürgerlichen Strafgesetz davon auszugehen ist, dass die objektive Strafbarkeitsvoraussetzung der Körperverletzung bei Vorliegen einer einfachen Körperverletzung gegeben ist (BGE 135 IV 152 E. 2.1.1), so erweist sich ein gänzlichliches Ausschweigen des Militärappellationsgerichts 2 zu den entsprechenden Vorbringen des Angeklagten als unzulässig. Dies gilt umso mehr, als sich schon das Militärgericht 7 nicht mit den bereits im erstinstanzlichen Verfahren vorgebrachten einschlägigen Vorbringen auseinandergesetzt hat. Abgesehen davon, dass auch falsche Ausführungen der Verfahrensbeteiligten entgegen der Ansicht des Auditors das Gericht nicht davon entbinden, zum Vorgebrachten in geeigneter, durchaus knapper Form Stellung zu nehmen, wäre ein Eingehen auf die einschlägigen Rügen spätestens durch das Militärappellationsgericht 2 geboten gewesen. Dies angesichts des Umstands, dass der Tatbestand der Körperverletzung – wie der Verteidiger zutreffend erwähnt – im MStG anders aufgebaut ist als im bürgerlichen Strafrecht.

Ob und gegebenenfalls welche Folgen der Umstand zeitigt, dass Art. 122 MStG die einfache Körperverletzung und die Tötlichkeit in ein und demselben Artikel regelt und zudem in Ziff. 1 Abs. 2 einen – disziplinarisch zu ahndenden – leichten Fall umfasst und ob deshalb der in Art. 122 Ziff. 1 MStG verwendete Begriff der Körperverletzung gleich zu verstehen ist wie in Art. 128a MStG oder derjenige dort eine eigenständige Bedeutung aufweist, hätte – wie erwähnt – spätestens der Erörterung durch das Militärappellationsgericht 2 bedurft. Dabei wäre auch selbst angesichts der ärztlich diagnostizierten physikalischen Bindehautreizung bei C. (Vorakten, pag. 2/81 f.) noch einmal die Frage explizit aufzunehmen gewesen, ob die Blendung mit der Weisslichtausrüstung – wie vom Militärgericht 7 mit knapper Begründung und ohne Bezug zur einschlägigen Rechtsprechung angenommen – bereits eine einfache Körperverletzung darstellt (bejaht etwa für das Verursachen von Sehstörungen mittels eines Laserpointers [MKGE 13 Nr. 40 E. 3a]).

Das Militärappellationsgericht 2 hat sich demzufolge unter Bezugnahme auf die konkreten Umstände zur Frage zu äussern, ob eine Körperverletzung im Sinne des Tatbestands des Angriffs nach Art. 128a MStG vorgelegen hat. Ein mögliches Kriterium ist die Einschränkung der Fähigkeit, die alltäglichen Dienstpflichten wahrzunehmen bzw. am Ausbildungsdienst teilzunehmen.

ccc) Ebenfalls ungenügend begründet ist das Urteil des Militärappellationsgerichts 2 zum Schuldspruch betreffend Missbrauch und Verschleuderung von Material gemäss Art. 73 Ziff. 1 MStG. Dies gilt insoweit, als das Militärappellationsgericht 2 auf die Frage, ob ein leichter Fall nach Art. 73 Ziff. 2 MStG vorliegt, nicht eingeht. Das Militärgericht 7 hatte den entsprechenden Schuldspruch trotz des geringen Wertes der Kabelbinder bejaht, da der Verwendungszweck einen leichten Fall ausschliesse. Diesen Punkt hat der Verteidiger in seinem Plädoyer vor dem Militärappellationsgericht 2 explizit aufgenommen und der Würdigung des Militärgerichts 7 widersprochen, indem er auf den Umstand hingewiesen hat, dass es sich um «Spassfesselungen» gehandelt habe, ohne dass dies jedoch seinen Niederschlag im Urteil des Militärappellationsgerichts 2 gefunden hätte. An der damit zu erkennenden Gehörsverletzung ändert angesichts der Entscheidungsbefugnis des Militärkassationsgerichts nichts, dass der Verteidiger seine entsprechenden Vorbringen nicht explizit unter dem Titel des Vorwurfs der Gehörsverweigerung gemacht hat, sondern diese bloss durch Nennung des entsprechenden Kassationsgrunds mit anruft (vgl. oben E. 2a). Das Militärappellationsgericht 2 hat sich demnach zur Frage, ob ein leichter Fall im Sinne von Art. 73 Ziff. 2 MStG vorliegt, zu äussern und seine Beurteilung unter Bezugnahme auf die konkreten Umstände rechtsgenügend zu begründen.

ddd) Entsprechendes gilt schliesslich betreffend die Bestätigung des durch die Erstinstanz, das Militärgericht 7, vorgenommenen Widerrufs der Gewährung des bedingten Vollzugs der mit Strafmandat der Staatsanwaltschaft des Kantons C. vom 12. Februar 2013 ausgesprochenen Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu je Fr. 100.-. Hier verweist das Militärappellationsgericht 2 in seiner Erwägung VI/3 auf die seines Erachtens zutreffenden Ausführungen des Militärgerichts 7. Auch wenn die Ausführungen des Verteidigers an Schranken des Militärappellationsgerichts 2 nicht besonders breit ausgefallen sind, so wäre ein – kurzes – Eingehen auf das Vorgebrachte angesichts der geltend gemachten geänderten Lebenssituation des Angeklagten unerlässlich gewesen. Entsprechend hat die Vorinstanz die Frage des Widerrufs der Gewährung des bedingten Vollzugs der Vorstrafe erneut zu beurteilen.

eee) Der angefochtene Entscheid enthält (zumindest teilweise) keine hinreichenden Entscheidungsgründe, womit jedenfalls der Kassationsgrund von Art. 185 Bst. e MStP vorliegt. Die Beschwerde ist mithin gutzuheissen, das angefochtene Urteil ist demzufolge aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung zurückzuweisen.

4.

b) «Verletzung von Art. 109 Abs. 2 MStP» (Kassationsbeschwerde S. 3 ff.)

aa) Der Angeklagte bringt vor, er – wie auch die übrigen Mitangeklagten – hätten bereits in der Voruntersuchung verteidigt sein müssen, was zur Unverwertbarkeit der vor der erstinstanzlichen Hauptverhandlung vor Militärgericht 7 erhobenen Beweise führen müsse. Vor diesem Hintergrund moniert der Angeklagte erneut eine Gehörsverletzung, weil sich das Militärappellationsgericht 2 nicht mit den entsprechenden Ausführungen seiner Verteidigung auseinandergesetzt habe. Dass das Militärappellationsgericht 2 am Ende zum Schluss gelange, es habe weder eine schwere Anschuldigung noch ein verwickelter Fall vorgelegen, erweise sich als willkürlich und erfülle «in der Art und Weise, wie dies im angefochtenen Urteil praktiziert wird sämtliche Kassationsgründe von Art. 185 Abs. 1 Bst. d bis Bst. f MStP» (Kassationsbeschwerde S. 9; vgl. auch oben E. 3a/aa).

bb) Auch wenn sich die einzelnen Kassationsgründe – wie dargelegt (vgl. oben E. 2e) – nicht immer einfach voneinander abgrenzen lassen, so ist doch vorab der Vollständigkeit halber darauf hinzuweisen, dass die inhaltlich geltende gemachte falsche Anwendung von Art. 109 Abs. 2 MStP einen Verfahrensmangel und damit den Kassationsgrund von Art. 185 Bst. c MStP betrifft (Bopp, in: MStP-Kommentar, Art. 185 N. 28 ff. mit weiteren Hinweisen und insbesondere zum Umstand, dass trotz des in Bst. c verwendeten Begriffs der Hauptverhandlung auch Mängel im Untersuchungsverfahren gerügt werden können, welche sich auf das Gerichtsverfahren ausgewirkt haben und nicht korrigiert worden sind). Unzutreffend ist im vorliegenden Kontext vor diesem Hintergrund die Anrufung von Art. 185 Bst. d MStP durch den Angeklagten. Angesichts der ebenfalls angerufenen übrigen Kassationsgründe von Art. 185 Bst. e und f MStP erübrigen sich jedoch diesbezügliche weitere Ausführungen.

cc) Art. 109 Abs. 2 MStP sieht vor, dass bei schweren Anschuldigungen oder in verwickelten Fällen der Präsident des Militärgerichts auf Gesuch des Beschuldigten oder auf Antrag des Untersuchungsrichters in der Voruntersuchung einen amtlichen Verteidiger bestellt, sofern der Beschuldigte keinen eigenen Verteidiger beigezogen hat. Die Botschaft führt in diesem Zusammenhang aus, eine obligatorische Verteidigung bereits in der Voruntersuchung erscheine in «einfachen Fällen» im Hinblick auf das vor den ersten beiden Instanzen geltende Unmittelbarkeitsprinzip unnötig (Botschaft über die Änderung des Militärstrafgesetzes und die Totalrevision der Militärstrafgerichtsordnung vom 7. März 1977, BBl 1977 II 83). In der Lehre wird diesbezüglich postuliert, in militärischen Strafverfahren sei schon bei relativ geringfügigen Delikten von einer Notwendigkeit der Verteidigung auszugehen (Jositsch, in: MStP-Kommentar, Art. 109 N. 5; vgl. auch die Vorschläge von Thierry Godel, *La procédure pénale militaire en Suisse – Etat des lieux, examen critique et propositions de révision*, Basel 2018, 354 f.). Dabei habe der Untersuchungsrichter den Antrag von Amtes wegen zu stellen, wenn sich abzeichne, dass die Voraussetzungen für die notwendige Verteidigung gegeben seien (Jositsch, in: MStP-Kommentar, Art. 109 N. 8).

dd) Militärgericht 7 und Militärappellationsgericht 2 haben das Vorliegen der Voraussetzungen der notwendigen Verteidigung verneint. Eine schwere Anschuldigung liege nicht vor, dies im Lichte der im konkreten Fall angedrohten Strafe sowie der Schwere der Rechtsgutverletzung, der Schuldintensität und der Auswirkungen auf den betroffenen Beschuldigten. Im vorliegenden Fall bewege man sich im Bereich von Geldstrafen, was sich bereits im Rahmen des Strafverfahrens relativ rasch herauskristallisiert habe. Es gehe auch nicht um eine schwere Verletzung der geschützten Rechtsgüter durch den Angeklagten und ebenso wenig habe die angedrohte (und in der Folge mit Gewährung des bedingten Strafvollzuges auferlegte) Geldstrafe eine im Sinne dieser Bestimmung gravierende Auswirkung auf den Betroffenen. Daran ändere auch ein Blick auf Art. 130 StPO nichts. Dessen einzig in Frage kommende Bst. b, wonach eine Person verteidigt werden müsse, wenn ihr eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr oder eine freiheitsentziehende Massnahme drohe, greife nicht, da niemand, auch nicht der Angeklagte, mit einer Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr oder dergleichen habe rechnen müssen (Urteil des Militärappellationsgerichts 2 E. III/1.3). Auch ein verwickelter Fall liege nicht vor. Der Sachverhalt sei nicht unübersichtlich und/oder für den Betroffenen schwer bzw. nicht richtig fassbar gewesen und auch eine komplizierte Rechtslage liege nicht vor.

ee) Das Militärkassationsgericht teilt die Auffassung der Vorinstanzen nicht. Bereits in der ersten Einvernahme durch den Untersuchungsrichter am 13. April 2015 konnte angesichts der stattgefundenen umfangreichen Untersuchungsmassnahmen und des dem Angeklagten vorgehaltenen Verhaltens keineswegs mehr klar sein, dass nur Geldstrafen im Raum gestanden wären. Dies gilt auch mit Blick auf die in der ersten Schlusseinvernahme vom 3. November 2015 erfolgten rechtlichen Würdigungen, welche am 11. Mai 2016 in der zweiten Schlusseinvernahme noch einmal aufgenommen wurden; die vorgehaltenen Straftatbestände liessen das im Raum stehende Verhalten von vornherein nicht als geringfügig erscheinen. Sprechend ist schliesslich der Antrag des Auditors an den Schranken des Militärgerichts 7, der für den Angeklagten eine Freiheitsstrafe von 12 Monaten und eine Geldstrafe von 120 Tagessätzen à Fr. 130.- sowie einer Disziplinarbusse in der Höhe von Fr. 300.- beantragte (act. Militärgericht 7 pag. 113). Wenn das Militärappellationsgericht 2 vor diesem Hintergrund – wie oben in E. 4b/dd wiedergegeben – dafür hält, man bewege sich im Bereich von Geldstrafen, was sich bereits im Rahmen des Strafverfahrens relativ rasch herauskristallisiert habe, so erweist sich diese Einschätzung als unzutreffend. Vielmehr konnte bei der Eröffnung der Voruntersuchung nicht von einem einfachen Fall ausgegangen werden, weshalb das Vorliegen einer «schweren Anschuldigung» im Sinne von Art. 109 Abs. 2 MStP und damit ein Anspruch des Angeklagten auf einen amtlichen Verteidiger bereits in der Voruntersuchung zu bejahen war.

Der Vollständigkeit halber sei noch angefügt, dass angesichts zahlreicher Angeschuldigter und deren abzuklärender Beteiligung sowie – damit verbunden – der unterschiedlichen Interessen der Verfahrensbeteiligten und der von Anfang an in Aussicht stehenden Konfrontationseinvernahmen, welche im Rahmen der wiedereröffneten Voruntersuchung durchgeführt worden sind, auch von einem verwickelten Fall auszugehen war. Hierfür spricht nicht zuletzt auch die Vielzahl an untersuchten Straftatbeständen, die teilweise nicht leicht voneinander abgegrenzt werden können. Nicht weiter eingegangen zu werden braucht unter diesen Umständen auf die Aussage des Militärappellationsgerichts 2, der Umfang der Akten sei insbesondere deshalb zustande gekommen, weil der Angeklagte nicht kooperiert habe und viele Personen hätten einvernommen werden müssen.

(E. III/1.4). Auch wenn diese – wie der Auditor vernehmlassungsweise ausführt – nicht als Vorwurf an den Angeklagten zu verstehen ist, so erweist sie sich angesichts des verfassungs- und konventionsrechtlich garantierten Aussageverweigerungsrechts als potentiell missverständlich.

ff) Demzufolge lag ein Fall einer notwendigen Verteidigung i.S.v. Art. 109 Abs. 2 MStP vor. Da es sich hierbei um eine wesentliche Verfahrensvorschrift zum Schutz des Angeklagten handelt, können die unter Missachtung der Norm erhobenen Beweismittel nicht verwertet werden. Die vor der Bestimmung des amtlichen Verteidigers erhobenen Beweise sind demzufolge unverwertbar. Das Militärappellationsgericht 2 hat sich bei seiner Neubeurteilung auf diejenigen Beweise zu stützen, die rechtskonform, d.h. unter Wahrung der Verteidigungsrechte des Angeklagten, in das Verfahren eingeführt worden sind.

(892, 20. September 2018, A. gegen Militärappellationsgericht 2)

21

Art. 72 Abs. 1, Art. 77 Ziff. 1 Abs. 1 MStG; Regl. 51.024 ODA; Regl. 52.059 IS; Nichtbefolgung von Dienstvorschriften (Aufnahme- und Veröffentlichungsverbot, Verletzung des Dienstgeheimnisses (Rede des Chefs der Armee [CdA]) (Kassationsbeschwerde

Dienstgeheimnisschutz: Art. 77 Ziff. 1 Abs. 1 MStG schützt als echtes Sonderdelikt Tatsachen, welche weder offenkundig noch allgemein bekannt sind, vor Offenbarung, sofern an deren Geheimhaltung mit Blick auf die Landesverteidigung oder die Privatsphäre involvierter Personen ein schutzwürdiges Interesse besteht (Amts-, Dienst- oder Privatgeheimnisse) – im Einzelfall ist zu prüfen, wer Geheimnisherr über welche Tatsachen ist (E. 3). Vorliegend enthielt die Rede des CdA (betreffend die Weiterentwicklung der Armee [WEA] und sicherheitspolitische Themen) keine schutzwürdigen Amts- oder Dienstgeheimnisse, zumal die Rede bekannte, nicht geheimhaltungsbedürftige Tatsachen eines laufenden Gesetzgebungsprojektes betraf und dazu auch (nicht zur Geheimhaltung verpflichtete) ehemalige Generalstabsoffiziere eingeladen waren (E. 4a, b). Die fragliche Rede enthielt auch keine schützenswerten Geheimnisse aus der Privatsphäre des CdA (i.c. kein Geheimhaltungsinteresse des CdA an der für die Präsentation gewählten Wortwahl, E. 4c). Ziff. 299 Abs. 2 aODA (heute: Ziff. 310 Abs. 4 und 6 ODA), wonach das Aufnahme- und Veröffentlichungsverbot (betreffend Bilder, Film- und Videosequenzen) während der Militärdienstzeit in alle Dienstbefehle zu integrieren und den Armeeangehörigen zu kommunizieren sei, ist keine objektive Strafbarkeitsbedingung, sondern beinhaltet eine bloss Informationspflicht, bei deren Missachtung das Verbot nicht entfällt (E. 5–7).

Art. 72 al. 1, art. 77 ch. 1 al. 1 CPM ; règl. 51.024 OSI ; règl. 52.059 SI ; inobservation des prescriptions de service (interdiction de prise de vue et de publication), violation du secret de service (discours du chef de l'Armée [CdA]) (poursuite en cassation)

Protection du secret de service : l'art. 77 ch. 1 al. 1 CPM protège, avec un délit propre pur, les faits qui ne sont pas publics ni connus de tous avant leur révélation, pour autant qu'il existe un intérêt digne de protection au maintien du secret du point de vue de la défense nationale ou de la sphère privée des personnes concernées (secret de fonction, secret de service ou secret des particuliers) – Il convient de déterminer qui est le maître du secret et concernant quels faits (consid. 3). En l'espèce, le discours du CdA (concernant le développement de l'Armée [DEVA] et la politique de sécurité) ne contenait pas de secrets de fonction ou de service dignes de protection, car il portait sur des faits connus, non soumis au secret, relatifs à un projet législatif en cours. Le discours était en outre également adressé à d'anciens officiers d'état-major (non tenus au secret) invités (consid. 4a et b). Le discours en question ne contenait pas non plus d'éléments dignes de protection concernant la sphère privée du CdA (i. c. pas d'intérêt au secret du CdA s'agissant du choix des mots pour sa présentation, consid. 4c).

Ch. 299 al. 2 aOSI (désormais : ch. 310 al. 4 et 6 OSI), selon lequel l'interdiction de prise de vue et de publication (concernant les images, les séquences de film ou de vidéo) pendant la durée du service militaire doit être intégrée dans tous les ordres de service et communiquée à

tous les membres de l'Armée, ne constitue pas une condition objective de punissabilité, mais contient un simple devoir d'information, dont l'inobservation ne supprime pas ladite interdiction (consid. 5–7).

Art. 72 cpv. 1, art. 77 cifra 1 cpv. 1 CPM ; regolamento 51.024 OSI ; regolamento 52.059 SI; inosservanza di prescrizioni di servizio (divieto di riprendere e di pubblicare), violazione del segreto di servizio (discorso del Capo dell'esercito) (ricorso per cassazione)

Protezione del segreto di servizio : quale vero e proprio reato speciale, l'art. 77 cifra 1 cpv. 1 CPM protegge fino alla loro rivelazione i fatti non evidenti e non noti a tutti, a condizione che esista un interesse degno di protezione al mantenimento del segreto dal punto di vista della difesa nazionale o della sfera privata delle persone interessate (segreto di funzione, di servizio o privato) – Occorre determinare il detentore del segreto e i fatti ivi relativi (consid. 3). Nel caso concreto, il discorso del Capo dell'esercito (concernente l'ulteriore sviluppo dell'esercito [USEs] e la politica di sicurezza) non conteneva alcun segreto di funzione o degno di protezione, ritenuto come portasse su dei fatti conosciuti, non sottoposti a segreto, relativi a un progetto legislativo in corso ed era, inoltre, anche indirizzato a degli ufficiali di stato maggiore emeriti (non tenuti al segreto). Tale discorso non conteneva nemmeno elementi degni di protezione dal punto di vista della tutela della sfera privata del Capo dell'esercito (i. c. assenza d'interesse al mantenimento del segreto con riferimento alla scelta delle parole utilizzate nel corso della presentazione, consid. 4c).

La cifra 299 cpv. 2 vOSI (divenuta cifra 310 cpv. 4 e 6 OSI), secondo cui il divieto di ripresa e di pubblicazione (concernente le immagini e le sequenze filmate e video) durante il servizio militare deve essere integrato in ogni ordine di servizio e comunicato a tutti i membri dell'esercito, non costituisce una condizione oggettiva per la punibilità, bensì un mero dovere d'informazione la cui inosservanza non sopprime la citata proibizione (consid. 5–7)

Das Militärkassationsgericht hat festgestellt:

A.

Der Angeklagte A. nahm am 29. April 2016 gemäss allgemeinem Befehl des damaligen Chefs der Armee (CdA), KKdt André Blattmann, an einem Seminar des CdA in Brugg teil. Zweck des Seminars war unter anderem der direkte Meinungs Austausch mit der Armeeführung, etwa zur Weiterentwicklung der Armee (WEA) und zu aktuellen Themen der Sicherheitspolitik. An diesem Seminar nahmen rund 150 Personen teil, überwiegend Armeeangehörige, aber auch Zivilisten. A. erstellte von diesem Seminar mit seinem Smartphone Audioaufnahmen, die er in sieben Dateien unterteilte. Am späten Abend des 29.

April 2016 lud er eine dieser Dateien (vgl. zu deren Wortlaut Ziff. 1.3^{bis} der ergänzten Anklage) unbestrittenermassen als Link auf www.dropbox.com in einen WhatsApp-Chat mit dem Gruppennamen «Giardino» hoch. Umstritten blieb demgegenüber, ob A. die fragliche Datei zudem den Medien weitergeleitet hatte.

Das Militärkassationsgericht hat erwogen:

3.

a) Nach Art. 77 Ziff. 1 Abs. 1 MStG wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer ein Geheimnis offenbart, das ihm in dienstlicher oder amtlicher Eigenschaft anvertraut wird, oder das er in seiner dienstlichen oder amtlichen Stellung wahrnimmt. Zu den drei wesentlichen Merkmalen des Geheimnisbegriffes im materiellen Sinne zählen das Geheimhaltungs*interesse*, der Geheimhaltungswille des Geheimnisherrn und die relative Unbekanntheit der in Frage stehenden Tatsachen (Urteil des Bundesgerichts 1B_29/2018 vom 24. August 2018, E. 2.3 f.; MKGE 9 Nr. 176 E. 2a; so auch Kurt Hauri, Kommentar zum Militärstrafgesetz, Bern 1983, Art. 77 N 7 ff. und Art. 86 N 6 ff.; Peter Popp, Kommentar zum Militärstrafgesetz. Besonderer Teil, St. Gallen 1992, Art. 77 N 4 ff.; Flachsmann/Fluri/ Görlich Käser/Isenring/Wehrenberg, Tafeln zum Militärstrafrecht, 3. Aufl., Zürich 2014, Tafel 78, S. 136, Fn 7). Art. 77 MStG ist Art. 320 StGB nachgebildet und inhaltlich mit diesem nahezu deckungsgleich (vgl. Hauri, a.a.O., Art. 77 N 4; Frédéric-Henri Comtesse, Das Schweizerische Militärstrafgesetz, Zürich 1946, Art. 77 N. 1; MKGE 9 Nr. 176, E. 2b).

b) Bei Art. 320 StGB liegt das geschützte Rechtsgut insbesondere im Schutz des öffentlichen Interesses der Allgemeinheit am reibungslosen Funktionieren der Verwaltung und der Rechtspflege. Art. 77 MStG schützt demgegenüber das öffentliche Interesse am ungestörten Gang der Aufgabenerfüllung der Armee und des militärischen Betriebs. Solches ist grundsätzlich nur mit Diskretion der Aufgabenträger (Behörden und Beamte bei Art. 320 StGB oder militärische Stellen und Armeeangehörige bei Art. 77 MStG) möglich (Trechsel/Vest, Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2018, Art. 320 N 1). Personen, die staatliche Funktionen ausüben, sollen daher die zur ungestörten und ordentlichen Erfüllung ihrer Aufgaben notwendige Verschwiegenheit wahren. Systematisch gehört Art. 77 MStG denn auch zu den Dienstverletzungen im Dritten Abschnitt des Zweiten Teils des MStG. Darüber hinaus schützen die Art. 77 MStG und Art. 320 StGB auch private Interessen an der Geheimhaltung persönlicher Daten sowie Persönlichkeitsrechte (vgl. Niklaus Oberholzer, Basler Kommentar StGB II, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 320 N 4 f.; vgl. auch BGE 142 IV 65 E. 5.1; 127 IV 122 E. 1). Betrifft das Geheimnis eine Tatsache aus der Privatsphäre des Einzelnen, ist dieser nach der Rechtsprechung bei Verletzung des Amtsgeheimnisses Geschädigter im Sinne von Art. 115 Abs. 1 StPO (Urteile des Bundesgerichts 6B_761/2016 vom 16. Mai 2017, E. 3.4.3 und 6B_28/2012 vom 11. Dezember 2012, E. 1.4).

c) Hinsichtlich des *Geheimhaltungsinteresses* ist es bei Art. 77 MStG wie bei Art. 320 StGB nicht erforderlich, dass eine ausdrückliche Geheimhaltungserklärung erfolgt oder ein förmlicher Geheimhaltungsbeschluss ergeht (Hauri, a.a.O., Art. 77 N 8). Ein amtlicher Klassifizierungsvermerk oder ein expliziter Hinweis auf Vertraulichkeit stellt abgesehen

von der Kundgabe eines Geheimhaltungswillens lediglich ein starkes Indiz für das Bestehen eines Geheimhaltungsinteresses dar. Umgekehrt kann aus einem fehlenden Klassifizierungsvermerk oder einem fehlenden Hinweis auf Vertraulichkeit nicht abgeleitet werden, es bestehe bewusst kein Geheimhaltungswille des Geheimnisherrn (MKGE 9 Nr. 176 E. 3 und 4; Hauri, a.a.O., Art. 77 N 8). Entscheidend ist vielmehr, dass es sich erstens um eine Tatsache handelt, die weder offenkundig noch allgemein zugänglich ist (im Sinne einer *relativen Unbekanntheit*). Zweitens hat der Geheimnisherr in Bezug auf diese Tatsache ein berechtigtes Interesse und den ausdrücklich oder stillschweigend bekundeten *Willen zur Geheimhaltung* (Oberholzer, a.a.O., Art. 320 N 8; BGE 127 IV 125; Donatsch/Thommen/Wohlers, Strafrecht IV, 5. Aufl., Zürich 2017, § 126 1.2, S. 576; Stratenwerth/Bommer, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, 7. Aufl., Bern 2013, § 61 N 5). Unerheblich für den Geheimnisbegriff ist dagegen das Interesse Dritter und der Öffentlichkeit an einer allfälligen Offenlegung des Geheimnisses (Donatsch et al., a.a.O., § 126 1.2, S. 576; ferner BGE 127 IV 130).

d) Der *Schutzbereich* von Art. 77 MStG erfasst zunächst Amtsgeheimnisse mit militärischem Bezug, sodann Dienstgeheimnisse, soweit sie nicht die Landesverteidigung betreffen (vgl. oben E. 2), schliesslich aber auch Geheimnisse aus der Privatsphäre einer involvierten Person (vgl. Popp, a.a.O., Art. 77 N 6; Flachsmann et al., a.a.O., Tafel 78, S. 136, Fn 7). An die *relative Unbekanntheit* werden keine hohen Anforderungen gestellt. Es geht um Tatsachen, die weder offenkundig noch allgemein bekannt sind und an deren Geheimhaltung mit Rücksicht auf die Landesverteidigung ein schutzwürdiges Interesse besteht. Immerhin ist erforderlich, dass die Information oder Sache nicht ohne weiteres jedermann zugänglich ist (vgl. MKGE 9 Nr. 160; MKGE 7 Nr. 34 E. II/1; Hauri, a.a.O., Art. 77 N 11 und Art. 86 N 7).

e) Bei Art 77 MStG handelt es sich um ein echtes Sonderdelikt. Der persönliche Geltungsbereich der Norm beschränkt sich mithin auf Militärpersonen, die aufgrund einer besonderen Stellung oder Tätigkeit zur Geheimhaltung verpflichtet sind, und schliesst Zivilisten grundsätzlich aus dem *Täterkreis* aus (vgl. Popp, a.a.O., Art. 77 N 2 f.; Flachsmann et al., a.a.O., Tafel 78, S. 136, Fn 8). Die Geheimhaltungspflicht von Personen mit amtlicher oder hoheitlicher Tätigkeit ergibt sich direkt aus ihrer Funktion. Bei Tatsachen bzw. Informationen, die jemand in einer dienstlichen Stellung bzw. in Ausübung seiner dienstlichen Funktion erfährt, ist erforderlich, dass sich die Verschwiegenheitspflicht aus einer weiteren Norm ergibt. Damit kann das straflose Offenbaren von Informationen, welche im sozialen oder geselligen Rahmen des Dienstbetriebs wahrgenommen werden, von der strafbewehrten Verschwiegenheitspflicht dienstlicher Informationen abgegrenzt werden (vgl. Flachsmann et al., a.a.O., Tafel 78, S. 136, Fn 8). Solche Normen finden sich etwa in Ziff. 83 des Dienstreglements der Armee vom 22. Juni 1994 (DRA; SR 510.107.0) betreffend Verschwiegenheit im Umgang mit persönlichen Daten und in Ziff. 84 DRA (Wahrung dienstlicher Geheimnisse).

f) Aus dem Schutzbereich der Norm, wonach Art. 77 MStG Amtsgeheimnisse, Dienstgeheimnisse und private Geheimnisse schützt, ergibt sich, dass je nach Geheimnis bzw. Geheimhaltungsinteresse, der Staat bzw. die Armee als Geheimnisherr bzw. als Hüter seiner eigenen Geheimhaltungsinteressen oder eine betroffene Einzelperson als Geheimnisherr anzusehen ist. Es gibt zudem auch Konstellationen, in denen in Bezug auf denselben Lebenssachverhalt der Staat als Geheimnisherr an einem Aspekt und eine

Einzelperson als Geheimnisherr an einem anderen Aspekt zu berücksichtigen ist (Ernst Hafter, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, § 134 III., S. 851; vgl. Hauri, a.a.O., Art. 77 N 10; Comtesse, a.a.O., Art. 77 N. 2 und 3; Stratenwerth/Bommer, § 61 N 10; Oberholzer, a.a.O., Art. 320 N 13; vgl. auch MKGE 9 Nr. 176 E. 6, wo die Frage zwar diskutiert, aber letztlich offengelassen wird). Es bleibt somit im Einzelfall zu prüfen, wer Geheimnisherr über welche Angelegenheit ist (vgl. Oberholzer, a.a.O., Art. 320 N 13).

g) Die eigentliche Tathandlung liegt im Offenbaren des Geheimnisses. Dazu muss der Täter das Geheimnis einer Drittperson zur Kenntnis bringen oder dieser die Kenntnisnahme zumindest ermöglichen. Auf welche Weise dies geschieht, ist unerheblich. Ein Geheimnis kann selbst dann offenbart werden, wenn der Empfänger die geheim zu haltenden Informationen bereits kennt oder vermutet, weil dadurch seine allenfalls unsicheren oder unvollständigen Kenntnisse ergänzt oder verstärkt werden. Nicht von Bedeutung ist auch, ob der Empfänger des offenbarten Geheimnisses seinerseits einer militärischen Geheimhaltungspflicht untersteht, weil auch gegenüber Verschwiegenheitsverpflichteten anderer Einheiten die Geheimhaltungspflicht grundsätzlich beachtet werden muss. Nur dort, wo Offenbarungen gesetzlich vorgesehen oder dienstlich gerechtfertigt sind, entfällt die Pflicht zur truppen- bzw. einheitsinternen Geheimhaltungspflicht (Oberholzer, a.a.O., Art. 320 N 10; vgl. Trechsel/Vest, a.a.O., Art. 320 N 8; BGE 114 IV 44, E. 3b).

4.

a) Strittig ist vorliegend, ob es sich beim Inhalt der Rede des CdA um zu schützende Amts- oder Dienstgeheimnisse handelt. Aus den von den Vorinstanzen festgestellten Sachverhalt ergibt sich, dass am fraglichen Seminar vom 29. April 2016 zum einen etwa die Anforderungen und Einsatzmöglichkeiten der Territorialdivisionen beim Schutz kritischer Infrastrukturen, die Aufgaben der Generalstabsoffiziere und sicherheitspolitische Themen präsentiert und diskutiert wurden. Zum anderen wurden am Seminar auch Informationen über aktuelle politische Entscheide zur WEA und die Grundlagen zu deren aktiven Unterstützung sowie deren Umsetzung vermittelt. Diese Tatsachen betrafen ein laufendes Gesetzgebungsprojekt und waren weder relativ unbekannt noch bestand daran ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse. Das reibungslose Funktionieren der Armee war von diesen Tatsachen und Informationen nicht betroffen. Im Gegenteil: Gemäss Befehl des CdA sollten die Seminare gerade in der Absicht durchgeführt werden, dass aktuelle Themen der Sicherheitspolitik diskutiert werden können und die Teilnehmer anschliessend über die Grundlagen zur aktiven Unterstützung und Umsetzung der WEA verfügen sollten. Dadurch sollten die Teilnehmer das Besprochene im Rahmen der politischen Diskussion verwenden. Die Vorinstanz folgert vor diesem Hintergrund zu Recht, dass damit nicht gleichzeitig ein Geheimhaltungsinteresse an den im Seminar vermittelten Informationen bestehen kann.

b) Dieses Ergebnis ergibt sich auch dadurch, dass gemäss Ziff. 4.1 des Befehls nicht nur alle höheren Stabsoffiziere und die eingeteilten Generalstabsoffiziere eingeladen bzw. aufgeboten waren, sondern auch ehemalige Generalstabsoffiziere ausser Dienst. Letztere sind nach dem Wortlaut von Art. 77 MStG nur zur Wahrung solcher Geheimnisse verpflichtet, die sie in ihrer dienstlichen oder amtlichen Eigenschaft anvertraut erhalten oder die sie in ihrer amtlichen oder dienstlichen Stellung wahrgenommen haben. Zu die-

ser Geheimhaltung sind sie auch nach Beendigung des amtlichen oder dienstlichen Verhältnisses verpflichtet. Keiner Geheimhaltungspflicht unterliegen sie dagegen für Geheimnisse, die ihnen *nach* Beendigung ihres amtlichen oder dienstlichen Verhältnisses offenbart werden. Auf den prozessualen Antrag des Angeklagten, wonach geprüft werden solle, welche nicht von der militärischen Geheimhaltungspflicht unterworfenen Personen am Seminar vom 29. April 2016 teilgenommen haben, ist entsprechend nicht weiter einzugehen.

c) Zu prüfen ist schliesslich, ob es sich bei den Aussagen des damaligen CdA um schützenswerte Geheimnisse aus seiner Privatsphäre handelte. Dies ist zu verneinen. Es wurden keine Elemente festgestellt, die Informationen aus dem privaten Bereich des CdA umfasst hätten. Vielmehr ging es bei der Präsentation des CdA um Tatsachen, die er nach seinem eigenen Befehl gar nicht geheim halten wollte. Die für die Präsentation gewählte Wortwahl spielt dabei keine Rolle: Einerseits greift der Schutz der Privatsphäre nicht für die Wortwahl bei der Darstellung von ansonsten nicht geheimen Informationen und andererseits kann auch kein Geheimhaltungsinteresse an der Wortwahl geltend gemacht werden, wenn die gesamte Veranstaltung dazu gedacht ist, die Informationen in der politischen Diskussion zu verwenden und an die Öffentlichkeit zu tragen.

Im Ergebnis ist im Einklang mit dem Militärappellationsgericht 2 festzuhalten, dass kein Geheimnis offenbart wurde, weshalb Art. 77 MStG keine Anwendung findet. Somit ist die Kassationsbeschwerde in diesem Punkt abzuweisen.

5.

a) Nach Art. 72 Abs. 1 MStG wird mit Geldstrafe sanktioniert, wer vorsätzlich eine Dienstvorschrift oder ein Reglement nicht befolgt. Wer eine solche Verletzung fahrlässig begeht, kann gemäss Art. 72 Abs. 2 MStG mit Busse bestraft werden. Eine Dienstvorschrift ist jede generelle, nicht an eine bestimmte Person gerichtete Vorschrift in Dienstsachen, sei es in Form eines Reglements oder eines Erlasses niedrigerer Stufe. Dienstvorschriften können in schriftlicher oder mündlicher Form von amtlichen oder militärischen Vorgesetzten im Rahmen ihrer dienstlichen oder militärischen Befugnisse erlassen werden. Erforderlich ist dabei, dass die Dienstvorschrift publiziert bzw. dem Adressatenkreis mitgeteilt bzw. diesem zumindest die Kenntnisnahme der Dienstvorschrift ermöglicht worden ist (vgl. Popp, a.a.O., Art. 72 N 8 ff.; Flachsmann et al., a.a.O., Tafel 75, S. 128, Fn 2).

b) Ziff. 299 des Reglements 51.024 Organisation der Ausbildungsdienste (nachfolgend: ODA) sieht in der hier anwendbaren Fassung vom 1. Januar 2012 Folgendes vor:

¹ Angehörige der Armee dürfen im Militärdienst – die Dienstzeit beginnt mit dem Antritt der Einrückungsreise und endet mit dem Abschluss der Entlassungsreise; sie umfasst Arbeitszeit, Ruhezeit und Freizeit, als Freizeit gelten Ausgang und Urlaub (Ziff 3 Abs. 3 «DR 04») – ohne Einwilligung des Kdt bzw des militärischen Vorgesetzten weder fotografieren noch Filme oder Videosequenzen bzw vergleichbare Darstellungen auf Bild-, Ton- und Datenträgern aller Art aufnehmen und speichern, wenn die Aufnahmen im Zusammenhang mit der militärischen Ausbildung und dem Dienstbetrieb stehen oder gegen die guten Sitten oder gegen das Ansehen der Uniform als Ausdruck der Zugehörigkeit zur Armee verstossen. Insbesondere ist generell verboten, Bilder, Film-

und Videosequenzen bzw. vergleichbare Darstellungen in irgendeinem Medium (gedruckt, elektronisch usw.) zu veröffentlichen. Diesbezügliche Verstösse sind als Nichtbefolgung von Dienstvorschriften strafbar und werden disziplinarisch geahndet. Weitere Sanktionen und Straftatbestände bleiben vorbehalten.

² Die Bestimmung gemäss Abs. 1 ist in sämtliche Dienstbefehle zu integrieren und den Armeeangehörigen zu kommunizieren.

Heute ist diese Bestimmung in sprachlich angepasster Fassung in Ziff. 310 Abs. 4 und 6 festgehalten. Ziff. 58 des Reglements 52.059 Integrale Sicherheit (nachfolgend: IS) legt in der bis heute unveränderten Fassung vom 1. Januar 2012 unter dem Titel «Veröffentlichungsverbot» Folgendes fest:

¹ Angehörige der Armee dürfen während der Dienstzeit ohne Einwilligung des Kommandanten bzw. des militärischen Vorgesetzten weder fotografieren noch Filme und Videosequenzen bzw. vergleichbare Darstellungen auf Bild-, Ton- und Datenträgern aller Art aufnehmen und speichern, wenn die Aufnahmen im Zusammenhang mit der militärischen Ausbildung und dem Dienstbetrieb stehen oder gegen die guten Sitten oder gegen das Ansehen der Uniform als Ausdruck der Zugehörigkeit zur Armee verstossen.

² Insbesondere ist generell verboten, Bilder, Film- und Videosequenzen bzw. vergleichbare Darstellungen in irgendeinem Medium (gedruckt, elektronisch, etc.) zu veröffentlichen.

³ Diesbezügliche Verstösse sind als Nichtbefolgung von Dienstvorschriften strafbar und werden disziplinarisch geahndet. Weitere Sanktionen und Straftatbestände bleiben vorbehalten.

c) Sowohl das Reglement ODA als auch das Reglement IS stellen mögliche massgebliche Dienstvorschriften dar. Laut dem Verteiler der beiden Reglemente musste der Angeklagte zum massgebenden Zeitpunkt von beiden Reglementen ein persönliches Exemplar erhalten, mindestens aber via Kommandoexemplar und aufgrund der Weiterbildung als Generalstabsoffizier ihren Inhalt gekannt haben. Die Bestimmungen in Ziff. 299 Abs. 1 ODA und in Ziff. 58 Abs. 1–3 IS sind textlich nahezu deckungsgleich. Ziff. 299 ODA sieht in Abs. 2 allerdings *zusätzlich* vor, dass die Bestimmung von Abs. 1 «in sämtliche Dienstbefehle zu integrieren und den Armeeangehörigen zu kommunizieren» ist.

d) Mit der Begründung, dass Ziff. 299 ODA wegen der zusätzlichen Bestimmung in Abs. 2 weiter geht als Ziff. 58 IS hat das Militärappellationsgericht 2 im angefochtenen Urteil vom 18. Juni 2018 Ziff. 299 ODA als *lex specialis* zu Ziff. 58 IS qualifiziert (vgl. Urteil, Ziff. 19). Weiter charakterisiert die Vorinstanz Ziff. 299 Abs. 2 ODA als objektive Strafbarkeitsbedingung mit der Schlussfolgerung, dass keine Strafbarkeit wegen Verletzung einer Dienstvorschrift bestehen könne, wenn das Verbot von Ziff. 299 Abs. 1 ODA nicht gemäss Abs. 2 in den Dienstbefehl integriert und den Armeeangehörigen kommuniziert worden

sei (vgl. Urteil, Ziff. 24 ff.). Die Vorinstanz begründet diese Auffassung zudem mit der heutigen Fassung von Ziff. 310 Abs. 6 ODA, die den früheren Abs. 2 von Ziff. 299 ODA ersetzt habe. Dort heisse es nicht mehr nur «Die Bestimmung gemäss Abs. 1 ist in sämtliche Dienstbefehle zu integrieren und den Armeeangehörigen zu kommunizieren», sondern «Die Vorgesetzten machen ihre Unterstellten in den Befehlen für die Ausbildungsdienste und zu Beginn auf dieses Verbot *ausdrücklich aufmerksam*.» (Hervorhebung hinzugefügt). Dieses Publikationserfordernis habe den offensichtlichen Zweck, Rechtssicherheit für die Adressaten des Verbots zu schaffen, um Ungleichbehandlungen und Willkür zuvor zu kommen, da auch in der Armee Smartphones für unverdächtige Aufnahmen etc. verwendet werden könnten (vgl. Urteil, Ziff. 24).

6.

a) Während der Auditor in seiner Kassationsbeschwerde betont, dass es sich bei Ziff. 299 Abs. 2 ODA um eine Informationsbestimmung zur Vermeidung des Verbotsirrtums und nicht um eine objektive Strafbarkeitsbedingung handle, teilt der Angeklagte in seiner Beschwerdeantwort im Wesentlichen die Auffassung der Vorinstanz.

b) Bei einer objektiven Strafbarkeitsbedingung handelt es sich um eine Voraussetzung der Strafbarkeit, die zwar objektiv erfüllt sein muss, die aber das Unrecht der Tat und die Schuld des Täters nicht mitbegründet, mithin nicht zum objektiven Straftatbestand gehört. Im Gegensatz zu den Tatbestandsmerkmalen gehören objektive Strafbarkeitsbedingungen nicht zur Umschreibung des verbotswidrigen Verhaltens, sondern beschränken dessen Strafbarkeit aus Gründen der Praktikabilität. Solche objektiven Strafbarkeitsbedingungen liegen etwa im Eintritt des Todes oder einer Körperverletzung beim Raufhandel gemäss Art. 133 StGB oder beim Angriff nach Art. 134 StGB oder in der Eröffnung des Konkurses bzw. der Ausstellung eines Verlustscheins beim betrügerischen Konkurs sowie beim Pfändungsbetrug nach Art. 163 StGB (vgl. Donatsch/Tag, Strafrecht I, 9. Aufl., Zürich 2013, § 8 3., S. 110 f.; vgl. dazu auch ausführlich die Dissertation von Pierluigi Schaad, Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen im schweizerischen Strafrecht, Winterthur 1964, *passim*). Davon zu unterscheiden sind Informationsgebote, welche die Erhöhung der Verbotskenntnis bewirken sollen, dabei aber nicht bewirken, dass das Verbot ohne Informationsgebot nicht gelten würde.

c) Der vorinstanzlich angeführte Vergleich mit Art. 292 StGB geht insofern an der Sache vorbei, als die Androhung der Straffolgen im Straftatbestand selber erwähnt wird, d.h. sich nur strafbar macht, wer einer amtlichen Verfügung nicht Folge leistet, sofern in der amtlichen Verfügung selbst eine Strafdrohung enthalten ist. Ausserdem beschlägt Art. 292 StGB amtliche Verfügungen, die eine Verpflichtung zu einem spezifischen Tun, Unterlassen oder Dulden zum Gegenstand haben. Betroffen sind ein konkreter Lebenssachverhalt und ein konkretes Verhalten, zu welchem der Betroffene angehalten werden soll.

Dasselbe gilt sinngemäss für den Hinweis auf Art. 91 SchKG. Auch dort ist dem Betroffenen – nicht nur dem Schuldner, sondern auch Dritten (BGE 125 III 391 E. 3d) – im Zusammenhang mit einem konkreten Lebenssachverhalt eine ansonsten zulässige Handlung untersagt, was anzukündigen ist.

d) Im Gegensatz zu Art. 292 StGB und Art. 91 SchKG verbietet Ziff. 299 ODA hingegen in allgemeiner Weise das Fotografieren etc. Das Publikationserfordernis bringt dabei keine Präzisierung des verbotenen Verhaltens mit sich. Mit Ziff. 299 Abs. 2 ODA wird damit keine zusätzliche materielle Strafbarkeitsvoraussetzung eingeführt, sondern bloss die Pflicht, auf ein unverändert bestehendes Verbot hinzuweisen. Mit der Missachtung der Hinweispflicht durch den Kommandanten entfällt das Aufnahme- und Publikationsverbot von Ziff. 299 Abs. 1 ODA nicht. Demgegenüber liegt kein strafbarer Raufhandel vor, wenn keine Körperverletzung vorliegt bzw. der Tod nicht eintritt. Die Informationspflicht in Ziff. 299 Abs. 2 ODA ist vergleichbar mit einer Pflicht von Ärzten, die bei der Abgabe von Medikamenten Sportler darauf hinzuweisen haben, dass diese Medikamente auf der Dopingliste stehen. Missachtet ein Arzt seine Hinweispflicht, wird die Einnahme des Dopings durch den Sportler deswegen jedoch nicht zulässig.

e) Mit einer Informationspflicht i.S.v. Ziff. 299 Abs. 2 ODA kann jedoch – entgegen der Auffassung der Vorinstanz – keine Abgrenzung zwischen erlaubten und verbotenen Aufnahmen und Publikationen, mithin keine «Praktikabilitätsgrenze» bewirkt werden. In der fraglichen Bestimmung fehlt es denn auch an einem abgrenzenden Kriterium, weshalb sie keine zusätzliche Rechtssicherheit betreffend die Strafbarkeit des konkreten Verhaltens herstellen kann. Ziff. 299 Abs. 2 ODA dient lediglich dazu, das bestehende Aufnahme- und Publikationsverbot in Erinnerung zu rufen, damit der Armeeangehörige daran denkt, vor einer Aufnahme und/oder Publikation von Bild- und/oder Tonmaterial aus dem Militärdienst die Einwilligung des Kommandanten einzuholen. Die Tatsache, dass es verschiedene Gelegenheiten und Anlässe während des Militärdienstes gibt, bei denen Bild- und Tonaufnahmen nicht verboten sein sollen, sondern sogar erwünscht sein können, ändert hieran nichts.

7.

a) Bei Ziff. 299 Abs. 2 ODA handelt es sich zusammenfassend nicht um eine objektive Strafbarkeitsbedingung, sondern um eine bloss Informationspflicht des Kommandanten. Bei Missachtung dieser Pflicht entfällt die Verbotsnorm nicht. Da die Vorinstanz ihren Freispruch von der Verletzung von Dienstvorschriften allein auf das Fehlen einer objektiven Strafbarkeitsbedingung abstellt, diese Auffassung jedoch nach dem Gesagten abzulehnen ist, brauchen die weiteren Tatbestandselemente bezüglich Verletzung von Dienstvorschriften nicht erörtert zu werden, da dies der Vorinstanz anheimgestellt sein wird.

b) Bei diesem Ergebnis ist die Kassationsbeschwerde des Auditors in diesem Punkt gutzuheissen. Da die Kassationsbeschwerde somit betreffend mehrfache Verletzung von Dienstgeheimnissen abzuweisen (oben E. 4), jedoch betreffend Nichtbefolgung von Dienstvorschriften gutzuheissen ist, sind die Kosten des Kassationsverfahrens je zur Hälfte vom Angeklagten und der Eidgenossenschaft zu tragen (Art. 193 i.V.m. 183 MStP).

(897, 14. März 2019, Auditor gegen Militärappellationsgericht 2)

22

Art. 186 al. 1 PPM; art. 81 al. 1 let. a CPM; pourvoi en cassation par l'Auditeur en chef ; refus de servir réalisé avant le recrutement; quotité de la peine privative (pourvoi en cassation)

Un pourvoi en cassation peut être formé par l'Auditeur en chef en faveur de l'accusé (consid. 1). Le conscrit qui refuse d'être recruté ne commet pas uniquement un refus de servir portant sur les jours nécessaires au recrutement, mais sur l'intégralité du service militaire (consid. 3a). En matière de fixation de la peine, il n'y a pas lieu d'opérer une distinction entre la situation de la personne qui refuse de servir avant le recrutement et celle de la personne qui refuse de servir après avoir été recrutée. En cas d'infraction à l'art. 81 al. 1 CPM, une peine privative de liberté de quatre à huit mois est adéquate lorsque des éléments particuliers ne justifient pas de s'écarter de ce cadre vers le haut ou vers le bas (consid. 3b).

Art. 186 Abs. 1 MStP; Art. 81 Abs. 1 Bst. a MStG; Kassationsbeschwerde des Oberauditors; Dienstverweigerung vor der Rekrutierung, Zumessung der Freiheitsstrafe (Kassationsbeschwerde)

Der Oberauditor ist befugt, im Interesse des Angeklagten Kassationsbeschwerde zu erheben (E. 1). Die Weigerung eines Rekruten, an der Rekrutierung teilzunehmen, erstreckt sich nicht nur auf die aushebungsbezogenen Dienstage, sondern auf die gesamte Militärdienstzeit (E. 3a). Bei der Strafzumessung ist nicht danach zu unterscheiden, ob der Dienst vor oder nach der Rekrutierung verweigert worden ist. Wird der Dienst i.S.v. Art. 81 Abs. 1 MStG verweigert, ist eine Freiheitsstrafe zwischen vier und acht Monaten angemessen, es sei denn besondere Umstände rechtfertigen eine von diesem Strafrahmen abweichende Erhöhung oder Herabsetzung der Strafe (E. 3b).

Art. 186 cpv. 1 PPM; art. 81 cpv. 1 let. a CPM; ricorso per cassazione dell'Uditore in capo; rifiuto del servizio prima del reclutamento, comminazione della pena privativa della libertà (ricorso per cassazione)

L'Uditore in capo può inoltrare un ricorso per cassazione in favore dell'accusato (consid. 1). Il coscritto che rifiuta di partecipare al reclutamento non rifiuta il servizio unicamente in relazione a quest'ultimo, ma bensì all'integralità del servizio militare (consid. 3a). Che il rifiuto del servizio sia intervenuto prima o dopo il reclutamento è irrilevante ai fini della comminazione della pena. In presenza di un rifiuto del servizio ai sensi dell'art. 81 cpv. 1 CPM, la comminazione di una pena privativa della libertà da quattro a otto mesi è, di principio, appropriata, a condizione che le circostanze particolari di cui al caso concreto non giustificano la pronuncia di una pena più o meno severa (consid. 3b).

Il résulte du dossier :

A.

A. est né en 1993 à B. Depuis 2016, il vit en France, chez une tante, et y suit une formation dans une école technique.

Le prénommé a été convoqué en 2011 à la journée d'information. L'autorité militaire cantonale l'a convoqué en vain au recrutement en 2013, A. n'étant pas entré en service. Ce dernier n'a pas davantage pu être recruté en 2014. Convoqué au recrutement à deux reprises en 2015 puis à quatre occasions en 2016, l'intéressé n'est pas entré en service. Pour ces défauts successifs au recrutement, A. a tout d'abord été sanctionné par une réprimande en 2013, puis a été condamné à l'amende à trois reprises entre juillet 2015 et mars 2016.

Le casier judiciaire de A. fait état d'une condamnation par le Ministère public du canton C., en 2014, pour violation grave des règles de la circulation routière, ainsi que d'une condamnation par le Ministère public du canton D., en 2015, pour violence ou menace contre les autorités et les fonctionnaires. La condamnation de 2014 a eu pour conséquence, selon les données PISA et en application de l'art. 66 al. 2 de l'ordonnance concernant les obligations militaires (OMi ; RS 512.21), qu'aucune convocation au recrutement n'a été adressée au prénommé entre le 4 septembre 2014 et le 24 mars 2015.

B.

Le 16 janvier 2017, une procédure pénale militaire a été ouverte contre A. en raison de son défaut au recrutement à Lausanne, du 2 au 3 mai 2016. Dans ce cadre, celui-ci a été entendu le 22 mai 2017 par le Juge d'instruction militaire. Il a déclaré en substance qu'il avait bien reçu la convocation au recrutement, que, le jour en question, il avait oublié de se présenter, ou plutôt qu'il s'était bloqué le dos et n'avait pas été en mesure de se déplacer. Il a ajouté qu'il avait obtenu un certificat médical de la part de son médecin, mais qu'il avait oublié d'envoyer ce document aux autorités cantonales après que celles-ci lui eurent demandé d'expliquer son défaut. Interrogé sur sa position envers l'obligation de servir, A. a déclaré ce qui suit :

« Je n'ai aucune appréhension à l'encontre du service militaire. J'ai simplement oublié de me présenter. Je ne vous cache pas que pour moi le service militaire est quelque chose de secondaire mais cela ne veut pas dire que je ne ferais pas mon service si je le dois. »

Après avoir été informé par le Juge d'instruction militaire de la règle selon laquelle l'obligation de participer au recrutement s'éteint à la fin de l'année au cours de laquelle le conscrit atteint l'âge de 25 ans, l'intéressé a déclaré ce qui suit :

« Je connaissais cette règle mais je pensais que c'était à la fin de l'année des 26 ans. [...] Je n'ai pas essayé de repousser la date du recrutement dans cet objectif. [...] Les

précédentes fois [...] il s'agissait d'un oubli et d'un manque d'organisation, sauf pour le recrutement 2016 où je m'étais bloqué le dos. »

Considérant :

1.

Le pourvoi en cassation est recevable contre les jugements rendus par défaut par les tribunaux militaires (art. 184 al. 1 let. c PPM). Le présent pourvoi a été formé en temps utile par l'Auditeur en chef, lequel est habilité à recourir en l'absence de pourvoi de l'auditeur du tribunal (art. 186 PPM). Ce droit de recours de l'Auditeur en chef, prévu spécialement par la loi, tend notamment à garantir une jurisprudence cohérente des tribunaux militaires ; comme le Tribunal militaire de cassation l'a implicitement reconnu à diverses reprises par le passé (cf. par exemple ATMC 14 n° 17), le pourvoi peut être exercé dans l'intérêt d'une bonne application de la loi, y compris en faveur de l'accusé (cf. aussi André Jomini, in Commentaire de la Procédure pénale militaire, n°s 9 ss ad art. 186 PPM). Le pourvoi est ainsi recevable.

3.

L'Auditeur en chef se plaint d'une violation de la loi pénale (cf. art. 185 al. 1 let. d PPM), car la peine privative de liberté prononcée serait disproportionnée. Il ne conteste pas que, au regard des éléments figurant au dossier, une condamnation de A. pût être prononcée à titre de l'art. 81 CPM. Selon lui, la peine aurait cependant dû être proportionnée au nombre de jours éludés, soit en l'occurrence deux journées de recrutement.

a) L'art. 81 CPM – qui réprime le refus de servir et la désertion – sanctionne plusieurs types ou situations de refus. Ainsi, en vertu de l'art. 81 al. 1 let. a CPM, commet cette infraction celui qui ne participe pas à la journée d'information ou au recrutement. Commet également cette infraction la personne qui ne se présente pas au service militaire, bien qu'elle y ait été convoquée (art. 81 al. 1 let. b CPM), la personne qui abandonne sa troupe ou son emploi militaire sans autorisation (art. 81 al. 1 let. c CPM), la personne qui ne rejoint pas sa troupe après une absence justifiée (art. 81 al. 1 let. d CPM), ou encore la personne qui refuse, après être entrée en service, d'exécuter un ordre concernant le service qui lui était adressé (art. 81 al. 1 let. e CPM).

aa) Dans les situations décrites aux lettres b à d de l'art. 81 al. 1 CPM, la personne concernée, astreinte au service militaire, a été déclarée apte à ce service ; elle doit accomplir les services d'instruction ainsi que d'autres services prévus par la loi (cf. art. 12 de la loi sur l'armée et l'administration militaire [LAAM ; RS 510.10]). Préalablement, la personne astreinte au service militaire est soumise à d'autres obligations militaires : d'abord à l'obligation de participer à la séance d'information (cf. art. 8 LAAM) puis à celle de participer au recrutement (art. 9 LAAM). Le recrutement des conscrits permet en particulier d'apprécier l'aptitude à effectuer le service militaire ou le service de protection civile (art. 10 al. 1 let. b LAAM). Tant que cette étape n'est pas passée, l'obligation d'accomplir le service militaire défini aux art. 12 ss LAAM n'est pas imposée au conscrit. En d'autres termes, les jours de recrutement – même s'ils doivent ensuite être imputés sur la durée

totale des services d'instruction (cf. art. 10 al. 2 LAAM) – ne constituent pas des jours de service militaire *stricto sensu* ou de service d'instruction. L'art. 81 al. 1 CPM distingue bien, aux lettres a et b, les situations du refus de servir concernant, d'une part, la journée d'information ou le recrutement et, d'autre part, le service militaire.

bb) Ce qui précède ne saurait cependant conduire à opérer une distinction, sur le plan de la fixation de la peine prononcée en raison d'une infraction à l'art. 81 CPM, entre la situation de la personne qui refuse de servir avant le recrutement et celle de la personne qui refuse de servir après avoir été recrutée.

Tout d'abord, il ne ressort aucunement de l'art. 81 al. 1 CPM que la situation décrite à la lettre a serait de moindre gravité que celle évoquée aux lettres b à e. Il s'agit uniquement de variantes, par lesquelles la personne peut réaliser les éléments constitutifs de l'infraction concernée.

En outre, une telle distinction ne se justifie pas sur la base d'une interprétation téléologique de la norme. L'art. 81 CPM vise à punir la personne qui refuse de servir, c'est-à-dire de se soumettre aux obligations décrites par les art. 8, 9 et 12 ss LAAM. A cet égard, on ne voit pas en vertu de quel principe celui qui refuse de servir après le recrutement – soit après avoir rempli les obligations découlant des art. 8 et 9 LAAM – devrait être puni plus sévèrement que celui qui refuse d'emblée tout service, en particulier avant le recrutement. Dans cette dernière situation, la personne se soustrait non seulement aux obligations décrites à l'art. 9 LAAM, mais encore, par conséquent, à l'obligation d'accomplir son service militaire au sens des art. 12 ss LAAM.

La même solution découle d'une interprétation systématique de la loi. Ainsi, dans le cadre de la modification de la loi sur le service civil (LSC ; RS 824.0) du 25 septembre 2015, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2016 (cf. RO 2016 1883), le CPM a subi diverses altérations. Dans le message publié à l'appui de cette modification législative, le Conseil fédéral a exposé que celle-ci visait à unifier la punissabilité des militaires n'entrant pas en service malgré une convocation et qui sont admis au service civil, affectés au service sans arme ou déclarés inaptes au service. L'art. 84 CPM devait en particulier être modifié dans ce but (cf. Message du 27 août 2014 concernant la modification de la loi fédérale sur le service civil, FF 2014 6528). La disposition précitée, à laquelle renvoie désormais directement l'art. 81 al. 6 CPM, dispose que sont punies d'une amende, si elles commettent l'une des infractions visées aux art. 81 à 83 CPM, les personnes qui ont été déclarées inaptes au service militaire et qui étaient déjà inaptes lorsqu'elles ont commis l'infraction. Dans ce cas, le législateur a expressément prévu une sanction atténuée pour l'auteur ayant enfreint notamment l'art. 81 CPM mais ayant, par la suite, été déclaré inapte au service militaire. Aucune atténuation de cette nature n'existe en revanche concernant la personne qui, dans le dessein de refuser le service militaire, n'a pas participé à la journée d'information ou au recrutement. Cela s'explique dans la mesure où celui qui ne participe pas même au recrutement rend impossible l'évaluation de son aptitude au service au sens de l'art. 10 al. 1 let. b LAAM. Le cas échéant, l'auteur ne refuse donc pas uniquement de participer aux jours consacrés au recrutement, mais bien d'accomplir l'intégralité du service militaire. Cela vaut indépendamment de l'aptitude au service de l'auteur qui, dans le dessein décrit à l'art. 81 al. 1 CPM, ne participe pas à la journée d'information ou

au recrutement. En effet, celui qui ne se plie pas à son obligation de participer au recrutement et rend, partant, impossible l'appréciation de son aptitude à effectuer le service militaire, accepte par son comportement, à tout le moins par dol éventuel (cf. art. 13 al. 2 2^{ème} phrase CPM), de se soustraire totalement à ses obligations militaires pour le cas où il serait jugé apte à accomplir celui-ci.

cc) Au vu de ce qui précède, le tribunal pouvait, sans violer la loi pénale, considérer que le refus de servir de A. concernait non pas seulement les jours consacrés au recrutement mais l'intégralité des obligations militaires et, partant, fixer la peine sur cette base.

b) Il reste à examiner si le tribunal a pu violer la loi pénale en infligeant à l'intéressé une peine privative de liberté de dix mois.

aa) Aux termes de l'art. 41 CPM, le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur. Il prend en considération les antécédents, la situation personnelle et la conduite au service militaire de ce dernier ainsi que l'effet de la peine sur son avenir (al. 1). La culpabilité est déterminée par la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique concerné, par le caractère répréhensible de l'acte, par les motivations et les buts de l'auteur et par la mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures (al. 2). En matière de fixation de la peine, le Tribunal militaire de cassation n'intervient qu'en cas d'abus du large pouvoir d'appréciation dont jouit le juge (cf. ATMC 12 n° 20 consid. 2 et 3 ; ATMC 11 n° 19 consid. 11), ce qui est le cas lorsque la peine apparaît exagérément sévère ou clémente (ATMC 13 n° 16 consid. 4d ; ATMC 13 n° 14 consid. 3a ; ATMC 13 n° 5 consid. 2.2 ; ATMC 12 n° 21 consid. 13a). La durée du service refusé constitue un indice de la volonté délictuelle de l'auteur et s'avère, à cet égard, pertinente dans le cadre de la fixation de la sanction (cf. ATMC 12 n° 20 consid. 3 ; ATMC 9 n° 144 consid. 2).

bb) Dans sa jurisprudence, le Tribunal militaire de cassation a indiqué à diverses reprises que, en cas d'infraction à l'art. 81 CPM, une peine privative de liberté de quatre à huit mois était adéquate lorsque des éléments particuliers ne justifiaient pas de s'écarter de ce cadre vers le haut ou vers le bas (cf., évoquant une peine de six à huit mois, les ATMC 12 n° 20 consid. 3 ; ATMC 11 n° 6 consid. 4b ; ATMC 9 n° 53 consid. 1 ; évoquant une peine de quatre à huit mois, les ATMC 9 n° 144 consid. 2 ; ATMC 9 n° 96 consid. 2 ; ATMC 9 n° 89 consid. 2 et les références citées ; ATMC 9 n° 72 consid. 2). On peut relever que la jurisprudence évoquant une peine privative de liberté de quatre à huit mois a été développée avant que la durée maximale de la peine privative de liberté encourue pour refus de servir fût réduite à 18 mois par la nouvelle entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1996 (RO 1996 1445), aspect dont il convient de tenir compte (cf. ATMC 12 n° 20 consid. 4). Par ailleurs, la durée totale du service d'instruction est désormais de 245 jours, respectivement 280 jours pour les militaires en service long (cf. art. 6 let. d OMi). Celle-ci est donc inférieure à la durée du service militaire qui existait à l'époque où la jurisprudence précitée a été développée, soit 300 jours. En conséquence, au vu de la jurisprudence du Tribunal militaire de cassation et des évolutions législatives survenues depuis l'époque de son élaboration, il convient de considérer, en cas d'infraction à l'art. 81 CPM portant sur l'intégralité du service d'instruction, qu'une peine privative de liberté de quatre à huit mois est adéquate en l'absence d'éléments justifiant une sanction plus lourde ou au contraire plus clémente.

cc) En l'espèce, A. a été jugé par défaut. Le tribunal ne pouvait guère mettre en lumière d'éléments justifiant une peine plus sévère que celles prononcées ordinairement pour sanctionner un refus de servir concernant l'intégralité du service militaire. Le jugement par défaut du 14 septembre 2018 ne mentionne d'ailleurs pas de circonstances aggravant la culpabilité du prénommé, mais indique uniquement qu'aucun élément à décharge ne pouvait être envisagé (cf. consid. IV). Partant, en infligeant à A. une peine privative de liberté de dix mois, le tribunal a passé outre son large pouvoir d'appréciation, la sanction apparaissant exagérément sévère.

Ce qui précède vaut indépendamment des directives de l'Auditeur en chef du 18 décembre 2006, selon lesquelles une peine privative de liberté de huit à dix mois est préconisée lorsque le refus porte sur l'ensemble des obligations militaires. De telles directives ne lient en effet aucunement le Tribunal militaire de cassation (cf. ATMC 13 n° 5 consid. 2.2), mais ont plutôt vocation à être adaptées afin que les peines requises dans de telles situations correspondent au cadre jurisprudentiel précité.

c) En définitive, le pourvoi doit être admis sur ce point, le jugement par défaut attaqué annulé et la cause renvoyée au Tribunal militaire 1 pour nouvelle décision.

(898, 14 mars 2019, auditeur en chef contre le Tribunal militaire 1)

23

Art. 127 al. 1, art. 130 al. 1, art 155 al. 1, art. 185 al. 1 let. c, art. 186 al. 1 PPM ; qualité pour se pourvoir en cassation de l'Auditeur en chef en cas de manquements de la défense, procédure par défaut, défense efficace, devoir du défenseur d'assister aux débats (pourvoi en cassation)

Lorsque l'accusé est défendu de façon déficiente, l'Auditeur en chef n'a qualité pour se pourvoir en cassation dans l'intérêt de l'accusé que lorsque le défenseur néglige gravement ses devoirs (consid. 1). Il y a violation d'une disposition essentielle de procédure au sens de l'art. 185 al. 1 let. c PPM lorsque les débats sont conduits sans que le défenseur soit présent (consid. 3a) – admission en l'espèce d'une telle violation dans le cas d'un défenseur d'office qui, à l'entame des débats, alors que l'accusé avait fait défaut, déclare renoncer à intervenir et à représenter son client, avant de prendre place dans le public (consid. 3b).

Art. 127 Abs. 1, Art. 130 Abs. 1, Art. 155 Abs. 1, Art. 185 Abs. 1 Bst. c, Art. 186 Abs. 1 MStP; Beschwerdelegitimation des Obergerichtspräsidenten bei mangelhafter Verteidigung, Abwesenheitsverfahren (Hauptverhandlung), wirksame Verteidigung, Anwesenheitspflicht des Verteidigers (Kassationsbeschwerde)

Wird ein Angeklagter mangelhaft verteidigt, ist der Obergerichtspräsident nur bei schwerwiegenden Fehlern (Pflichtverletzungen) des Verteidigers befugt, im Interesse des Angeklagten Kassationsbeschwerde zu erheben (E. 1). Wird eine Hauptverhandlung ohne anwesenden Verteidiger durchgeführt, stellt dies eine Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften i.S.v. Art. 185 Abs. 1 Bst. c MStP dar (E. 3a) – i.c. wird eine solche Verletzung bejaht im Falle eines amtlichen Verteidigers, der anlässlich der Hauptverhandlung, an welcher der Angeklagte ausgeblieben war, erklärt, er verzichte auf das Wort und die Vertretung des Angeklagten, und danach im Publikum Platz nimmt (E. 3b).

Art. 127 cpv. 1, art. 130 cpv. 1, art. 155 cpv. 1, art. 185 cpv. 1 let. c, art. 186 cpv. 1 PPM; legittimazione a ricorrere dell'Uditore in capo in presenza di una difesa insufficiente, procedura contumaciale, difesa efficace, dovere di presenza del difensore durante l'intero dibattimento (ricorso per cassazione)

Allorquando l'accusato è difeso in maniera insufficiente, l'Uditore in capo è legittimato a ricorrere nell'interesse dell'accusato unicamente se il difensore ha violato in modo grave i propri doveri professionali (consid. 1). L'assenza al dibattimento da parte del difensore costituisce una violazione di un'essenziale disposizione procedurale ai sensi dell'art. 185 cpv. 1 let. c PPM (consid. 3a) – Ammissione in casu di una tale violazione, il difensore

d'ufficio avendo dichiarato all'inizio del dibattimento della procedura contumaciale rinunciare ad intervenire e ad assistere il proprio cliente e, in seguito, preso posto fra il pubblico (consid. 3b).

Considérant :

1.

Le Tribunal militaire de cassation est compétent pour connaître des pourvois contre les jugements rendus par défaut par les tribunaux militaires (art. 13 de la procédure pénale militaire du 23 mars 1979 [RS 322.1; PPM], en lien avec l'art. 184 al. 1 let. c PPM). Le présent pourvoi a été formé en temps utile, et selon les formes prescrites, par l'Auditeur en chef (art. 186 al. 1, 2ème phrase, al. 2, et 3 et 187 al. 1 PPM).

La possibilité pour l'Auditeur en chef de se pourvoir en cassation, prévu spécialement par la loi, tend notamment à garantir une jurisprudence cohérente des tribunaux militaires. Comme le Tribunal militaire de cassation l'a implicitement reconnu à diverses reprises par le passé, le pourvoi peut être exercé dans l'intérêt d'une bonne application de la loi, y compris en faveur de l'accusé (arrêt TMC 898 du 14 mars 2019 consid. 1 et les références). Au demeurant, il incombe avant tout au défenseur de préserver les droits de l'accusé. L'Auditeur en chef n'a en principe pas qualité pour se pourvoir en cassation en invoquant la violation de dispositions essentielles de procédure au sens de l'art. 185 al. 1 let. c PPM lorsque le défenseur de l'accusé n'a pas soulevé de griefs correspondants lors des débats. Demeure réservé le cas dans lequel l'accusé n'a pas bénéficié d'une défense concrète et effective. Un tel cas de figure doit être admis lorsque le défenseur néglige gravement les devoirs que lui imposent sa profession et sa fonction au détriment de l'accusé (cf. ATF 143 I 284 consid. 2.2.2; 131 I 185 consid. 3.2.3; 126 I 194 consid. 3d et les références citées). Seuls des comportements matériellement injustifiables ou manifestement fautifs du défenseur sont constitutifs de violations graves, dans la mesure où ils portent atteinte de manière substantielle aux droits de la défense (ATF 143 I 284 consid. 2.2.2 et les références citées).

Au vu des considérants qui suivent, le pourvoi est en l'espèce recevable.

2.

Dénonçant une violation de l'art. 155 al. 1 PPM, en lien avec l'art. 127 al. 1 PPM, l'Auditeur en chef reproche au Tribunal militaire 1 d'avoir rendu un jugement par défaut alors que l'accusé n'était pas assisté par un défenseur d'office lors des débats.

3.

a) Aux termes de l'art. 155 PPM, si le mandat d'amener ne peut être exécuté ou qu'il y soit renoncé (art. 131 al. 2 PPM) ou si l'accusé se met dans l'impossibilité de participer aux débats, ceux-ci ont lieu en son absence (al. 1). Si le tribunal estime que la comparution de l'accusé est nécessaire, il ajourne les débats. Il recueille néanmoins les preuves

dont l'administration ne souffre aucun retard (al. 2). Le tribunal prononce une condamnation ou l'acquittement (al. 3). Le jugement contient une référence aux art. 156 et 157 PPM (al. 4).

Selon l'art. 127 al. 1 PPM, aux débats, l'accusé doit être assisté d'un défenseur. L'art. 130 al. 1 PPM précise pour sa part que les juges, le greffier, l'auditeur, l'accusé et son défenseur doivent être présents pendant toute la durée des débats.

L'art. 127 al. 1 PPM pose le principe de la défense obligatoire au stade des débats devant les tribunaux militaires. A ce stade, il n'y a donc pas, en procédure pénale militaire, de prévenu sans défenseur (Jositsch/Thoenen, Commentaire de la Procédure pénale militaire, 2008, n° 3 ad art. 127 PPM). En ce sens, l'art. 130 al. 1 PPM, qui exige la présence du défenseur pendant toute la durée des débats, vise non seulement à garantir une défense concrète et effective, mais aussi le respect du principe de l'égalité des armes, puisque l'auditeur est lui aussi tenu d'y prendre part (Christoph Zimmerli, Commentaire de la Procédure pénale militaire, 2008, n° 7 et 13 ad art. 130 PPM). Le défenseur est tenu d'assister l'accusé, qu'il s'agisse d'une procédure ordinaire ou par défaut (Antonio Abate, Commentaire de la Procédure pénale militaire, 2008, n° 17 ad art. 155 PPM).

Au vu du principe posé par l'art. 127 al. 1 PPM et des exigences découlant de l'art. 130 al. 1 PPM, la tenue des débats hors la présence du défenseur constitue une violation des droits de la défense, tels qu'ils sont garantis par les art. 29 Cst., 32 al. 2 Cst. et 6 par. 1 et 3 let. c CEDH (cf. ATF 133 I 12 consid. 5 et 6 p. 14 et les références citées; arrêt du TF 6B_194/2009 du 13 juillet 2009 consid. 2.3). En l'absence du défenseur, les débats doivent ainsi, sous réserve d'abus de droit, être ajournés quelle que soit la raison de cette absence (cf. art. 133 PPM; arrêt du TF 6B_194/2009 du 13 juillet 2009 consid. 2.3 et les références citées). Les art. 127 al. 1 PPM et 130 al. 1 PPM constituent ainsi des dispositions essentielles de la procédure au sens de l'art. 185 al. 1 let. c PPM, dont la violation entraîne l'annulation de l'arrêt attaqué sans égard au fond (Theo Bopp, Commentaire de la Procédure pénale militaire, 2008, n° 25 ad art. 185 PPM).

b) En l'espèce, il est constant que l'assistance d'un défenseur était obligatoire pour assurer les droits de l'accusé, fût-il défaillant. Il est constant, de surcroît, que le défenseur d'office de l'accusé était présent à l'entame des débats. D'entrée de cause, il a toutefois expressément déclaré renoncer à intervenir et à représenter son client, après avoir indiqué qu'il n'avait jamais pu entrer en contact avec lui. Le défenseur a ensuite pris place dans le public. Ce faisant, le défenseur a manifesté sa volonté de cesser et d'abandonner sa défense d'office.

Bien qu'il demeure loisible au défenseur, compte tenu de la liberté dont il dispose concernant la bonne exécution de son mandat et la stratégie de défense, de renoncer à s'exprimer aux débats (cf. ATMC n°898 du 14.09.2018 consid. 2), l'option choisie en l'occurrence va au-delà de ce qui peut être admis et représente un manquement manifeste (cf. arrêt du TF 6B_194/2009 du 13 juillet 2009 consid. 3.2.2). Le Tribunal ne pouvait le tolérer et demeurer sans réagir (cf. ATF 143 I 284 consid. 2.2.2 et les références citées). En tout état, les débats se sont en l'occurrence poursuivis sans défenseur et le conseil de l'accusé n'a donc pas été présent durant toute leur durée. Or, comme exposé, une

telle situation est contraire aux art. 127 al. 1 PPM et 130 al. 1 PPM. Force est dès lors de retenir que le Tribunal a violé des dispositions essentielles de procédure en considérant qu'il pouvait mener les débats à leur terme et rendre un jugement par défaut alors que l'accusé, défaillant, n'était plus défendu.

c) Au vu des éléments qui précèdent, le grief du recourant s'avère fondé et le pourvoi doit être admis.

Compte tenu de son issue, les frais doivent être mis à la charge de la Confédération (art. 183 al. 1 2ème phrase PPM cum art. 193 PPM).

(900, 7 juin 2019, auditeur en chef contre le Tribunal militaire 1)

24

Art. 155, Art. 184 Abs. 1 Bst. c, Art. 185 Abs. 1 Bst. c, Art. 186 Abs. 1 Satz 1 Satz 1 MStP; Beschwerdelegitimation des Obergerichtspräsidenten, Abwesenheitsverfahren, wirksame Verteidigung (Kassationsbeschwerde)

Nichteintreten auf die Rüge des Obergerichtspräsidenten, wonach die Durchführung des Abwesenheitsverfahrens nach Art. 155 MStP eine Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften i.S.v. Art. 185 Abs. 1 Bst. c MStP darstelle, zumal sich der Angeklagte im Vorverfahren zu dem ihm vorgeworfenen Verhalten ausreichend äussern konnte und dem an der Hauptverhandlung anwesenden amtlichen Verteidiger, welcher der Durchführung der Verhandlung trotz Abwesenheit des Angeklagten zugestimmt hat, keine unwirksame Verteidigung vorgeworfen werden kann (E. 3).

Art. 155, art. 184 al. 1 let. c, art. 185 al. 1 let. c, art. 186 al. 1 1ère phrase PPM ; qualité pour se pourvoir en cassation de l'Auditeur en chef, procédure par défaut, défense efficace (pourvoi en cassation)

Irrecevabilité des griefs de l'Auditeur en chef, aux termes desquels la tenue d'une procédure par défaut au sens de l'art. 155 PPM constitue une violation d'une règle essentielle de procédure à teneur de l'art. 185 al. 1 let. c PPM, lorsque l'accusé a pu s'exprimer suffisamment durant la procédure préliminaire au sujet des faits qui lui sont reprochés et lorsque le défenseur d'office présent aux débats a consenti à la tenu de ceux-ci malgré l'absence de l'accusé, sans que l'on puisse lui reprocher d'avoir porté atteinte au droit de son client à une défense efficace (consid. 3).

Art. 155, art. 184 cpv. 1 let. c, art. 185 cpv. 1 let. c, art. 186 cpv. 1 prima frase PPM; legittimazione a ricorrere per cassazione dell'Uditore in capo, procedura contumacia, difesa efficace (ricorso per cassazione)

Irricevibilità delle censure dell'Uditore in capo, secondo cui la tenuta di una procedura contumacia ai sensi dell'art. 155 PPM costituisce una violazione di un'essenziale disposizione procedurale secondo l'art. 185 cpv. 1 let. c PPM, nella misura in cui, durante la procedura preliminare, l'accusato ha potuto esprimersi sufficientemente sui fatti che gli sono contestati e il difensore d'ufficio, presente ai dibattimenti, ha acconsentito alla loro tenuta nonostante l'assenza dell'accusato, senza che possa essergli rimproverato d'avere in tal modo violato i diritti del proprio cliente ad una difesa efficace (consid. 3).

Das Militärkassationsgericht hat erwogen:

3.

a) Eine Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften nach Art. 185 Abs. 1 Bst. c MStP sieht der Oberauditor unter anderem in der Durchführung des Abwesenheitsverfahrens gegenüber dem Angeklagten.

Der Kassationsgrund der Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften nach Art. 185 Abs. 1 Bst. c MStP kann nur geltend gemacht werden, wenn «die Partei» während der Hauptverhandlung einen entsprechenden Antrag gestellt oder den Mangel gerügt hat (Art. 185 Abs. 2 MStP). Der Oberauditor vertritt den Standpunkt, diese Eintretensvoraussetzung könne für seine Kassationsbeschwerde nicht gelten, weil er an der (erstinstanzlichen) Hauptverhandlung nicht teilnehme.

b) In der Hauptverhandlung muss jeder Angeklagte einen Verteidiger haben (Art. 127 Abs. 1 MStP). Bezeichnet der Angeklagte nicht selbst einen Verteidiger, ernennt der Präsident des zuständigen Militärgerichts einen amtlichen Verteidiger (Art. 127 Abs. 2 und 3 MStP). Das diesen Bestimmungen zugrundeliegende Rechtsinstitut der notwendigen Verteidigung dient der Sicherung eines fairen Verfahrens (vgl. BGE 143 I 164 E. 2.2; 131 I 185 E. 3.2.4; 131 I 350 E. 2.1).

Es ist grundsätzlich Aufgabe des Verteidigers, die Rechte des Angeklagten zu wahren. Damit ist auch die Festlegung der Verteidigungsstrategie grundsätzlich Sache des Verteidigers. Gestützt darauf hat das Militärkassationsgericht in seinem Urteil vom 14. März 2019 (Nr. 898; Anmerkung Oberauditorat: publiziert als MKGE 14 Nr. 22) festgehalten, dass ein Stillschweigen des Verteidigers an der Hauptverhandlung unter Umständen zulässig ist (E. 2). Vor diesem Hintergrund steht es dem Oberauditor in aller Regel nicht zu, Kassationsbeschwerde wegen Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften nach Art. 185 Abs. 1 Bst. c MStP zu erheben, wenn der Verteidiger des Angeklagten an der Hauptverhandlung keine entsprechenden Rügen geltend gemacht hat. Vorbehalten bleibt der Fall, dass der Angeklagte nicht wirksam verteidigt wird. Ein solcher Fall liegt vor, wenn der Verteidiger seine anwaltlichen Berufs- und Standespflichten zum Nachteil des Beschuldigten in schwerwiegender Weise vernachlässigt (vgl. BGE 131 I 185 E. 3.2.3; 126 I 194 E. 3d je mit Hinweisen). Als schwere Pflichtverletzung fällt aber nur sachlich nicht vertretbares bzw. offensichtlich fehlerhaftes Prozessverhalten des Verteidigers in Betracht, sofern die beschuldigte Person dadurch in ihren Verteidigungsrechten substantiell eingeschränkt wird (vgl. BGE 143 I 284 E. 2.2.2).

c) aa) Eine in diesem Sinne unwirksame Verteidigung des Angeklagten liegt vorliegend nicht vor. Der Angeklagte wurde von der Militärpolizei (pag. 37–45) und vom Untersuchungsrichter (pag. 85–94) einvernommen. Es gibt keinen Hinweis darauf und wird auch nicht behauptet, dass die Einvernahmen – insbesondere wegen Missachtung der Vorgaben von Art. 52 MStP – fehlerhaft durchgeführt wurden. Vielmehr ergibt sich aus den Akten, dass der Angeklagte im Vorverfahren ausreichend Gelegenheit hatte, sich zu dem ihm vorgeworfenen Verhalten zu äussern.

bb) Es ist weiter unstrittig und steht aufgrund der Akten fest, dass der Angeklagte ordnungsgemäss zur Hauptverhandlung vorgeladen war und die Anklageschrift erhalten hat. Zwar konnte sich der Angeklagte an der Hauptverhandlung vor dem Militärgericht 2 zufolge seiner (unentschuldigten) Abwesenheit nicht persönlich äussern. Der an der Verhandlung anwesende amtliche Verteidiger des Angeklagten hatte jedoch vor der Verhandlung sämtliche Verfahrensakte und damit auch die Einvernahmeprotokolle des B. und des Zeugen C. zur Einsichtnahme zugesandt erhalten; auch war er nach eigenen Angaben vom Angeklagten instruiert worden (Prot. HV 255).

cc) Das Militärgericht 2 erwog, es könne gestützt auf die Beweiserhebungen anlässlich der Hauptverhandlung sowie in Berücksichtigung der Beweisergebnisse der Voruntersuchung davon ausgegangen werden, dass der Sachverhalt so erstellt sei, wie er sich aus der Anklageschrift ergebe (angefochtenes Urteil E. II/2/a). Demzufolge hat das Militärgericht 2 auf den in der Anklageschrift geschilderten Sachverhalt abgestellt und allfällige erst an der Hauptverhandlung vorgebrachte Tatsachen unberücksichtigt gelassen. Dem Angeklagten ist insoweit aus der Durchführung des Abwesenheitsverfahrens kein Rechtsnachteil erwachsen.

dd) Des Weiteren bestehen nach der unbestritten gebliebenen Feststellung des Militärgerichts 2 in objektiver Hinsicht keine wesentlichen Widersprüche zwischen den Schilderungen der an den streitgegenständlichen Vorgängen beteiligten Personen (angefochtenes Urteil E. II/2/d).

ee) Es ist sodann festzuhalten, dass B. für die durch sein abruptes Bremsmanöver verursachte Körperverschädigung verurteilt wurde, während dagegen die Anklage gegen A. dessen gegen B. gerichteten Faust-, Fuss- und Knieschläge zum Gegenstand hat (vgl. Sachverhalt A). Diese beiden Sachverhalte lassen sich in räumlicher und zeitlicher Hinsicht klar trennen. Rechtlich relevante Abhängigkeiten sind nicht ersichtlich, ebenso wenig wie weitere Gründe, aus welchen es zu sich widersprechenden Urteilen hätte kommen können.

ff) Bei dieser Ausgangslage kann dem Verteidiger weder sachlich nicht vertretbares noch offensichtlich fehlerhaftes Prozessverhalten vorgeworfen werden, indem er dem Abwesenheitsverfahren zugestimmt hat und nach durchgeführtem Beweisverfahren nicht auf seine Zustimmung zurückgekommen ist. Die Verteidigungsrechte des Angeklagten wurden mit der Durchführung des Abwesenheitsverfahrens nicht beschnitten. Vielmehr war dem Angeklagten bekannt, welche Sachverhaltselemente ihm vorgehalten werden, und er konnte sich zu diesen in der Voruntersuchung persönlich und in der Hauptverhandlung über seinen Verteidiger äussern. Es besteht damit auch kein öffentliches Interesse an einem prozessualen Eingreifen des Obergerichtes zur Sicherstellung einer korrekten Anwendung des Strafverfahrensrechts (vgl. André Jomini, in: Wehrenberg/Martin/Flachsmann/Bertschi/Schmid [Hrsg.], Kommentar zum Militärstrafprozess, Zürich 2008, N. 9 ff. zu Art. 186).

d) Damit kann auf die Rüge des Obergerichtes, wonach die Durchführung des Abwesenheitsverfahrens gegenüber dem Angeklagten eine Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften nach Art. 185 Abs. 1 Bst. c MStP darstelle, nicht eingetreten werden.

Im Übrigen ist auf die Kassationsbeschwerde des Obergerichters einzutreten.

(901.1, 7. Juni 2019, Obergerichter gegen Militärgericht 2)

25

Art. 42 let. d, art. 46, art. 131 ch. 1 et 5, art. 144b CPM; repentir sincère ; atteinte subie par l'auteur à la suite de son acte ; unité naturelle d'actions, cas de peu de gravité (pourvoi en cassation)

En l'absence de restitution de l'ensemble du matériel volé ou de remboursement de ce que l'auteur n'est pas en mesure de restituer, la circonstance atténuante du repentir sincère ne peut être retenue (consid. 4). L'art. 46 CPM ne vise en aucun cas les conséquences indirectes (obligation de subir les inconvénients de la procédure) ni, en principe, les conséquences qui apparaissent bien après l'acte commis (consid. 5). Définition du cas de peu de gravité et notion d'unité naturelle d'actions, en l'occurrence en matière de vol (consid. 3b et c). Le critère de la faible valeur en lien avec la notion de cas de peu de gravité s'applique dans la mesure où les objets soustraits n'ont pas de potentiel de mise en danger. Le vol de plusieurs pièces de munitions par un militaire ne peut être assimilé à un cas de peu de gravité (consid. 3c).

Art. 42 Bst. d, Art. 46, Art. 131 Ziff. 1 und 5, Art. 144b MStG; aufrichtige Reue; Betroffenheit des Täters durch seine Tat; natürliche Handlungseinheit, leichter Fall (Kassationsbeschwerde)

Aufrichtige Reue verneint, da nicht das gesamte gestohlene Material zurückgegeben wurde und auch die Kosten für das nicht zurückgegebene Material nicht zurückerstattet wurden (E. 4). Art. 46 MStG zielt weder auf indirekte Folgen einer Tat (wie die Erduldung der Unannehmlichkeiten eines Verfahrens) noch, dem Grundsatz nach, auf Folgen, welche geraume Zeit nach der Tat eintreten (E. 5). Definition des leichten Falles und der Figur der «natürlichen Handlungseinheit» (E. 3b/c): Das Kriterium des «geringen Wertes» lässt sich in Verbindung mit dem «leichten Fall» nur insoweit anwenden, als den entwendeten Objekten kein Gefährdungspotential zukommt – i.c. leichter Fall verneint bei einem Diebstahl von einigen Munitionspatronen durch einen Armeeangehörigen (E. 3c).

Art. 42 lett. d, art. 46, art. 131 cifra 1 e 5, art. 144b CPM; sincero pentimento; danno subito dall'autore del reato come conseguenza del suo atto; unità naturale dell'atto, caso di poca gravità (ricorso per cassazione)

Sincero pentimento non ammesso in assenza di restituzione di tutto il materiale rubato o di rimborso per quanto non è più possibile restituire (consid. 4). L'art. 46 CPM non si applica alle conseguenze indirette (obbligo di sopportare i disagi del procedimento) o, in linea di principio, alle conseguenze che si verificano molto tempo dopo la commissione del fatto (consid. 5). Definizione di caso di minore importanza e principio di unità naturale dell'atto (consid. 3b e c). Il criterio del «poco valore» in relazione al concetto di «caso di poca gravità» si applica nella misura in cui gli oggetti rubati non hanno un potenziale di

messa in pericolo. Il furto di diverse munizioni da parte di un milite non può essere considerato un caso di poca gravità (consid. 3c).

Il résultat du dossier :

A.

A., né en 1983, a accompli son école de recrue (ER) à partir de l'automne 2004, d'abord à Thouné (ER chars 21-3), puis a fini ce service à Payerne, au premier semestre 2005, dans le cadre de l'ER av 81-3. Après avoir effectué quelques services d'instruction (SIF) au cours des années suivantes, il a été déclaré inapte au service en 2015.

B.

Le 5 juin 2014, interrogé par la police militaire après s'être dénoncé spontanément, A. a déclaré qu'il avait emporté plusieurs objets faisant partie du matériel militaire lors de son ER. Selon le jugement attaqué (cf. infra let. F et consid. 2), il a dérobé dans le courant de l'année 2004, lors de l'ER à Thouné, une lunette de tir Kern pour F ass 90, une paire de jumelles Leica et une boîte de pansements en aluminium vide. A une autre occasion lors de l'ER à Thouné, en 2004, il a dérobé des cartouches de manipulation. Puis, en 2005, lors de l'ER à Payerne, il a dérobé une paire de menottes et quatre cartouches pour fusil (cartouches FFM).

A. a restitué ces objets à la police militaire, à l'exception de la lunette de tir et de la paire de menottes.

[...]

F.

Le 5 avril 2019, le Tribunal militaire d'appel 1 *[statuant ensuite de l'arrêt de renvoi du 8 juin 2017 du Tribunal militaire de cassation]* a rendu un nouveau jugement, dont le dispositif est le suivant:

1. *Le recours du défendeur est très partiellement admis.*
2. *A. est acquitté du chef de prévention de vol en lien avec les cartouches de manipulation en raison de l'acquisition de la prescription de l'action pénale (art. 131 ch. 5, 144b et 184 aCPM).*
3. *A. est reconnu coupable de vol au sens de l'art. 131 ch. 1 aCPM en lien avec tous les autres objets.*

4. *Il est condamné, en application des art. 2, 3 al. 1 ch. 1, 13, 18, 28ss, 36, 41, 42 let. e, 131 ch. 1, 218a CPM, art. 183 PPM, à une peine pécuniaire de 30 jours-amende à CHF 10.-, avec sursis durant deux ans, ainsi qu'à une amende de CHF 100.-.*

L'amende de CHF 100.- est à payer. Pour le cas où A. ne paie pas l'amende de manière fautive, la peine privative de substitution est de 1 jour.

5. *Les frais d'appel, par CHF 850.-, sont mis à la charge de A., à raison d'une moitié, l'autre moitié étant mise à la charge de la Confédération.*

G.

A., par son défenseur, se pourvoit en cassation contre le jugement du Tribunal militaire d'appel 1 du 5 avril 2019. Il conclut à l'annulation dudit jugement et à son acquittement de tous les chefs d'accusation, subsidiairement à sa libération de toute peine.

Dans sa réponse du 27 juin 2019, l'Auditeur conclut, avec suite de frais, au rejet du pourvoi.

Le président du TMA 1 se réfère au jugement attaqué.

Considérant :

2.

Il résulte du précédent arrêt rendu par le Tribunal militaire de cassation dans la présente cause qu'il incombait à la juridiction d'appel d'examiner dans quelle mesure les éléments constitutifs du vol, au sens de l'art. 131 CPM, étaient en l'espèce réalisés. A cet égard, il ressort du jugement attaqué que les juges précédents ont considéré trois complexes de fait distincts, à savoir:

- un premier, survenu à un moment non déterminé, en 2004, lors de l'ER à Thoune, englobant le vol d'une lunette de tir Kern pour F ass 90, d'une valeur avec accessoires de 1455 francs, d'une paire de jumelles Leica, d'une valeur de 800 francs, et d'une boîte de pansements en aluminium vide, d'une valeur de 98 francs;
- un deuxième, survenu à un autre moment non déterminé, en 2004, lors de l'ER à Thoune, portant sur le vol de cartouches de manipulation GP 90.
- un troisième, survenu plus tard, en 2005, lors de l'ER à Payerne, concernant le vol d'une paire de menottes et de cartouches FFM.

Le pourvoi en cassation ne remet pas en cause l'acquiescement prononcé en relation avec le deuxième complexe de fait précité, en ce qu'il concerne les cartouches de manipulation (cf. ch. 2 du dispositif du jugement attaqué). Sur ce point, il ressort du jugement attaqué que les juges précédents ont retenu un cas de peu de gravité qui était en l'occurrence prescrit (cf. art. 131 ch. 5, art. 144b et art. 184 CPM). L'auditeur n'a d'ailleurs pas recouru contre cet élément du jugement. La contestation devant le Tribunal militaire de cassation porte par conséquent sur le verdict de culpabilité et la condamnation du recourant selon les ch. 3 à 5 du dispositif, s'agissant des vols retenus en lien avec le premier et le troisième complexes de fait susmentionnés.

3.

a) S'agissant de ces deux complexes de fait, le recourant invoque une violation de la loi pénale au sens de l'art. 185 al. 1 let. d PPM. Il soutient en premier lieu que l'ensemble des actes de soustraction qui lui ont été imputés auraient dû être appréhendés de façon individuelle. Il fait ensuite valoir que chacun d'entre eux constitue un cas de peu de gravité au sens des art. 131 ch. 5 et 144b CPM. Il prétend enfin que la prescription pénale aurait dû être retenue dans chaque cas.

b) D'après l'art. 131 ch. 1 CPM, celui qui, pour se procurer ou procurer à un tiers un enrichissement illégitime, aura soustrait une chose mobilière appartenant à autrui dans le but de se l'approprier sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Conformément à l'art. 131 ch. 5 CPM, l'infraction sera punie disciplinairement si elle est de peu de gravité.

Le droit pénal militaire connaît la notion d'infraction de peu de gravité pour diverses infractions, notamment contre le patrimoine (chapitre 8 de la partie spéciale du CPM, art. 129 ss CPM). La jurisprudence du Tribunal militaire de cassation retient de manière générale que, pour que l'on puisse admettre un cas de peu de gravité, il faut qu'il apparaisse comme tel sur le plan de la culpabilité, des mobiles, des circonstances personnelles et de la conduite militaire de l'auteur, ainsi que sous l'angle de la discipline de service. Le cas doit être de peu de gravité tant subjectivement qu'objectivement (ATMC 14 n°10 consid. 2a; ATMC 13 n°3 consid. 3; ATMC 11 n° 69 consid. 6). En ce qui concerne les infractions contre le patrimoine en particulier, dont le vol au sens de l'art. 131 CPM, l'art. 144b CPM prévoit que l'infraction est de peu de gravité lorsque l'acte ne visait qu'un élément patrimonial de faible valeur ou un dommage de moindre importance. Selon la jurisprudence, la valeur déterminante sur ce plan est de 300 francs, en tenant compte du prix du marché ou d'une valeur déterminable objectivement (ATMC 14 n°3 consid. 5c et les références citées).

En cas d'unité naturelle d'actions, le montant global des objets ou des valeurs obtenues au moyen d'une infraction contre le patrimoine est déterminant pour apprécier la question du cas de peu de gravité (Philipp Weissenberger, in Niggli/Wiprächtiger (éd.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4e éd. 2019, n° 46 ad art. 172^{ter} CP). Selon la jurisprudence, il y a unité naturelle d'actions lorsque des actes séparés procèdent d'une décision unique et apparaissent objectivement comme des événements formant un ensemble en raison de leur relation étroite dans le temps et dans l'espace. Elle vise ainsi la commission répétée d'infractions – par exemple, une volée de coups – ou la commission d'une infraction par étapes successives – par exemple, le sprayage d'un mur avec des graffitis pendant

plusieurs nuits successives – une unité naturelle étant cependant exclue si un laps de temps assez long s'est écoulé entre les différents actes, quand bien même ceux-ci seraient liés entre eux (ATF 132 IV 49 consid. 3.1.1.3 p. 54 s.; 131 IV 83 consid. 2.4.5 p. 94). La notion d'unité naturelle d'actions doit être interprétée restrictivement, pour éviter de réintroduire sous une autre forme la figure du délit successif ou celle d'unité du point de vue de la prescription (ATF 133 IV 256 consid. 4.5.3 p. 266). Elle ne sera donc admise qu'à la double condition que les faits punissables procèdent d'une décision unique et se traduisent, dans le temps et dans l'espace, par des actes suffisamment rapprochés pour former un tout (TF, arrêt 6B_310/2014 du 23 novembre 2015 consid. 4.2 et les références citées).

c) En l'espèce, le recourant ne prétend pas que les lunettes, les jumelles et la boîte de pansements auraient été volées à des moments différents à Thoun. Il ressort du dossier que, lors de son audition par le juge d'instruction le 27 novembre 2014, le recourant a parlé à ce propos du "premier vol". En outre, il a décrit comme le "deuxième vol" la soustraction des menottes et des cartouches FFM. Il ne fait pas non plus valoir que ces objets auraient été dérobés dans des circonstances distinctes. Au vu de ce qui précède, le recourant ne peut rien tirer en sa faveur de l'abandon de la figure du délit successif ou continué comme de la figure de l'unité sous l'angle de la prescription. Les éléments précités conduisent en effet à considérer, pour chacun des deux complexes de fait en cause, des actes de soustraction relevant d'une décision unique et formant un tout, partant l'existence d'une unité naturelle d'actions dans un cas comme dans l'autre. Les juges précédents étaient dès lors fondés à considérer les actes de soustraction litigieux comme étant constitutifs de deux vols distincts, commis en deux occasions différentes. Le premier l'a été en 2004 à Thoun et le second en 2005 à Payerne. C'est par conséquent à tort que le recourant soutient qu'il faudrait considérer autant de vols que d'objets dérobés. Son grief est donc mal fondé sur ce point.

En outre, s'agissant du premier vol, commis à Thoun, il est manifeste que le produit de l'infraction n'est pas de faible valeur, dès lors qu'il concerne une lunette de tir Kern pour F ass 90 d'une valeur avec accessoires de 1455 francs, une paire de jumelles Leica, d'une valeur de 800 francs, et une boîte de pansements en aluminium vide, d'une valeur de 98 francs. Les art. 131 ch. 5 et 144b CPM ne sauraient donc trouver application dans le cas d'espèce.

Quant au deuxième vol en cause, commis à Payerne, il porte sur des objets qui, ensemble, revêtent certes une faible valeur patrimoniale au sens de l'art. 144b CPM. La juridiction d'appel a toutefois retenu que les cartouches FFM en cause présentaient un caractère dangereux. Elle en a ainsi exclu l'application du cas de peu de gravité, au motif qu'il s'agissait de munitions au sens de l'art. 4 al. 5 LArm. Ce faisant, le Tribunal militaire d'appel 1 a examiné la notion cas de peu de gravité au sens des art. 131 ch. 5 et 144b CPM non seulement à l'aune de critères économiques ou patrimoniaux liés à la notion de faible valeur, mais aussi, implicitement, à l'aune des critères plus généraux dégagés de la jurisprudence, qui prévalent pour toutes les infractions pour lesquelles le code pénal militaire prévoit une sanction différente dans les cas de peu de gravité (cf. en particulier le chapitre 3 de la partie spéciale, violations des devoirs de service [art. 72 ss CPM]). Le jugement attaqué retient en effet que le critère de la faible valeur s'applique dans la me-

sure où les objets soustraits n'ont pas un potentiel de mise en danger. Une telle appréciation n'est pas critiquable. On peut ainsi considérer que le vol de plusieurs pièces de munitions par un militaire est une infraction qui, objectivement, n'est pas de peu de gravité. L'acquisition de munitions est soumise à des restrictions en vertu du droit public fédéral (cf. art. 15 ss de la loi sur les armes, LArm [RS 514.54]). Il y a un intérêt public évident à empêcher que des munitions militaires ne soient pas soustraites. Aussi peut-on considérer que le vol de cartouches FFM, ainsi que d'une paire de menottes, ne répond pas à la définition du cas de peu de gravité des art. 131 ch. 5 et 144b CPM.

En définitive, dans les deux cas, les éléments constitutifs du vol au sens de l'art. 131 ch. 1 CPM étaient réalisés. Or, il n'est pas contesté, s'agissant de cette infraction et non du cas privilégié dont le recourant tente de se prévaloir (cf. art. 131 ch. 5 cum art. 144b CPM), que la prescription de l'action pénale n'était pas acquise. Sous cet angle également, le grief du recourant s'avère par conséquent mal fondé.

Pour le reste, le recourant ne se plaint pas de la fixation de la peine sous l'angle de l'art. 41 CPM en tant que telle et ne soulève aucun grief en rapport avec l'art. 43 CPM.

4.

Le recourant invoque, à titre subsidiaire, la circonstance atténuante du repentir sincère au sens de l'art. 42 let. d CPM, étant relevé qu'il a bénéficié de la circonstance atténuante de la diminution de l'intérêt à punir en raison de l'écoulement du temps (art. 42 let. e CPM).

Il ne ressort pas du jugement attaqué que l'application de l'art. 42 let. d CPM aurait été discutée devant les juges précédents. La recevabilité du grief que le recourant soulève sous cet angle s'avère ainsi douteuse. Quoi qu'il en soit, le tribunal militaire d'appel 1 a retenu que le recourant n'avait pas restitué la totalité des objets volés, notamment le plus onéreux. Il n'a pas non plus, d'après le jugement et le dossier, remboursé spontanément le prix du matériel qu'il n'a pas été en mesure de restituer. Dans ces conditions, on ne saurait reprocher à la juridiction précédente une violation de la loi pénale, pour n'avoir pas retenu un repentir sincère du recourant.

5.

Le recourant se plaint enfin de ce qu'il n'a pas bénéficié de l'art. 46 CPM, aux termes duquel l'autorité compétente, si l'auteur qui a été directement atteint par les conséquences de son acte, renonce à le poursuivre, à le renvoyer devant le juge ou à lui infliger une peine.

Sur ce point également, il ne ressort pas du jugement attaqué que l'application de l'art. 46 CPM aurait été discutée devant l'autorité précédente. La recevabilité du grief apparaît donc là encore douteuse. En tout état, il s'avère manifestement mal fondé. En effet, on ne voit pas en quoi le recourant serait atteint par les conséquences directes des actes commis en 2004 et 2005. L'art. 46 CPM ne vise en aucun cas les conséquences indirectes (l'obligation de subir les inconvénients de la procédure) ni, en principe, les conséquences qui apparaissent bien après que l'acte a été commis (cf. TF, arrêt 6B_515/2019

du 11 juin 2019 consid. 2 et les références citées, en lien avec l'art. 54 CP; Dupuis et al., Petit commentaire, Code pénal, 2e éd. 2017, n° 4 ad art. 54 CP). En d'autres termes, les répercussions psychiques invoquées par le recourant, à cause du "lourd cas de conscience " auquel il a été confronté et à cause de la durée de la procédure qui l'affecte, ne peuvent être considérées que comme des conséquences indirectes des vols et du retard mis par le recourant à restituer les objets concernés. Il n'y avait donc pas lieu d'exempter le recourant de toute peine.

Par ces motifs, le Tribunal militaire de cassation prononce :

1. Le pourvoi est rejeté dans la mesure où il est recevable.
2. Les frais de la cause, par 500 (cinq cents) francs, sont mis à la charge du recourant.

(904, 19 septembre 2019, A. contre le Tribunal militaire d'appel 1)

26

Art. 185 al. 1 let. c, art. 156 PPM ; dispositions essentielles de la procédure ; droit de l'accusé à une défense concrète et effective ; relief (poursuite en cassation)

L'Auditeur en chef se plaint d'une violation des dispositions essentielles de la procédure au cours des débats, en reprochant au défenseur d'office de l'accusé de ne pas y être intervenu et d'avoir renoncé à plaider. Motivation insuffisante pour comprendre en quoi le défenseur d'office aurait concrètement porté atteinte de manière substantielle aux droits de la défense, le fait de renoncer à plaider n'étant en particulier pas suffisant (consid. 1a–c).

Le fait que le défenseur plaide au terme de débats auxquels l'accusé ne se présente pas ne saurait aucunement priver ce dernier du droit de demander le relief, une telle demande étant exclusivement soumise aux conditions prévues à l'art. 156 PPM (consid. 1d).

Art. 185 Abs. 1 Bst. c, Art. 156 MStP; wesentliche Verfahrensvorschriften; Recht des Angeklagten auf eine wirksame Verteidigung; Wiederaufnahme (Kassationsbeschwerde)

Der Obergerichtspräsident hält – im Rahmen einer Hauptverhandlung – wesentliche Verfahrensvorschriften für verletzt, weil sich der amtliche Verteidiger des Angeklagten nicht ins Verfahren eingebracht und auf ein Plädoyer verzichtet hat. Vorliegend ist die Kassationsbeschwerde ungenügend begründet, weil nicht erklärt wird, inwiefern der amtliche Verteidiger in substantieller Weise die Verteidigungsrechte beeinträchtigt haben könnte, insbesondere als er auf ein Plädoyer verzichtete (E. 1a–c). Der Umstand, dass der Verteidiger an einer Hauptverhandlung (ohne Beisein des Angeklagten) plädiert, hindert den Angeklagten nicht, ein Wiederaufnahmeverfahren zu verlangen, das sich einzig nach den Voraussetzungen von Art. 156 MStP richtet (E. 1d).

Art. 185 cpv. 1 lett. c, art. 156 PPM; disposizioni essenziali di procedura; diritto dell'accusato a una difesa concreta ed effettiva; revoca (ricorso per cassazione)

L'Uditore in capo censura una violazione delle disposizioni essenziali di procedura rimproverando al difensore d'ufficio dell'accusato di non essere intervenuto nel procedimento e di aver rinunciato ad un'arringa difensiva. Motivazione insufficiente per comprendere per quale ragione il difensore d'ufficio avrebbe violato in misura sostanziale i diritti di difesa, non essendo sufficiente il fatto di aver rinunciato ad un'arringa (consid. 1a–c). Il fatto che il difensore tenga un'arringa durante un'udienza in cui l'accusato non si presenta non priva quest'ultimo del diritto di chiedere una revoca della sentenza, essendo tale richiesta soggetta esclusivamente alle condizioni previste dall'articolo 156 PPM (consid. 1d).

Il résulte du dossier :

A.

A. a fait défaut au SIF 2018 de la cp appui inf 19/4, qui s'est tenu du 14 mai au 1^{er} juin 2018 à Entlebuch.

B.

Le 31 janvier 2019, une enquête ordinaire a été ouverte à l'encontre du prénommé. Le 15 mars 2019, le Juge d'instruction a auditionné A. Ce dernier a en substance déclaré qu'il avait renoncé à entrer en service pour des motifs d'ordre professionnel.

Le 22 mars 2019, l'Auditeur de la rég aud 1 a renvoyé A. devant le Tribunal militaire 1 (trib mil 1), pour insoumission au sens de l'art. 82 al. 1 let. b du Code pénal militaire du 13 juin 1927 (CPM ; RS 321.0).

C.

Par décision du 24 avril 2019, la Présidente du trib mil 1 a fixé les débats au 28 juin 2019. Elle a cité A. à comparaître et a désigné l'avocat B. en qualité de défenseur d'office.

Le 27 juin 2019, à 0743, A. s'est adressé par courriel à l'office de l'Auditeur en chef afin de demander un report des débats pour des motifs professionnels. Le même jour, la Présidente du trib mil 1 a refusé de donner suite à cette demande. Elle a également indiqué au prénommé que s'il ne se présentait pas aux débats, il pourrait y être amené par la police ou être jugé par défaut. Le défenseur d'office de A. a été informé de cette réponse.

D.

A. ne s'est pas présenté aux débats du 28 juin 2019. Son défenseur d'office y a, quant à lui, pris part. Au terme des débats, le trib mil 1 a condamné le prénommé par défaut, pour insoumission au sens de l'art. 82 al. 1 let. b CPM, à une peine pécuniaire de 20 jours-amende à 100 francs le jour, avec sursis durant deux ans, ainsi qu'à une amende de 500 francs. Il a en outre renoncé à révoquer le sursis qui avait été accordé à A. le 21 février 2018 et a mis les frais de procédure à la charge de celui-ci.

[...]

L'Auditeur en chef s'est pourvu en cassation contre le jugement par défaut du 28 juin 2019.

[...]

Considérant :

1.

a) Le pourvoi en cassation est recevable contre les jugements rendus par défaut par les tribunaux militaires (art. 184 al. 1 let. c de la procédure pénale militaire du 23 mars 1979 [PPM ; RS 322.1]), la voie de l'appel étant quant à elle fermée (art. 172 al. 1 PPM).

b) L'auditeur ne s'étant pas pourvu en cassation, l'Auditeur en chef a par conséquent le droit de le faire (art. 186 al. 1 2ème phrase PPM). Ce dernier s'est pourvu en cassation dans l'intérêt de l'accusé (cf. art. 173 al. 1 2ème phrase PPM *per analogiam* ; cf. aussi ATMC 900 du 7 juin 2019 [ATMC 14 no° 23] consid. 1), dans les délais et formes prévus pour l'annonce et le dépôt d'un pourvoi motivé (cf. art. 186 al. 2 et 187 al. 1 PPM).

c) L'Auditeur en chef se plaint d'une violation des dispositions essentielles de la procédure au cours des débats (cf. art. 185 al. 1 let. c PPM). Selon lui, A. n'aurait pas bénéficié d'une défense effective de la part de son défenseur d'office, car ce dernier s'en est remis à justice concernant la question du report d'audience, a renoncé à intervenir durant les débats ainsi qu'à plaider, ce qui justifierait de traiter la présente cause de la même manière que celle, soumise au TMC, dans laquelle un défenseur d'office avait renoncé à intervenir pour l'accusé absent et avait pris place dans le public (cf. ATMC 14 no° 23 précité).

La cassation ne peut être prononcée pour le motif prévu à l'art. 185 al. 1 let. c PPM que si, au cours des débats, la partie a pris des conclusions à cet égard ou signalé l'irrégularité (cf. art. 185 al. 2 PPM). Demeure réservé le cas dans lequel l'accusé n'a pas bénéficié d'une défense concrète et effective. Un tel cas de figure doit être admis lorsque le défenseur néglige gravement les devoirs que lui imposent sa profession et sa fonction au détriment de l'accusé. Seuls des comportements matériellement injustifiables ou manifestement fautifs du défenseur sont constitutifs de violations graves, dans la mesure où ils portent atteinte de manière substantielle aux droits de la défense (cf. ATMC 901.1 du 7 juin 2019 [ATMC 14 no° 24] consid. 3b ; ATMC 14 no° 23 précité consid. 1 ; ATF 143 I 284 consid. 2.2.2 p. 290 et les références citées). L'institution de la défense obligatoire, ancrée à l'art. 127 PPM, vise à garantir la conduite d'une procédure équitable (cf. ATMC 14 no° 24 précité consid. 3b ; ATF 143 I 284 consid. 2.2 p. 288 ss). Il appartient avant tout au défenseur de préserver les droits de l'accusé, ainsi que de définir une stratégie de défense. Dans ce cadre, le silence du défenseur durant les débats peut être admis selon les circonstances (cf. ATMC 14 no° 24 précité consid. 3b avec référence à l'ATMC 898 du 14 mars 2019 [ATMC 14 no° 22] consid. 2).

En l'occurrence, il n'apparaît pas que A. aurait été privé d'une défense concrète et effective. Avant les débats, le prénommé avait en effet été entendu par un juge d'instruction et avait pu s'exprimer devant lui concernant les faits qui lui étaient reprochés. A. avait reçu l'acte d'accusation et avait été régulièrement cité à comparaître aux débats. Le 24 avril 2019, la Présidente du trib mil 1 avait en outre transmis l'intégralité du dossier de la cause à son défenseur d'office afin que ce dernier en prît connaissance. Le défenseur d'office de A. était présent aux débats du 28 juin 2019, au cours desquels aucun moyen de preuve nouveau n'a été administré. La Présidente du trib mil 1 a par ailleurs lu les

pièces importantes de la procédure, y compris le procès-verbal d'audition du 15 mars 2019. Il est vrai que le défenseur d'office de A. n'a pas demandé le report des débats et s'en est remis, sur ce point, à la décision du trib mil 1. L'Auditeur en chef n'explique cependant nullement en quoi la décision du trib mil 1 et l'attitude du défenseur auraient été critiquables, ni pourquoi il aurait convenu d'ordonner un report des débats. Par ailleurs, le défenseur d'office de A. a renoncé à plaider. Son attitude ne saurait toutefois, contrairement à ce que suggère l'Auditeur en chef, être assimilée à celle du défenseur qui manifeste sa volonté d'abandonner son mandat en prenant place dans le public (cf. à cet égard ATMC 14 no° 23 précité consid. 3b). Le défenseur d'office de A. a quant à lui été présent pendant toute la durée des débats (cf. art. 130 al. 1 PPM) et a, par la suite, expliqué au prénommé la teneur de la décision rendue à son encontre, que ce dernier a d'ailleurs acceptée.

Au vu de ce qui précède, la motivation de l'Auditeur en chef ne permet pas de saisir en quoi le défenseur d'office de A. aurait pu gravement violer ses devoirs, au point de porter atteinte de manière substantielle aux droits de la défense. Il appartenait pourtant à l'Auditeur en chef d'expliquer dans quelle mesure, dans le cas d'espèce et au vu des circonstances, il aurait été insoutenable de ne pas conclure au report des débats ou de renoncer à plaider. De surcroît, dès lors que A. avait admis les faits qui lui étaient reprochés, on ne voit pas – et l'Auditeur en chef ne le prétend pas – qu'une absence de plaidoirie aurait concrètement nui aux intérêts du prénommé. L'Auditeur en chef ne peut se contenter, à cet égard, de décrire le comportement du défenseur d'office au cours des débats pour démontrer qu'une autre attitude aurait dû être adoptée sous peine de voir les dispositions essentielles de la procédure être violées. En l'absence d'une motivation suffisante, il ne peut être entré en matière sur le grief de l'Auditeur en chef concernant une prétendue violation des dispositions essentielles de la procédure au cours des débats au sens de l'art. 185 al. 1 let. c PPM.

d) Les considérations qui précèdent et l'argumentation développée par le défenseur d'office de A. en réponse au pourvoi en cassation appellent encore les précisions suivantes.

Contrairement à ce qu'affirme A. dans sa réponse du 24 septembre 2019, le fait que son défenseur puisse plaider au terme de débats auxquels l'accusé ne se présente pas ne saurait aucunement priver ce dernier du droit de demander le relief, une telle demande étant exclusivement soumise aux conditions prévues à l'art. 156 PPM. A. ne peut davantage être suivi lorsqu'il prétend qu'une intervention de son défenseur durant l'audience aurait permis au tribunal de poursuivre les débats selon la procédure ordinaire sur la base de l'art. 130 al. 2 et 4 PPM. En effet, cette disposition ne vise pas le cas de l'accusé qui ne se présente pas, sans excuse, à l'ouverture des débats. Ainsi, le défenseur d'office du prénommé se méprend lorsqu'il suggère qu'il aurait risqué, en prenant une part active aux débats, de nuire aux intérêts de A. et en particulier de le priver, cas échéant, d'un relief.

Par ces motifs, le Tribunal militaire de cassation prononce :

1. Le pourvoi en cassation est irrecevable.

2. Les frais de la procédure, arrêtés à 500 fr., sont supportés par la Confédération.

(906, 19 septembre 2019, auditeur en chef contre le Tribunal militaire 1)

27

Art. 185 Abs. 1 Bst. c MStP; Qualifiziertes Rügeprinzip (Kassationsbeschwerde)

Das Kassationsbeschwerdeverfahren dient nicht der rein theoretischen Erörterung von Rechtsfragen, i.c. wird in der Kassationsbeschwerde weder der Rechtsnachteil, der dem Beschwerdeführer durch die gerügte Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften erwachsen sein soll, noch das aktuelle und praktische Interesse an der Beschwerdeführung dargelegt (E. 3 f.).

Art. 185 al. 1 let. c PPM ; principe d'allégation qualifié (poursvoi en cassation)

La procédure du pourvoi en cassation ne sert pas à trancher des questions de droit sous un angle purement théorique; cas dans lequel ni le préjudice juridique subi en rapport avec les violations de dispositions essentielles de procédure invoquées, ni l'intérêt actuel et pratique à recourir n'a été établi (consid. 3 s.).

Art. 185 cpv. 1 lett. c PPM; principio dell'allegazione qualificata (ricorso per cassazione)

La procedura del ricorso per cassazione non serve a dirimere questioni di diritto da un punto di vista puramente teorico; caso in cui non è stato illustrato né il pregiudizio giuridico che il ricorrente avrebbe subito a causa della censurata violazione di essenziali disposizioni procedurali né l'interesse pratico e attuale a ricorrere (consid. 3 f.).

Das Militärkassationsgericht hat erwogen:

2.

Das Militärkassationsgericht ist an den Umfang der mit der Kassationsbeschwerde gestellten Anträge gebunden (Art. 189 Abs. 2 des Militärstrafprozesses vom 23. März 1979 [MStP; SR 322.1]). Es gilt das *qualifizierte Rügeprinzip*. Der Beschwerdeführer muss unter Hinweis auf den Kassationsgrund genau darlegen, welche Bestimmungen als verletzt angesehen werden und inwiefern das angefochtene Urteil die Verletzung begehen soll. Bei den Kassationsgründen von Art. 185 Abs. 1 lit. a-c MStP sind lediglich die in der Kassationsbeschwerde aufgeführten Tatsachen zu berücksichtigen (Art. 189 Abs. 3 MStP).

3.

a) Der Obergerichtsrat ruft als Kassationsgrund Art. 185 Abs. 1 lit. c MStP an. Nach dieser Bestimmung ist die Kassation auszusprechen, wenn während der Hauptverhandlung *wesentliche* Verfahrensvorschriften verletzt worden sind, sofern dem Beschwerdeführer dadurch ein *Rechtsnachteil* erwachsen ist.

b) Der eingangs unter A. a) und b) beschriebene Sachverhalt und seine rechtliche Würdigung sind im Grundsatz unbestritten. Hierzu betont der Obergerichtsrat, er rüge explizit *nicht*, dass das Beweisverfahren vor dem Militärgericht 2 (Mil Ger 2) eine wesentliche Änderung des Sachverhalts ergeben habe. Vielmehr soll mit der Kassationsbeschwerde die Auslegung von Art. 143 Abs. 1 MStP thematisiert werden, wonach das Gericht die Hauptverhandlung von sich aus oder auf Antrag einer Partei u.a. für die Neuerstellung oder Ergänzung der Anklageschrift unterbrechen oder verschieben kann. Insofern lädt der Obergerichtsrat das Militärkassationsgericht dazu ein, die Rechtsauffassung beider Vorinstanzen zu überprüfen, wonach Art. 143 Abs. 1 MStP eine *wesentliche* Änderung des Sachverhalts voraussetze, damit eine Anklageschrift neu erstellt oder abgeändert werden dürfe.

c) Mit dem verfahrensleitenden Entscheid des Mil Ger 2 vom 22. März 2018 wurde der Antrag auf Unterbrechung der Hauptverhandlung zur Ergänzung der Anklageschrift abgewiesen, weil laut Erstinstanz das Beweisverfahren bis dahin keine wesentliche Veränderung des Sachverhalts ergeben habe. Während die Vorinstanz diese Rechtsauffassung teilt, stellt sich der Obergerichtsrat auf den Standpunkt, dass gemäss Art. 143 Abs. 1 MStP bei *offensichtlichen Fehlern* eine Berichtigung der Anklageschrift *ohne weiteres* zulässig sein müsse. Diese Verfahrensvorschrift sei wesentlich i.S.v. Art. 185 Abs. 1 lit. c MStP. Denn der Ausgang eines Verfahrens sei mit der Anklage eng verbunden, weshalb bei fehlerhafter Anklage selbst dann ein Freispruch erfolgen müsse, wenn das Beweisverfahren eine deliktische Verantwortlichkeit ergeben habe, wie der vorliegende Fall exemplarisch zeige.

d) Wie es sich hierzu im Einzelnen verhält, braucht indes nicht weiter erörtert zu werden. Denn nach Art. 185 Abs. 1 lit. c MStP muss dem Beschwerdeführer durch die gerügte Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften ein *Rechtsnachteil* erwachsen. Ein solcher wird indessen in der Kassationsbeschwerde nicht dargelegt und ist auch nicht ersichtlich. Zudem unterlässt es der Obergerichtsrat im vorliegenden Fall, das aktuelle und praktische Interesse an seiner Beschwerdeführung zu substantiieren:

aa) Wie bereits erwähnt, hat das Mil Ger 2 die vom Auditor beantragte Unterbrechung der Hauptverhandlung zur Nachbesserung seiner Anklageschrift abgelehnt und den Angeklagten in der Folge von den Vorwürfen der unerlaubten Entfernung und der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz freigesprochen, ohne dass der Auditor während der Hauptverhandlung seinen Antrag erneuert oder dessen Ablehnung gerügt hätte. Stattdessen verlangte er an der Hauptverhandlung vor dem Militärappellationsgericht 2 (MAG 2) eventualiter die Aufhebung des angefochtenen Entscheides und Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Neuurteilung. Im Urteil vom 20. Mai 2019 listet das MAG 2 detailliert die Mängel der Anklageschrift vom 5. Februar 2018 auf und schliesst daraus, dass aufgrund der fehlerhaften Sachverhaltsdarstellung die Anklage ihre Informations- und Umgrenzungsfunktion nicht hinreichend habe erfüllen können. Mit

eingehender Begründung schützte es sowohl den erstinstanzlichen Freispruch des Angeklagten von den Vorwürfen der unerlaubten Entfernung und der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz wie auch die Abweisung des Antrags auf Ergänzung der Anklageschrift mangels wesentlicher Änderung der Sachlage.

bb) In der Folge wurde der erstinstanzliche Freispruch vom Vorwurf der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz vom Auditor nicht angefochten. Diesbezüglich ist das Urteil des Mil Ger 2 in *Rechtskraft* erwachsen. Zu den Vorwürfen des Nichtbefolgens von Dienstvorschriften und der unerlaubten Entfernung hat der Auditor vor dem MAG 2 selbst Freisprüche beantragt, weshalb auch diese Punkte im heutigen Zeitpunkt *rechtskräftig* entschieden sind.

cc) Da ausserdem die Anklageschrift zur Beurteilung des Vorwurfs des Wachtvergehens unbestrittenermassen genügte, wurde dieser Anklagepunkt von der Vorinstanz auch materiell beurteilt (vgl. Urteil MAG 2 Ziff. VI ff., S. 6 ff.). Auch dies ist nicht Gegenstand einer Anfechtung vor dem Militärkassationsgericht.

dd) Inwiefern bei dieser Ausgangslage dem Obergericht ein aktuelles und praktisches Interesse an der Beschwerdeführung zukommen könnte, bleibt in der Kassationsbeschwerde ebenso *gänzlich unerörtert*, wie die Frage, ob dem Beschwerdeführer – durch eine allfällige Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften – ein *Rechtsnachteil* (i.S.v. Art. 185 Abs. 1 lit. c MStP) erwachsen sei.

4.

Zusammenfassend hat es der Obergericht im Lichte der ihm obliegenden qualifizierten Rügepflicht (E. 2) unterlassen, in seiner Kassationsbeschwerde zum geltend gemachten Kassationsgrund von Art. 185 Abs. 1 lit. c MStP den Rechtsnachteil wie auch das aktuelle und praktische Interesse an einer Beschwerdeführung im Einzelnen substantiiert darzulegen.

Aus diesem Grunde ist auf die Kassationsbeschwerde nicht einzutreten, weshalb die aufgeworfene Frage offenbleiben muss, ob das Mil Ger 2 dem Auditor hätte Gelegenheit geben müssen, seine fehlerhafte Anklageschrift nachzubessern. Für eine rein theoretische Erörterung der vom Obergericht aufgeworfenen Fragen zu Art. 143 Abs. 1 MStP bleibt im vorliegenden Verfahren kein Raum.

(908, 5. Juni 2020, Obergericht gegen Militärappellationsgericht 2)

28

Art. 193 Abs. 1 StGB i.V.m. Art. 8 MStG; Art. 185 Abs. 1 Bst. e, Art. 185 Abs. 1 Bst. f MStP; Ausnützung einer Notlage; Begründungspflicht, Beweiswürdigung, «in dubio pro reo», Willkürprüfung (Kassationsbeschwerde)

Zusammenfassung der Rechtsprechung zum Umfang der Begründungspflicht, zu den Anforderungen an die Beweiswürdigung, zum Grundsatz «in dubio pro reo» (E. 1d–f).

I.c. ist der vom Militärappellationsgericht 2 getroffene Schluss hinreichend begründet, dem Angeklagten könne das vorgeworfene strafbare Verhalten nicht rechtsgenügend nachgewiesen werden, da in Würdigung aller Umstände auch alternative Szenarien zum vom weiblichen Opfer geschilderten Sachverhalt nicht ausgeschlossen seien und angesichts unüberwindbarer Zweifel an der detaillierten vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung sowie mangels eines Motivs beim Angeklagten dessen Freispruch erfolgen müsse (E. 2b–d). I.c. erweist sich das angefochtene Urteil im Ergebnis weder als offensichtlich unhaltbar noch als mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch (E. 3c).

Art. 193 al. 1 CP en lien avec l'art. 8 CPM ; art. 185 al. 1 let. e et f PPM ; abus de la détresse ; obligation de motiver, appréciation des preuves, « in dubio pro reo », examen de l'arbitraire (pourvoi en cassation)

Résumé de la jurisprudence concernant l'étendue de l'obligation de motiver, les exigences en matière d'appréciation des preuves et le principe « in dubio pro reo » (consid. 1d–f). Dans le cas d'espèce, la solution à laquelle est parvenu le Tribunal militaire d'appel est suffisamment motivée ; le comportement pénal reproché à l'accusé n'avait pas pu être prouvé à satisfaction de droit, car, en appréciant toutes les circonstances, des scénarios alternatifs différant de l'état de fait rapporté par la victime féminine ne pouvaient être exclus et, compte tenu du doute insurmontable ressortant de la constatation des faits détaillée de l'autorité précédente ainsi que de l'absence de motif chez l'accusé, l'acquittement de ce dernier devait être prononcé (consid. 2b–d). Le jugement attaqué ne se révèle, dans son résultat, ni manifestement insoutenable ni clairement contraire à la situation de fait (consid. 3c).

Art. 193 cpv. 1 CP in combinato disposto con l'art. 8 CPM; art. 185 cpv. 1 lett. e e f PPM; abuso di una situazione di necessità; obbligo di motivazione, apprezzamento delle prove, «in dubio pro reo», esame dell'arbitrio (ricorso per cassazione)

Sintesi della giurisprudenza relativa alla portata dell'obbligo di motivazione, alle esigenze in materia di apprezzamento delle prove e al principio «in dubio pro reo» (consid. 1d–f). In casu, la soluzione cui è giunto il Tribunale militare d'appello risulta sufficientemente motivata; la condotta penale attribuita all'accusato non ha potuto essere provata in modo

giuridicamente sufficiente, giacché dall'apprezzamento di tutte le circostanze non potevano essere esclusi scenari alternativi rispetto ai fatti riferiti dalla vittima. Tenuto conto del dubbio insormontabile che emerge dalla dettagliata constatazione dei fatti dell'autorità precedente così come dell'assenza di movente da parte dell'accusato, quest'ultimo doveva essere assolto (consid. 2b–d). La sentenza impugnata, nel suo risultato, non è né manifestamente insostenibile né chiaramente contraria alla situazione di fatto (consid. 3c).

Das Militärkassationsgericht hat erwogen:

1. (...)

d) Ein Kassationsgrund nach Art. 185 Abs. 1 Bst. e des Militärstrafprozesses vom 23. März 1979 [MStP; SR 322.1] liegt vor, wenn ein Urteil keine hinreichenden Entscheidungsgründe enthält. Damit soll die Respektierung eines wesentlichen Teilgehalts des verfassungsrechtlich garantierten Anspruches auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101) sichergestellt werden. Nach der Rechtsprechung des Militärkassationsgerichts muss sich ein Gericht zu allen Tatsachen und Rechtserörterungen äussern, die zum Urteilsspruch bzw. zu dessen einzelnen Bestandteilen geführt haben. Der Kassationsgrund der fehlenden Entscheidungsgründe erfasst dabei einen formellen Mangel, der selbständig und vorweg zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen kann (MKGE 13 Nr. 1 E. 4b; 11 Nr. 14 und Nr. 69 E. 3). Die schriftliche Urteilsbegründung soll den Parteien die Überlegungen des Gerichts zur Sachverhaltsdarstellung und zur Rechtsanwendung bekannt geben, um ihnen wie auch einer Rechtsmittelinstanz zu ermöglichen, das Urteil zu überprüfen (vgl. MKGE 11 Nr. 28 E. 4b, Nr. 51 E. 2 und Nr. 69 E. 3, je mit Hinweisen). Entscheidungsgründe fehlen indessen nicht schon dann, wenn sich das Urteil nicht ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand befasst. Das Gericht kann sich vielmehr auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (vgl. MKGE 14 Nr. 9 E. 2b, mit weiteren Hinweisen; Bopp, MStP-Kommentar, Art. 185 N. 45 ff., mit zahlreichen Hinweisen).

e) aa) Der Kassationsgrund von Art. 185 Abs. 1 Bst. f MStP setzt voraus, dass wesentliche tatsächliche Feststellungen des Urteils dem Ergebnis der Beweisverfahren widersprechen. Nach der Praxis des Militärkassationsgerichts bildet die willkürliche Sachverhaltsfeststellung den Hauptfall des Kassationsgrundes; die Aktenwidrigkeit ist davon ein Spezialfall (MKGE 11 Nr. 51 E. 3a; Bopp, in: MStP-Kommentar, Art. 185 N. 50, mit zahlreichen Hinweisen; vgl. auch unten cc.). Wie sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 185 Abs. 1 Bst. f MStP ergibt («wesentliche tatsächliche Feststellungen»), ist der entsprechende Kassationsgrund nur gegeben, wenn die geltend gemachten Widersprüche zentrale Sachverhaltsfeststellungen betreffen (MKGE 13 Nr. 40 E. 2a/bb sowie 11 Nr. 19 E. 6) bzw. sich der Mangel auf das Urteil ausgewirkt hat (Bopp, in: MStP-Kommentar, Art. 185 N. 51), was vom Beschwerdeführer entsprechend darzulegen ist (MKGE 14 Nr. 9 E. 2c, mit weiteren Hinweisen).

bb) Die Sachverhaltsfeststellung bzw. Beweiswürdigung erweist sich als willkürlich, wenn das Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkannt hat, wenn es

ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidungswesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder wenn es auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat (BGE 144 V 50 E. 4.2, mit zahlreichen Hinweisen). Das Militärkassationsgericht hebt ein Urteil nur dann auf, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist. Dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt nicht (MKGE 12 Nr. 21 E. 5c). Eine vertretbare Beweiswürdigung ist namentlich nicht schon deshalb willkürlich (zum Willkürbegriff BGE 137 I 1 E. 2.4), weil die Kassationsinstanz an Stelle des Sachrichters allenfalls anders entschieden hätte (MKGE 14 Nr. 9 E. 2c/bb, mit weiteren Hinweisen).

cc) Schliesslich subsumiert das Militärkassationsgericht unter Art. 185 Abs. 1 Bst. f MStP auch die Anwendung des Grundsatzes «in dubio pro reo». Dieser fliesst aus der in Art. 32 Abs. 1 BV verankerten Unschuldsvermutung und wird dann direkt verletzt, wenn das Gericht die Schuld des Angeklagten für erwiesen erachtet, weil dieser seine Unschuld nicht zu beweisen vermochte, oder wenn das Gericht an der Schuld des Angeklagten zweifelt, ihn aber dennoch verurteilt. Der Grundsatz wird indirekt verletzt, wenn sich das Gericht aufgrund erhobener Beweise von der Schuld überzeugt erklärt, obwohl deren richtige Würdigung erhebliche Zweifel an der Schuld bestehen lassen würden bzw. umgekehrt, wenn das Gericht aufgrund erhobener Beweise erhebliche Zweifel an der Schuld bejaht, obwohl deren richtige Würdigung nur zur Überzeugung der Schuld führen kann. Die Rüge der indirekten Verletzung betrifft die Beweiswürdigung (wonach sich Zweifel an der bzw. die Überzeugung der Schuld hätten ergeben sollen); sie ist ausschliesslich unter dem Gesichtspunkt von Art. 185 Abs. 1 Bst. f MStP und damit nur auf Willkür hin zu überprüfen (MKGE 14 Nr. 9 E. 2c/dd mit weiteren Hinweisen; Bopp, in: MStP-Kommentar, Art. 185 N. 53 ff.).

f) Die einzelnen Kassationsgründe lassen sich nicht immer einfach voneinander abgrenzen. Wird etwa geltend gemacht, die Tragweite eines Beweismittels sei offensichtlich verkannt worden, indem nur ganz knapp und damit zu kurz auf dieses eingegangen worden sei, so wird zugleich eine ungenügende Begründung und eine willkürliche Beweiswürdigung moniert und damit die Kassationsgründe von Art. 185 Abs. 1 Bst. e und f MStP angerufen.

2.

a) Das Militärappellationsgericht 2 (MAG 2) führte aus, der relevante Sachverhalt stehe aufgrund der Vorakten und des Urteils des Militärgerichts 2 (Mil Ger 2) nicht zweifelsfrei fest. Nach Hinweis auf die Unschuldsvermutung und nach Darlegen von Inhalt und Tragweite des Grundsatzes «in dubio pro reo» erinnerte es daran, dass zu entscheiden sei, ob dem Angeklagten das ihm vorgeworfene strafbare Verhalten rechtsgenügend nachgewiesen werden könne. Wohl seien die Ausführungen des Mil Ger 2 korrekt. Es bestünden aber bei objektiver Betrachtung unüberwindbare Zweifel daran, ob sich der Sachverhalt wie von [der Beschwerdeführerin] geschildert verwirklicht habe. Bei diesem Ergebnis des Beweisverfahrens sei gestützt auf den aus der Unschuldsvermutung fliessenden Grundsatz «in dubio pro reo» in sachverhaltlicher Hinsicht davon auszugehen, dass sich der dem Angeklagten vorgeworfene Sachverhalt nicht verwirklicht habe.

b) Zunächst ist der Kassationsgrund von Art. 185 Abs. 1 Bst. e MStP zu betrachten (vgl. E. 1b). Die Beschwerdeführerin macht in ihrer Kassationsbeschwerde verschiedentlich

geltend, das Urteil des MAG 2 enthalte keine hinreichenden Entscheidungsgründe und verletze so das rechtliche Gehör. Es sei nicht nachvollziehbar, wenn das MAG 2 die kritische Würdigung der Aussagenanalyse durch das Mil Ger 2 grundsätzlich nicht beanstande, dann aber ohne detaillierte Begründung in einem lapidaren Satz davon ausgehe, aufgrund der stereotypen Schilderung und dem Umstand, dass die Aussagen von ihr (der Beschwerdeführerin) über die Zeit detaillierter geworden seien, werde die Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen geschmälert. Mit ihren im Kern immer gleichen, konsistenten, detailreichen, in sich schlüssigen und Realkennzeichen enthaltenden Aussagen habe sich das MAG 2 eben gerade nicht auseinandergesetzt. Das MAG 2 habe viel zu wenig detailliert begründet, wieso es zum Schluss gelange, dass auch alternative Szenarien zu dem von ihr geschilderten Sachverhalt vorlägen und weshalb aufgrund des fehlenden Motivs beim Angeklagten unüberwindbare Zweifel an der detaillierten Sachverhaltsfeststellung des Mil Ger 2 bestünden.

c) (...)

d) Insoweit die skizzierten Rügen überhaupt unter den Kassationsgrund von Art. 185 Abs. 1 Bst. e MStP fallen (vgl. oben E. 1d), kann Ihnen nicht gefolgt werden. Wohl trifft zu, dass sich das MAG 2 mit den Ausführungen des Militärgerichts 2 betreffend die einzelnen Aussagen der Beschwerdeführerin (und des Angeklagten) in der Voruntersuchung und im Rahmen der Hauptverhandlung des Mil Ger 2 nicht detailliert auseinandergesetzt hat. Vor diesem Hintergrund ist denn auch nachvollziehbar, dass die Beschwerdeführerin der Auffassung ist, ihres Erachtens wichtige Punkte hätten nicht in dem von ihr gewünschten Mass im Urteil ihren Niederschlag gefunden.

Das MAG 2 war im Lichte der Anforderungen an die Begründungspflicht (vgl. oben E. 1b) nicht gehalten, sich zu allen Vorbringen ausführlich zu äussern. Es hat im Rahmen der – allerdings sehr knappen – Ausführungen dargelegt, weshalb seiner Ansicht nach die Täterschaft des Angeklagten nicht zweifelsfrei nachgewiesen und aus welchen Gründen es zum Schluss gelangt ist, der Angeklagte sei «in dubio pro reo» freizusprechen (zur Frage, ob diese Würdigung der Überprüfung durch das Militärkassationsgericht Stand hält, vgl. unten E. 3).

3. (...)

e) Aus der ausführlichen Kassationsbeschwerde der Beschwerdeführerin ergibt sich schliesslich ohne weiteres, dass das MAG 2 seine Entscheidungsmotive so hinreichend aufgeführt hat, damit die Beschwerdeführerin das vorinstanzliche Erkenntnis sachgerecht anfechten konnte. Von einer verletzten Begründungspflicht kann deshalb nicht die Rede sein, weshalb der Kassationsgrund von Art. 185 Abs. 1 Bst. e MStP zu verneinen ist.

Das MAG 2 hat sich in seinem Urteil durchaus auf die Ausführungen des Mil Ger 2 bezogen und mit diesen – wenngleich sehr knapp – auseinandergesetzt (angefochtenes Urteil E. IV/8, IV/10; vgl. auch oben E. 2d). Bei alledem hat es nicht explizit ausgeschlossen, dass sich der Sachverhalt in der in der Anklageschrift vorgeworfenen Form verwirklicht haben könnte. Es hat aber ausgeführt, dass die Ausführungen der Beschwerdeführerin nicht genügten, um dem Angeklagten das vorgeworfene strafbare Verhalten rechts-

genügend nachzuweisen, weil in Würdigung aller Umstände die Verwirklichung von Alternativszenarien nicht unwahrscheinlicher sei, als das dem Angeklagten vorgeworfene Verhalten (angefochtenes Urteil E. IV/11). Es hat bei all seinen Ausführungen sodann zu Recht darauf hingewiesen, dass es bei der Beweiswürdigung im Rahmen der Sachverhaltserstellung nicht genüge, dass die Täterschaft des Angeklagten nicht ausgeschlossen werden könne. Es hat – ebenso zu Recht – daran erinnert, dass für eine Verurteilung des Angeklagten diesem das ihm vorgeworfene strafbare Verhalten rechtsgenügend nachzuweisen ist (angefochtenes Urteil E. IV/9, IV/15 f.). Wenn das MAG 2 vor dem erwähnten Hintergrund letztlich zum Schluss gelangt, es drängten sich nach der objektiven Sachlage erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel auf, dass sich der Sachverhalt, wie in der Anklage beschrieben, verwirklicht habe, womit der Angeklagte «in dubio pro reo» freizusprechen sei, so kann angesichts der dem Militärkassationsgericht zustehenden Kognition (vgl. oben E. 1b und e) nicht gesagt werden, das angefochtene Urteil erweise sich im Ergebnis als offensichtlich unhaltbar oder stehe mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch. Insofern lässt sich das Vorliegen des Kassationsgrundes von Art. 185 Abs. 1 Bst. f MStP nicht bejahen und hat es mit dem Urteil des MAG 2 vom 8. April 2019 sein Bewenden.

(909, 5. Juni 2020, Oberauditor gegen Militärappellationsgericht 2)

29

Art. 43 Abs. 1 und Art. 43 Abs. 1^{bis}, Art. 73 Ziff. 2, Art. 124 Ziff. 1 Abs. 2 MStG; Art. 149 Abs. 1, Art. 153, Art. 185 Abs. 1 Bst. e MStP; Fahrlässige Körperverletzung (leichter Fall), Verschleuderung von Material (leichter Fall), Strafzumessung (Anwendung des Asperationsprinzips), unzureichende Entscheidungsgründe (Kassationsbeschwerde)

Nach Art. 43 Abs. 1 und Abs. 1^{bis} MStG hat das Sachgericht bei gleichzeitiger Beurteilung mehrfacher Deliktsbegehung (Konkurrenz) in Anwendung des Asperationsprinzips eine Gesamtstrafe zu bilden. Entsprechend bleibt kein Raum für eine gesamthafte Beurteilung des Geschehens bzw. eine einheitliche Strafartbestimmung via Gesamtbetrachtung (E. 2). Kassationsgrund der Verletzung der Begründungspflicht: Das Sachgericht hat nachvollziehbar aufzuzeigen, wie sich die in Anwendung des Asperationsprinzips auszufällende Gesamtstrafe zusammensetzt. Das Sachgericht hat deshalb das Gewicht, das den verwirkten Strafen im Rahmen der Gesamtstrafe zukommt, im Urteil auszuweisen (E. 2). Ein leichter Fall als gesetzliche Strafprivilegierung kann dann angenommen werden, wenn die Tat unter Berücksichtigung des Verschuldens, der Beweggründe, der persönlichen Verhältnisse und der dienstlichen Führung des Fehlbaren als geringfügig erscheint, wobei eine Gesamtwürdigung von Tat und Täter zu erfolgen hat. Dabei hat der Fall sowohl in subjektiver (Täterkomponente) als auch in objektiver Hinsicht (Tatkomponente) geringfügig zu sein. Das Sachgericht hat sämtliche Umstände, die bei der Beurteilung, ob ein leichter Fall vorliegt, von Bedeutung sind, in der Begründung nachvollziehbar zu würdigen (E. 3 und 4).

Art. 43 al. 1 et al. 1^{bis}, art. 73 ch. 2, art. 124 ch. 1 al. 2 CPM ; art. 149 al. 1, art. 153, art. 185 al. 1 let. e PPM ; lésions corporelles simples par négligence (cas de peu de gravité), abus et dilapidation du matériel (cas de peu de gravité), fixation de la peine (application du principe de l'aggravation), jugement insuffisamment motivé (pourvoi en cassation)

Conformément à l'art. 43 al. 1 et al. 1^{bis} CPM, il incombe au tribunal, en cas de concours d'infractions, de fixer une peine d'ensemble en application du principe de l'aggravation. Cette approche ne laisse pas de place à la fixation d'une peine unique (« Einheitsstrafe », par opposition à la « Gesamtstrafe » que commande l'art. 43 CPM) procédant d'une appréciation globale de la situation (consid. 2). Cassation découlant d'une motivation insuffisante : le tribunal est tenu d'exposer et de motiver les éléments pris en compte pour fixer la peine d'ensemble en application du principe d'aggravation. Il doit indiquer et motiver dans son jugement le quantum des différentes peines individuelles prises en compte pour fixer la peine d'ensemble (consid. 2). Un cas de peu de gravité, en tant que cas privilégié prévu par la loi, peut ensuite être admis lorsque l'acte est de peu de gravité, compte tenu de la culpabilité, des mobiles, de la situation personnelle et de la conduite au service militaire de l'intéressé. Le cas doit être peu de gravité aussi bien d'un point de vue subjectif (« Täterkomponente ») qu'objectif (« Tatkomponente »). Le tribunal est tenu

d'apprécier et de motiver l'ensemble des circonstances prises en considération pour déterminer s'il y a lieu de considérer l'existence d'un cas de peu de gravité (consid. 3 et 4).

Art. 43 cpv. 1 e cpv. 1^{bis}, art. 73 cifra 2, art. 124 cifra 1 cpv. 2 CPM; art. 149 cpv. 1, art. 153, art. 185 cpv. 1 lett. e PPM; lesioni corporali semplici per negligenza (caso di poca gravità), abuso e sperpero di materiale (caso di poca gravità), fissazione della pena (applicazione del principio dell'aggravamento), sentenza insufficientemente motivata (ricorso per cassazione)

Conformemente all'art. 43 cpv. 1 e cpv. 1^{bis} CPM, in caso di concorso di reati il tribunale deve fissare una pena complessiva, secondo il principio dell'aggravamento. Di conseguenza non è possibile fissare una pena unica («Einheitsstrafe», in contrapposizione alla «Gesamtstrafe» richiesta dall'art. 43 CPM) basata su una valutazione complessiva della situazione (consid. 2). Cassazione data da una motivazione insufficiente: il tribunale è tenuto ad esporre e a motivare gli elementi presi in considerazione per fissare la pena complessiva in applicazione del principio dell'aggravamento. Nella sentenza dev'essere indicato e motivato il quantum delle diverse pene individuali prese in considerazione per fissare la pena complessiva (consid. 2). Un caso di poca gravità, come caso privilegiato previsto dalla legge, può in seguito essere ammesso quando l'atto è di poca gravità, tenuto conto della colpa, dei motivi, della situazione personale e della condotta durante il servizio militare dell'interessato. Il caso deve essere di poca gravità sia da un punto di vista soggettivo («Täterkomponente») che oggettivo («Tatkomponente»). Il tribunale è tenuto ad apprezzare e motivare l'insieme delle circostanze prese in considerazione per determinare se vi sia spazio per ritenere dato un caso di poca gravità (consid. 3 e 4).

Das Militärkassationsgericht hat erwogen:

2.

c) Die Bestimmung von Art. 43 des Militärstrafgesetzes vom 13. Juni 1927 (MStG; SR 321.0) ist im Dritten Kapitel («Strafzumessung») des Dritten Titels («Strafen und Massnahmen») des MStG normiert. Entsprechend ihrer Marginalie («Konkurrenz») regelt sie die Konstellation, dass eine Person mehrere Straftatbestände erfüllt hat, die zueinander in echter Konkurrenz stehen. In einem solchen Fall gelangt das Asperationsprinzip als Strafschärfungsgrund zur Anwendung. Die Bestimmung von Art. 43 MStG ist – mit Ausnahme von Art. 43 Abs. 1^{bis} (vgl. sogleich unten) – identisch mit Art. 49 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0).

Art. 43 Abs. 1 Satz 1 MStG lautet wie folgt: «Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht zu der Strafe der schwersten Straftat und erhöht sie angemessen.»

Demnach ist zunächst die Strafe für die schwerste Straftat als Einsatzstrafe festzulegen. Als schwerste Tat gilt diejenige, die mit der schwersten Strafe bedroht ist, auch wenn sie im konkreten Fall verschuldensmässig nicht am schwersten wiegt (vgl. MKGE 11 Nr. 1 E.

2b; BGE 93 IV 7 E. 2; Botschaft zur Änderung des Militärstrafgesetzes und des Militärstrafprozesses vom 31. Oktober 2007, BBl 2007 8356).

Anschliessend ist die Strafe für die weiteren Delikte angemessen zu erhöhen. Das Gericht darf das Höchstmass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen. Dabei ist es an das gesetzliche Höchstmass der Strafart gebunden. Die Anwendung des Asperationsprinzips führt somit zur Bildung einer Gesamtstrafe. (...)

Art. 43 Abs. 1 MStG sieht die Anwendung des Asperationsprinzips zur Bildung einer Gesamtstrafe nur für Fälle vor, in denen für alle vom Schuldspruch erfassten Delikte die gleiche Strafart – Freiheitsstrafe, Geldstrafe oder Busse – zur Anwendung kommt. Wenn es nicht ausdrücklich im Gesetz vorgesehen ist (siehe sogleich zu Art. 43 Abs. 1^{bis} MStG sowie etwa Art. 305^{bis} Ziff. 2 StGB bei der Geldwäscherei), können verschiedene Strafarten nicht miteinander kombiniert werden (vgl. Jositsch/Ege/ Schwarzenegger, a.a.O., § 2/4.12; Mathys, a.a.O., N 480, 482). So kann eine Strafe wegen Missbrauch und Verschleuderung von Material nach Art. 73 Ziff. 1 MStG – die Strafandrohung umfasst Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe – grundsätzlich nicht mit einer Übertretungsbusse nach Art. 90 Abs. 1 des Strassenverkehrsgesetzes vom 19. Dezember 1958 (SVG; SR 741.01) (einfache Verkehrsregelverletzung) zu einer Gesamtstrafe verbunden werden; diesfalls sind die Strafen kumulativ zu verhängen (vgl. Botschaft, a.a.O., BBl 2007 8357; Mathys, a.a.O., N 480). So wie es sich im Verhältnis von Freiheitsstrafe zur Geldstrafe und von beiden Strafarten zur Busse nicht um gleichartige Strafen handelt, stellen diese im Verhältnis zur Disziplinarstrafe (Verweis, Ausgangssperre, Disziplinarbusse und Arrest; Art. 186 ff. MStG) keine gleichartigen Strafen dar (Botschaft, a.a.O., BBl 2007 8357). Bei diesem Rechtszustand wäre somit eine Disziplinarbusse kumulativ auszusprechen.

Die Praxis zum Militärstrafrecht hat das Asperationsprinzip indessen schon seit 1973 auch bei einer Konkurrenz eines Verbrechens oder Vergehens mit einem Disziplinarfehler angewendet (MKGE 9 Nr. 26). Mit der Einführung von Art. 43 Abs. 1^{bis} MStG auf den 1. März 2009 hat der Gesetzgeber diese konstante militärgerichtliche Praxis im Gesetz verankert.

Die Bestimmung von Art. 43 Abs. 1^{bis} MStG lautet wie folgt: «Hat das Gericht neben einem Verbrechen, einem Vergehen oder einer Übertretung einen oder mehrere Disziplinarfehler im Sinne von Art. 180 [MStG] zu beurteilen, so ist die gemäss Absatz 1 ausgesprochene Strafe angemessen zu erhöhen.»

Demzufolge kommt das Asperationsprinzip auch in einem solchen Fall, wo neben einer Straftat ein Disziplinarfehler vorliegt, zur Anwendung. Die Einsatzstrafe ist mit Blick auf den Disziplinarfehler angemessen zu erhöhen und es ist eine Gesamtstrafe auszufallen. Die Verhängung einer zusätzlichen Disziplinarbusse ist mithin ausgeschlossen (Botschaft, a.a.O., BBl 2007 8357; zur Begründung vgl. etwa Stratenwerth, Allgemeiner Teil I, 4. Aufl. 2011, § 2 N 48; BSK StGB I-Ackermann, Art. 49 N 109).

Mit dieser Gesetzesänderung wurde keine Änderung im Verhältnis zwischen Freiheitsstrafe, Geldstrafe und Übertretungsbusse bezweckt oder bewirkt. Das Asperationsprinzip

kommt weiterhin nicht zur Anwendung, wenn nicht gleichartige Strafen ausgefällt werden sollen oder können (vgl. MKGE 14 Nr. 16 E. 3; BGE 144 IV 217 E. 3.3.4). Ob eine andere Beurteilung vorzunehmen ist, wenn es allgemein um die Sanktionierung eines Disziplinarfehlers geht und offen ist, welche Disziplinarstrafe zur Anwendung kommt, muss vorliegend nicht geprüft werden.

d) Vorliegend liegt echte Idealkonkurrenz vor; der Angeklagte hat durch eine Handlung mehrere Tatbestände verwirklicht, die sich nicht gegenseitig ausschliessen. Bei dieser Ausgangslage kommt das Asperationsprinzip zur Anwendung, soweit gleichartige Strafen ausgefällt werden (Art. 43 Abs. 1 MStG) oder sofern neben einem Verbrechen, einem Vergehen oder einer Übertretung Disziplinarfehler im Sinne von Art. 180 MStG zu beurteilen sind (Art. 43 Abs. 1^{bis} MStG).

Geht man mit dem Militärappellationsgericht 2 (MAG 2) bei der fahrlässigen Körperverletzung und der Verschleuderung von Material jeweils von einem leichten Fall im Sinne von Art. 124 Ziff. 1 Abs. 2 und Art. 73 Ziff. 2 MStG aus, bedeutet die Anwendung des Asperationsprinzips nach Art. 43 Abs. 1^{bis} MStG, dass die für die einfache Verkehrsregelverletzung (Art. 90 Abs. 1 SVG) – als Einsatzstrafe – ausgefallte Übertretungsbusse in Berücksichtigung der Disziplinarbussen für die leichten Fälle der Verschleuderung von Material und der fahrlässigen Körperverletzung (E. 3 und 4) angemessen zu erhöhen ist. (...)

Die Ausfällung einer Gesamtstrafe in Anwendung des Asperationsprinzips setzt nach der Praxis des Bundesgerichts zu Art. 49 StGB voraus, dass das Gericht die «(hypothetischen) Einzelstrafen sämtlicher Delikte (zumindest gedanklich) gebildet hat». Denn andernfalls liesse sich die Einsatzstrafe weder bestimmen noch in Anwendung des Asperationsprinzips schärfen. Das Sachgericht hat deshalb das Gewicht, das den verwirkten Strafen im Rahmen der Gesamtstrafe zukommt, im Urteil auszuweisen (BGE 144 IV 217 E. 3.5.3; vgl. Mathys, a.a.O., N 490 ff.; BSK StGB I-Ackermann, Art. 49 N 119 ff., 122, 126 f.). Nichts Anderes kann im Militärstrafrecht gelten. Die Begründung muss auch hier die für die Strafzumessung relevanten Faktoren erörtern und darlegen, wie sie sich auf das Strafmass auswirken (Braun, in: Wehrenberg/Martin/Flachsmann/Bertschi/Schmid [Hrsg.], Kommentar zum Militärstrafprozess, 2008, Art. 153 N 4 ff.).

Die Begründungspflicht umfasst bei der Bildung der Gesamtstrafe gestützt auf Art. 43 MStG mithin jeden einzelnen Schritt der Festlegung der Strafe (Art. 153 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 und 5 und Bst. c Ziff. 3 MStP). Es genügt nicht, nur die Einsatzstrafe nach den üblichen Strafzumessungskriterien mit sämtlichen Tat- und Täterkomponenten zu erfassen und zu begründen (zu deren Festlegung vgl. E. 2c). Vielmehr ist für jeden weiteren Tatbestand darzulegen, in welchem Umfang dieser strafehöhend berücksichtigt wird. Auch dieser Schritt ist zu begründen. Es ist demnach jeder weitere Tatbestand unter Berücksichtigung sämtlicher Strafzumessungskriterien umfassend zu würdigen (Mathys, a.a.O., N 487, 489). Dies gilt auch im Falle eines Disziplinarfehlers. Andernfalls ist die Gesamtstrafe nicht überprüfbar. (...)

g) Der Obergericht rügt, das MAG 2 habe die Bestimmungen von Art. 124 Ziff. 1 Abs. 2 MStG (Fahrlässige Körperverletzung) und Art. 73 Ziff. 2 MStG (Verschleuderung von Material) verletzt, indem es jeweils einen leichten Fall angenommen habe (Kassationsbeschwerde, S. 3 und 5 f.). Hierauf ist weiter unten einzugehen (E. 3 und 4). Zu erörtern ist vorab die in der Kassationsbeschwerde vertretene Auffassung, dass die Frage, ob ein bestimmtes Verhalten als leichter Fall qualifiziert werden kann, keine Frage der rechtlichen Würdigung des Sachverhalts darstelle, sondern nach den Regeln der Strafzumessung zu beantworten sei (S. 4 f.).

Das zivile Strafrecht sieht für den Tatbestand der einfachen Körperverletzung vor, dass das Gericht in leichten Fällen die Strafe im Sinne von Art. 48a StGB mildern kann (Art. 123 Ziff. 1 Abs. 2 StGB). Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang festgehalten, der Begriff des «leichten Falls» sei ein unbestimmter Rechtsbegriff, welcher richterlich auszulegen sei. Es dürfte dabei gemäss Bundesgericht schwierig sein, den leichten Fall allein nach objektiven Kriterien vom Grunddelikt abzugrenzen. Bei einer Abgrenzung des leichten Falls allein unter objektiven Gesichtspunkten würde die für die Strafzumessung gerade wesentliche subjektive Komponente ausgeklammert. Deshalb werde auch bei anderen Tatbeständen, die Strafmilderung für leichte Fälle vorsehen, auf die Gesamtheit der objektiven und subjektiven Umstände abgestellt (BGE 127 IV 59 E. 2a/bb).

Auch im Anwendungsbereich des MStG wird im Rahmen einer Gesamtwürdigung von Tat und Täter in objektiver und subjektiver Hinsicht beurteilt, ob der Fall tatsächlich geringfügig ist, so dass ein leichter Fall angenommen werden kann (E. 3d). Dies lässt jedoch noch nicht den Schluss zu, dass es sich – wie bei Art. 123 Ziff. 1 Abs. 2 StGB – auch bei den leichten Fällen gemäss Art. 122 Ziff. 1 Abs. 2 MStG, Art. 124 Ziff. 1 Abs. 2 MStG und weiteren Straftatbeständen des MStG, die mit einer Strafprivilegierung für einen leichten Fall versehen sind, um reine Strafzumessungsregeln handelt.

Eine entsprechende Einschätzung hätte zur Folge, dass man im Falle einer gemeinsamen Beurteilung von mehreren, einander konkurrenzierenden Straftatbeständen gemäss Art. 43 Abs. 1 MStG in einem ersten Schritt anhand der abstrakten Strafandrohung des Gesetzes die schwerste Straftat ermittelt (Mathys, a.a.O., N 484 ff.). Während die abstrakte Strafandrohung von Art. 73 und 124 MStG bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe beträgt, sieht die Strafandrohung für eine einfache Verkehrsregelverletzung nach Art. 90 Abs. 1 SVG lediglich Busse vor. Das würde bedeuten, dass das MAG 2 für die Ansetzung der Einsatzstrafe nicht von Art. 90 Abs. 1 SVG, sondern von Art. 73 oder Art. 124 MStG hätte ausgehen müssen.

Indessen ist zu berücksichtigen, dass ein leichter Fall eines Tatbestands nach StGB zwar dazu führen kann, dass – wie bei Art. 123 Ziff. 1 Abs. 2 StGB – auf Art. 48a StGB verwiesen wird, wonach das Gericht die Strafe nach freiem Ermessen mildern und dabei sogar die Straftat wechseln kann. Es ergeht jedoch stets ein Schuldspruch, mithin eine Verurteilung, in deren Anschluss die Strafe im Rahmen der Strafzumessung nach Art. 47 ff. StGB gemildert wird.

Anders verhält es sich bei einem leichten Fall nach MStG. Einschlägig ist die Bestimmung von Art. 149 Abs. 1 MStP. Danach spricht das Gericht, das nach sachgemässer Prüfung

aller Komponenten einen im MStG vorgesehenen leichten Fall einer Straftat annimmt oder die Tat als blossen Disziplinarfehler wertet, den Angeklagten im ersten Schritt frei und verhängt in einem zweiten Schritt eine Disziplinarstrafe (vgl. Frei, in: Wehrenberg/Martin/Flachsmann/Bertschi/Schmid, a.a.O., Art. 149 N 1; Braun, in: Wehrenberg/Martin/Flachsmann/Bertschi/Schmid, a.a.O., Art. 153 N 6). Darin liegt keine unzulässige Aufteilung des Gesamtsachverhalts, sondern eine vom Gesetzgeber ausdrücklich so vorgesehene Unterscheidung zwischen Straftaten und Disziplinarfehlern.

Daraus ergibt sich, dass die in der Kassationsbeschwerde vertretene Auffassung, wonach es sich auch beim leichten Fall nach MStG um eine reine Strafzumessungsregel handelt, nicht dem Willen des Gesetzgebers entspricht. Bei einem leichten Fall nach MStG liegt keine Straftat, sondern ein Disziplinarfehler vor. Die Disziplinarstrafe stellt sich hier als Massnahme des Verwaltungszwangs dar und steht ausserhalb des Strafrechts. Entsprechend stellt Art. 149 Abs. 1 MStP klar, dass keine Straftat begangen worden ist – deswegen erfolgt der Freispruch von der Anklage –, sondern bloss ein Disziplinarfehler geahndet wird (vgl. Stratenwerth, a.a.O., § 2 N 46 ff.).

h) Soweit der Obergericht in seiner Beschwerde geltend macht, das MAG 2 habe das Geschehen zu Unrecht nicht in seiner Gesamtheit beurteilt (Kassationsbeschwerde, S. 5), muss mit dem Bundesgericht festgehalten werden, dass das Gesetz in Art. 43 MStG bzw. Art. 49 StGB klar regelt, dass das Gericht bei gleichzeitiger Beurteilung mehrfacher Deliktsbegehung (Konkurrenz) eine Gesamtstrafe in Anwendung des Asperationsprinzips zu bilden hat (BGE 144 IV 217 E. 3.5). Entsprechend dem vorstehend dargelegten Vorgehen zur Bemessung und Festsetzung der Gesamtstrafe bleibt entgegen der Auffassung des Obergerichts kein Raum für eine gesamthafte Beurteilung des Geschehens bzw. eine einheitliche Strafartbestimmung via Gesamtbetrachtung (vgl. BSK StGB I-Ackermann, Art. 49 N 118a). Auch die auf einem Vergleich der abstrakten Strafandrohung beruhende abstrakte Methode lässt sich nicht mit den gesetzlichen Vorgaben vereinbaren, weil sie der vom Gesetzgeber getroffenen Regelung echter Konkurrenzen und dem Wortlaut von Art. 43 Abs. 1 MStG widerspricht, wonach die Gesamtstrafenbildung zwingend mit der Festsetzung der (konkreten) Einsatzstrafe beginnt (BGE 144 IV 217 E. 3.3 ff., E. 3.5 und 3.5.3). Bei der Bildung der Gesamtstrafe nach Art. 43 Abs. 1 MStG bzw. Art. 49 Abs. 1 StGB ist mithin dem Asperationsprinzip mit Bildung einer Einsatzstrafe und umfassender Einzelwürdigung jedes weiteren Tatbestands mit anschliessender Straferhöhung zu folgen (vgl. BGE 144 IV 217 E. 3.5.3). Dabei ist auch die Unterscheidung zwischen der Verurteilung wegen einer Straftat im Sinne eines Vergehens einerseits und der disziplinarischen Ahndung eines Verhaltens nach einem Freispruch von der Anklage gestützt auf Art. 149 Abs. 1 MStP andererseits zu beachten (E. 2g).

3.

a) (...) In Abgrenzung zur Tötlichkeit zeichnet sich eine einfache Körperverletzung dadurch aus, dass einem Menschen eine nicht mehr bloss harmlose Beeinträchtigung der körperlichen Integrität oder des gesundheitlichen Wohlbefindens zugefügt wird (vgl. etwa BSK StGB I-Roth/Berkemeier, Art. 122 N 3). Eine solche Beeinträchtigung der körperlichen Integrität liegt vor, wenn innere oder äussere Verletzungen oder Schädigungen zugefügt werden, die mindestens eine gewisse Behandlung und Heilungszeit erfordern (vgl. MKGE 14 Nr. 20 E. 3b/bb; MKGE 13 Nr. 40 E. 3a). Als einfache Körperverletzung

einzustufen sind etwa unkomplizierte, verhältnismässig rasch und problemlos ausheilende Knochenbrüche oder Hirnerschütterungen, durch Schläge, Stösse und dergleichen hervorgerufene Quetschungen, Schürfungen, Kratzwunden, es sei denn, sie seien offensichtlich so harmlos, dass sie in kürzester Zeit vorübergehen und ausheilen (vgl. etwa BSK StGB I-Roth/Berke-meier, Art. 122 N 4; Trechsel/Geth, a.a.O., Art. 122 N 2; Donatsch, a.a.O., § 2/5.1). Im letzteren Fall geht es um blosser Tötlichkeit im Sinne von Art. 122 Ziff. 1 Abs. 1 Satzteil 2 MStG.

Eine Tötlichkeit ist grundsätzlich der geringfügige und folgenlose Angriff auf die körperliche Integrität (BGE 134 IV 191 E. 1.1 ff. = Pra 97 (2008) Nr. 148, 949; 119 IV 25 E. 2a). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist dabei nicht jede geringfügigste Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit strafwürdig. Eine Tötlichkeit ist erst anzunehmen bei einer das allgemein übliche und gesellschaftlich geduldete Mass überschreitenden physischen Einwirkung auf einen Menschen, die keine Schädigung des Körpers oder der Gesundheit zur Folge hat (BGE 117 IV 14 E. 2a/bb). Schon die Abgrenzung zwischen einer Tötlichkeit und einer einfachen Körperverletzung ist schwierig und unterliegt einem gewissen Ermessen (vgl. BGE 127 IV 59 E. 2a/bb). Das Ermessen einer Vorinstanz ist dabei nur mit einer gewissen Zurückhaltung zu prüfen (Donatsch, a.a.O., § 2/5.1).

Das zivile Strafrecht sieht – wie aufgezeigt (E. 2g) – für einen leichten Fall einer einfachen Körperverletzung nach Art. 123 Ziff. 1 Abs. 2 StGB eine fakultative Strafmilderung vor. Der leichte Fall im Sinne dieser Bestimmung bezeichnet «die nächstleichtere Form der Angriffe auf die körperliche Unversehrtheit eines Menschen nach der einfachen Körperverletzung» (BGE 103 IV 65 E. II.2.b; vgl. auch BGE 134 IV 189 E. 1.3). Auch die Bestimmung dieser Zwischenstufe zwischen einer Tötlichkeit und der einfachen Körperverletzung ist schwierig und Gegenstand eines Ermessens, weshalb die Beurteilung einer Vorinstanz auch hier nur mit Zurückhaltung zu prüfen ist. Zu berücksichtigen sind dabei einerseits die objektiven Verletzungsfolgen, andererseits aber auch die objektiven und subjektiven Umstände der Tat (Donatsch, a.a.O., § 2/5.1). (...)

Ausschlaggebend für die Einstufung als Körperverletzung ist letztlich, ob sich die Beeinträchtigung als bloss vorübergehende Störung des Wohlbefindens charakterisieren lässt oder ob ihr Krankheitswert zukommt (BGE 103 IV 65 E. II.2.c; vgl. Donatsch, a.a.O., § 2/5.1).

Wieder in einer anderen Kategorie liegt der leichte Fall einer einfachen Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Ziff. 1 Abs. 2 MStG. Der Angeklagte wird bei Annahme eines leichten Falls – wie aufgezeigt (E. 2g) – freigesprochen und wegen eines Disziplinarfehlers mit einer Disziplinar-massnahme belegt (Art. 149 Abs. 1 MStP). Angesichts dieser Straf-folgen muss es sich beim leichten Fall einer einfachen Körperverletzung nach MStG im Vergleich zum leichten Fall einer einfachen Körperverletzung nach zivilem Strafrecht strafrechtlich demzufolge um einen Vorfall handeln, der noch am unteren Rand eines leichten Falls einer einfachen Körperverletzung nach StGB liegt. (...)

d) Ein leichter Fall kann dann angenommen werden, wenn die Tat unter Berücksichtigung des Verschuldens, der Beweggründe, der persönlichen Verhältnisse und der dienstlichen

Führung des Fehlbaren sowie unter Berücksichtigung eines geordneten Dienstes als geringfügig erscheint, wobei eine Gesamtwürdigung von Tat und Täter zu erfolgen hat. Dabei hat der Fall sowohl in subjektiver (Täterkomponente) als auch in objektiver Hinsicht (Tatkomponente) geringfügig zu sein (vgl. Hauri, Kommentar zum Militärstrafgesetz, 1983, Art. 180 N 11 ff.; MKGE 14 Nr. 1 E. 2.2; MKGE 14 Nr. 3 E. 5c; MKGE 13 Nr. 3 E. 3).

Das Militärkassationsgericht prüft die Rechtsfrage eines leichten Falls frei (MKGE 11 Nr. 69 E. 6; zur Frage, ob es sich hierbei um eine Frage der Strafzumessung handelt, vgl. E. 2g). Zwar verfügt das MAG 2 über ein gewisses Ermessen bei der Abgrenzung zwischen dem Grunddelikt einer fahrlässigen Körperverletzung nach Art. 124 Ziff. 1 Abs. 1 MStG und dem leichten Fall nach Abs. 2. Es müssen an die Begründung der in Anwendung des Ermessens erfolgten strafrechtlichen Qualifikation jedoch gewisse Mindestanforderungen gestellt werden, so dass die Ermessensausübung und die Qualifikation nachvollziehbar sind (vgl. MKGE 11 Nr. 69 E. 3).

Der Gesetzgeber hat die Begründungspflicht für den Militärstraßprozess in Art. 153 MStP konkretisiert. Danach müssen die Militärgerichte ihre Urteile schriftlich ausfertigen und bei Verurteilung den Sachverhalt, die Tatsachen, welche die einzelnen Merkmale der strafbaren Handlung erfüllen, die Gründe für die Strafzumessung, die gesetzlichen Bestimmungen und den Urteilsspruch aufführen (Art. 153 Abs. 1 Bst. a MStP). Entsprechendes gilt für den Fall eines Freispruchs nach Art. 149 MStP in Bezug auf die zu verhängende Disziplinarstrafe (Art. 153 Abs. 1 Bst. c MStP).

Dies bedeutet, dass das Sachgericht sämtliche Umstände, die bei der Beurteilung, ob ein leichter Fall vorliegt, von Bedeutung sind, in der Begründung zu würdigen und zu gewichten hat. (...)

e) (...) Das MAG 2 bringt die Abgrenzung einer einfachen von einer schweren Körperverletzung zur Anwendung, indem es ausführt, es liege kein wirklich schwerer Fall vor. Liegt ein «wirklich schwerer» Fall vor, der über vorübergehende Beeinträchtigungen hinaus bleibende Schäden zur Folge hat, ist die schwere Körperverletzung zu prüfen (vgl. BSK StGB I-Roth/Berkemeier, Art. 122 N 4, 16; Trechsel/Geth, a.a.O., Art. 122 N 3 ff.; E. 3a). Vorliegend stellt sich aber die Frage, ob die gesundheitliche Beeinträchtigung der Sdt A., B., C. und D. eine «echte» Körperverletzung im Sinne des Tatbestands der fahrlässigen Körperverletzung nach Art. 124 MStG darstellt oder ob diese eine nicht mehr ganz harmlose Beeinträchtigung der körperlichen Integrität oder des gesundheitlichen Wohlbefindens an der Grenze zur Tötlichkeit erlitten haben. Die Begründung des MAG 2 hilft hier nicht weiter. Im Versuch der Abgrenzung eines leichten Falls nach Art. 124 Ziff. 1 Abs. 2 MStG von einem «wirklich schweren Fall» liegt eine falsche Rechtsanwendung.

Dabei hätte auch noch berücksichtigt werden müssen, dass die Annahme eines leichten Falls nach MStG – wie aufgezeigt (E. 2g) – zu einem Freispruch und zu einer bloss disziplinarischen Massnahme führt, mithin noch näher an einer Tötlichkeit liegt als ein leichter Fall einer «echten» einfachen Körperverletzung nach Art. 123 Ziff. 1 Abs. 2 StGB. Um feststellen zu können, welches Mass bzw. welche Deliktsqualifikation der Tatvorwurf in

objektiver Hinsicht erreicht, hätte sich das MAG 2 mindestens ausdrücklich zur Einordnung der Tat als einfache Körperverletzung oder als einfache Körperverletzung im Sinne eines leichten Falls äussern müssen. Erst danach ist die subjektive Komponente zu beurteilen und eine Gesamtbeurteilung vorzunehmen. Auch in dieser Hinsicht ist das Urteil des MAG 2 ungenügend begründet.

f) Bei der Beurteilung, ob in subjektiver Hinsicht ein leichter Fall einer fahrlässigen Körperverletzung vorliegt, führt das MAG 2 aus, dass keine nennenswerten vorwerfbaren Beweggründe vorlägen und auch die persönlichen Verhältnisse eher für eine subjektive Geringfügigkeit sprächen, «auch wenn die Führungsberichte insgesamt als eher negativ ins Gewicht fallen» (Ziff. 29). (...)

Die Auseinandersetzung des MAG 2 mit den Akten ist in diesem Punkt ungenügend. So finden die Führungsberichte keinen hinreichenden Niederschlag in der Würdigung der subjektiven Komponente. Dies gilt zunächst für den Führungsbericht von Y. (act. 364). Auch wenn das Verhältnis zwischen ihm und dem Angeklagten anscheinend belastet war (Urteil MAG 2, Ziff. 11), so hätte sich das MAG 2 mit den darin festgehaltenen Bewertungen und deren Relevanz für die Frage, ob ein leichter Fall vorliegt, näher auseinandersetzen sollen. (...)

Nicht erörtert wird im Urteil weiter der Umstand, dass der Angeklagte die Fahrprüfung mit dem Schützenpanzer Piranha zweimal machen musste (Prot. HV MAG 2, pag. 127; Prot. HV Militärgericht 2, pag. 20 f.). Ebenfalls setzt sich das MAG 2 nicht mit dem Umstand auseinander, dass die beiden Zeugen Y. und Z. – das Verhältnis zu Letzterem hat der Angeklagte vor MAG 2 als «kollegial, kameradschaftlich gut. Auch privat.» umschrieben (Prot. HV, pag. 122) – den Fahrstil des Angeklagten sinngemäss als mangelhaft bezeichnet haben (Befragung Y. als Zeuge, pag. 45; Befragung Z. als Zeuge, pag. 55). Nicht hinreichend gewürdigt wird auch, dass dem Angeklagten im Jahr 2015 wegen übermässiger Geschwindigkeit der Führerausweis entzogen worden ist (Urteil MAG 2, Ziff. 24 und 29; act. 367 f.).

Sodann führt das MAG 2 aus, dass das Führen eines Panzers ein höheres Grundrisiko mit sich bringe, so dass «die Folgen einer auch noch so geringen Unachtsamkeit schwerer ausfallen können als bei einer anderen militärischen Tätigkeit. Dieses Risiko darf nicht gänzlich dem Panzerfahrer angelastet werden» (Ziff. 29). Unerwähnt bleibt dabei, dass einem höheren Grundrisiko eine höhere Grundvorsicht gegenüber zu stellen ist und dass der Angeklagte trotz dieser Anforderung z.B. keinen Halt verlangt hat, um die regennasse Scheibe umzuklappen (Prot. HV, pag. 126) und auch das Verkehrsschild vor dem Kreisel «nicht gesehen» hat (Prot. HV, pag. 126).

Auch bei angemessener Zurückhaltung in der Beurteilung des Ermessens einer Vorinstanz (E. 3a) ist nicht nachzuvollziehen, weshalb das MAG 2 in subjektiver Hinsicht auf Geringfügigkeit schliesst. Das Urteil ist auch in dieser Hinsicht ungenügend begründet. (...)

4.

a) (...) Nach Art. 73 MStG macht sich der Verschleuderung von Material strafbar, wer ihm dienstlich anvertraute oder überlassene Sachen vorsätzlich oder fahrlässig beschädigt. Gemäss Ziff. 2 dieser Bestimmung erfolgt in leichten Fällen eine disziplinarische Bestrafung. Zwischen Art. 73 MStG und Art. 90 Abs. 1 SVG (einfache Verkehrsregelverletzung) besteht echte Idealkonkurrenz (MKGE 14 Nr. 12 E. 5b). (...)

c) Bei der Frage, ob in objektiver Hinsicht ein leichter Fall vorliegt, richtet sich die Beurteilung insbesondere nach der Höhe des verursachten Schadens. Diesbezüglich entspricht es zwar der Praxis der Militärgerichte, dass es keine schematische Grenze im Sinne eines Schadensbetrags gibt, bis zu welchem eine Tat noch als leichter Fall im Sinne von Art. 73 Ziff. 2 MStG gelten kann (vgl. Urteil MAG 2, Ziff. 23). Im älteren Schrifttum wird jedoch vertreten, dass bei Motorfahrzeugen bis zu einem Schaden von Fr. 20'000.-- objektiv noch ein leichter Fall angenommen werden könne (Hauri, a.a.O., 1983, Art. 73 N 22; so auch das Militärgericht 2 in Ziff. 42 des Urteils). Ob diese Grössenordnung sachgerecht ist oder ob sie im Verhältnis zu den heutigen Lebenshaltungskosten und zu einem durchschnittlichen Monatseinkommen eines Angehörigen der Armee zu erhöhen wäre, kann dahingestellt bleiben, zumal die Bewertung als objektiv leichter Fall vom Obergericht nicht angefochten worden ist. (...)

d) In subjektiver Hinsicht kann im Wesentlichen auf die Ausführungen in E. 3f zum leichten Fall einer fahrlässigen Körperverletzung verwiesen werden. Auch bei angemessener Zurückhaltung in der Beurteilung des Ermessens einer Vorinstanz ist nicht nachzuvollziehen, weshalb das MAG 2 in subjektiver Hinsicht auf Geringfügigkeit schliesst. Das Urteil ist auch in dieser Hinsicht ungenügend begründet.

5.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der vom Obergericht geltend gemachte Kassationsgrund der unzureichenden Begründung (Art. 185 Abs. 1 Bst. e MStP) hinsichtlich der Annahme eines leichten Falls der mehrfachen fahrlässigen Körperverletzung (Art. 124 Ziff. 1 Abs. 2 MStG) und der Verschleuderung von Material (Art. 73 Ziff. 2 MStG) sowie in Bezug auf die Anwendung des Asperationsprinzips nach Art. 43 Abs. 1^{bis} MStG gegeben ist. Die entsprechenden rechtlichen Qualifikationen und die Strafzumessung sind nicht hinreichend begründet. Es ist deshalb nicht überprüfbar, ob das MAG 2 das MStG – wie der Obergericht in der Kassationsbeschwerde vorbringt – insoweit fehlerhaft angewendet und der ebenfalls geltend gemachte Kassationsgrund der Verletzung des Strafgesetzes (Art. 185 Abs. 1 Bst. d MStP) gegeben ist. Unzulängliche Entscheidungsgründe stellen einen vom Ergebnis materieller Prüfung unabhängigen formellen, aufgrund von Art. 185 Abs. 1 Bst. e MStP selbständig und vorweg zur Aufhebung führenden Mangel dar (MKGE 11 Nr. 14 E. 1). (...)

(910, 5. Juni 2020, Obergericht gegen Militärappellationsgericht 2)

30

Art. 40 Abs. 1 und Art. 43 MStG; Nichtbewährung; Bildung einer Gesamtstrafe; bedingter Strafvollzug (Kassationsbeschwerde)

Widerruft das Gericht wegen Nichtbewährung nach Art. 40 Abs. 1 MStG den bedingten Vollzug einer früheren Geldstrafe, darf es den Vollzug der neu ausgesprochenen Geldstrafe nicht aufschieben. Eine teilbedingte Gesamtstrafe fällt ausser Betracht (E. 2).

Art. 40 al. 1 et art. 43 CPM ; échec de la mise à l'épreuve ; fixation d'une peine d'ensemble ; sursis à l'exécution de la peine (pourvoi en cassation)

Lorsque le tribunal révoque le sursis portant sur une précédente peine pécuniaire prononcée avec sursis en raison de l'échec de la mise à l'épreuve selon l'art. 40 al. 1 CPM, il ne peut pas suspendre l'exécution de la nouvelle peine pécuniaire prononcée. Une peine d'ensemble assortie du sursis partiel à l'exécution n'entre pas en ligne de compte (consid. 2).

Art. 40 cpv. 1 e art. 43 CPM; insuccesso del periodo di prova; fissazione di una pena complessiva; sospensione condizionale dell'esecuzione della pena (ricorso per cassazione)

Se il tribunale revoca la sospensione condizionale di una precedente pena pecuniaria ai sensi dell'art. 40 cpv. 1 CPM a causa di insuccesso del periodo di prova, non può sospendere condizionalmente l'esecuzione della nuova pena pecuniaria inflitta. Una pena complessiva assortita di una sospensione condizionale parziale è esclusa (consid. 2).

Das Militärkassationsgericht hat festgestellt:

A.

a) Der Angeklagte (geb. 1987) hat im Jahr 2010 die Rekrutenschule absolviert. Danach kam er seiner Dienstpflicht nur teilweise nach. So rückte er bereits 2011 nicht in den Ausbildungsdienst der Formationen (ADF; Art. 12 Bst. a, Art. 51 ff. des Bundesgesetzes vom 3. Februar 1995 über die Armee und die Militärverwaltung [Militärgesetz, MG; SR 510.10]) ein und wurde deswegen am 28. Oktober 2011 vom Militärgericht 4 zu einer bedingten Geldstrafe verurteilt.

b) Nachdem er seine ADF in den Jahren 2012 und 2013 erfüllt hatte, rückte er in jenen des Jahres 2014 nicht ein. Mit Urteil vom 28. Januar 2016 verurteilte das damalige Militärgericht 4 den Angeklagten wegen Nichteintrückens in den ADF 2014 zu einer Geldstrafe von 15 Tagessätzen zu Fr. 70.-- und zu einer Busse von Fr. 500.--, wobei es ihm für die Geldstrafe unter Ansetzung einer Probezeit von drei Jahren den bedingten Strafvollzug gewährte.

c) In den Jahren 2015, 2017 und 2019 hat der Angeklagte die Aufgebote für den jeweiligen ADF befolgt und mit Ausnahme des Jahres 2017, als er am Einrückungstag vom Kommandanten entlassen wurde, die Dienstleistungen erfüllt. Hingegen leistete er den Aufgeboten für die ADF 2016 und 2018 keine Folge.

d) Schliesslich ist der Angeklagte seit 2012 seiner ausserdienstlichen Schiesspflicht (Art. 63 Abs. 1 MG) nicht nachgekommen und hat namentlich keinen einzigen Nachschiesskurs (NSK) absolviert, wobei er behauptet, im Jahr 2017 zum Schiessstand gegangen zu sein, aber sein Dienstbüchlein nicht dabei gehabt zu haben. Die Nichterfüllung der NSK 2014 und 2015 wurde disziplinarisch geahndet.

e) Mit Urteil vom 1. Februar 2019 sprach das Militärgericht 2 den Angeklagten schuldig der mehrfachen Militärdienstverweigerung im Sinn von Art. 81 Abs. 1 Bst. b des Militärstrafgesetzes vom 13. Juni 1927 (MStG; SR 321.0) hinsichtlich der NSK 2016 und 2018 sowie des mehrfachen Militärdienstversäumnisses im Sinn von Art. 82 Abs. 1 Bst. b MStG hinsichtlich der ADF 2016 und 2018. Es verurteilte ihn zu einer Geldstrafe von 70 Tagessätzen zu Fr. 90.-- unter Anrechnung der Festnahme von einem Tag (31. Januar 2019) an die Geldstrafe. Sodann schob es den Vollzug der Geldstrafe auf und setzte die Probezeit auf fünf Jahre fest. Gleichzeitig widerrief es den mit Urteil des Militärgerichts 4 vom 28. Januar 2016 für eine Geldstrafe von 15 Tagessätzen zu Fr. 70.-- gewährten bedingten Strafvollzug.

B.

Gegen diesen Entscheid erhob der Auditor Auditorenregion 2 (Auditor) Appellation. Er beantragte, in Abänderung des erstinstanzlichen Entscheids sei der Angeschuldigte zu einer unbedingten Geldstrafe von 70 Tagessätzen zu Fr. 90.-- zu verurteilen. Mit Urteil vom 20. Januar 2020 bestätigte das Militärappellationsgericht 2 im Ergebnis den erstinstanzlichen Entscheid.

C.

Dagegen meldete der Auditor am 24. Januar 2020 Kassationsbeschwerde an und begründete dieselbe am 28. Juli 2020. Der Angeklagte hat sich dazu am 24. August 2020 vernehmen lassen und beantragt, die Kassationsbeschwerde sei abzuweisen und das angefochtene Urteil sei zu bestätigen. Der Präsident des Militärappellationsgerichts 2 hat auf eine Stellungnahme nach Art. 187 Abs. 2 des Militärstraprozesses vom 23. März 1979 [MStP; SR 322.1]) verzichtet.

Das Militärkassationsgericht hat erwogen:

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.

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) ausgefallten 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 Strafart» 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).

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 Tauschgleich 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 Strafart vorsehen, weshalb es keine Gesamtstrafe zu bilden hat und den Vollzug der Zweitstrafe aufschieben kann. Damit verfügt das Gericht

über genügend Möglichkeiten, um in einem Fall wie dem Vorliegenden zu einem rechtskonformen Ergebnis zu gelangen. Für die Möglichkeit, trotz Widerrufs einer ersten bedingten Geldstrafe die zweite Geldstrafe bedingt auszusprechen, verbleibt unter dem geltenden 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, verletzt es im Sinn von Art. 185 Abs. 1 Bst. d MStP das Militärstrafgesetz.

Das Militärkassationsgericht hat erkannt:

1.

Die Kassationsbeschwerde wird gutgeheissen. Das Urteil des Militärappellationsgerichts 2 vom 20. Januar 2020 wird aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung zurückgewiesen.

2.

Die Kosten des Verfahrens vor dem Militärkassationsgericht von Fr. 500.-- gehen zulasten der Eidgenossenschaft.

(912, 24. September 2020, Auditor gegen Militärappellationsgericht 2)

31

Art. 171c Abs. 1 al. 2 MStG; Rassendiskriminierung, öffentliches Verbreiten von Ideologien, die auf die systematische Herabsetzung oder Verleumdung der Angehörigen einer Rasse, Ethnie oder Religion gerichtet sind; tatbestandsmerkmale der Öffentlichkeit und des Verbreitens

Art. 193 i.V.m. Art. 183 Abs. 1 Satz 2 MStP; Kosten des Kassationsbeschwerdeverfahrens bei einer Rechtsfrage von präjudizieller Bedeutung (Kassationsbeschwerde)

Rassendiskriminierung im Sinne von Art. 171c Abs. 1 al. 2 MStG bejaht im Fall eines Offiziers, der bei einem Auslandeinsatz in einer Bar an den Tresen im Zusammenhang mit einem «Schnupfspruch» zweimal den sogenannten Hitlergruss ausführt sowie diese Geste mit einschlägigen Parolen untermauert und durch sein Verhalten die Aufmerksamkeit der anwesenden (teilweise ausländischen) Militärangehörigen auf sich zieht. Militärdienst ist prinzipiell öffentlich. Unter den gegebenen Umständen ist auch das Tatbestandsmerkmal des Verbreitens in objektiver und subjektiver Hinsicht erfüllt (E. 4). Da vom Militärkassationsgericht eine noch nicht beurteilte Rechtsfrage von präjudizieller Bedeutung zu klären war, rechtfertigt es sich, die Kosten dieses Verfahrens der Eidgenossenschaft aufzuerlegen (Art. 193 i.V.m. Art. 183 Abs. 1 Satz 2 MStP; E. 5).

Art. 171c par. 1 al. 2 CPM ; discrimination raciale, propagation publique d'idéologies visant à rabaisser ou à dénigrer de façon systématique des personnes en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse ; éléments constitutifs du caractère public et de la propagation

Art. 193 cum art. 183 al. 1 2^{ème} phrase PPM ; frais d'une procédure en cassation impliquant une question juridique ayant une portée préjudicielle (poursuite en cassation)

Discrimination raciale au sens de l'art. 171c par.1 al. 2 CPM admise, dans le cas d'un officier qui, lors d'un engagement à l'étranger – en lien avec une prise de « schnouf » au comptoir d'un bar –, fait à deux reprises un salut hitlérien, en accompagnant ce geste de paroles de même nature, et qui, par son comportement, attire l'attention des militaires présents (dont certains sont étrangers). Le service militaire a essentiellement un caractère public. Au vu des circonstances, l'élément constitutif de la propagation est également rempli d'un point de vue objectif et subjectif (consid. 4). Comme le Tribunal militaire de cassation a dû trancher une question de droit qui demeurerait ouverte et avait une portée préjudicielle, il se justifie de mettre les frais de la procédure à la charge de la Confédération (art. 193 cum art. 183 al. 1 2^{ème} phrase PPM ; consid. 5).

Art. 171c cpv. 1 al. 2 CPM; discriminazione razziale, propagazione pubblica di un'ideologia intesa a discreditaro o calunniare sistematicamente delle persone per la loro razza, etnia o religione; elementi costitutivi del carattere pubblico e della propagazione

Art. 193 *cum* art. 183 cpv. 1 2^a frase PPM; spese di una procedura per cassazione che implicano una questione giuridica di portata pregiudiziale

Discriminazione razziale ai sensi dell'art. 171c par. 1 cpv. 2 CPM ammessa nel caso di un ufficiale che durante un servizio all'estero che – in relazione con una presa di tabacco al bancone di un bar –, ha fatto a due riprese un saluto hitleriano, accompagnando tale gesto a parole di analoga natura, attirando con il suo comportamento l'attenzione dei militari presenti (alcuni stranieri). Il servizio militare ha essenzialmente un carattere pubblico. Preso atto delle circostanze, l'elemento costitutivo della propagazione è dato sia da un punto di vista oggettivo che soggettivo (consid. 4). Poiché il Tribunale militare di cassazione ha dovuto chiarire una questione di diritto che non era mai stata giudicata e che aveva una portata pregiudiziale, si giustifica mettere le spese della procedura a carico della Confederazione (art. 193 *cum* art. 183 cpv. 1 2^a frase PPM, consid. 5).

Das Militärkassationsgericht hat festgestellt:

A.

A. war im November 2017 als [...] für das Swisscoy Kontingent 37 im Einsatz. Soweit im vorliegenden Verfahren noch interessierend, suchte er laut Anklageschrift des Auditors (der Auditorenregion 2) am 4. November 2017 gegen 23.00 Uhr anlässlich des «Schlagerstamms» in Uniform die «Brandhüsli»-Bar auf dem AV Platz vor dem Swiss Chalet im Feldlager Prizren (Kosovo) auf, in der sich zu dieser Zeit ca. 20 uniformierte Armeeangehörige aus der Schweiz, Deutschland und Österreich aufhielten. In der Bar ging der sichtlich angetrunkene A. zum dort arbeitenden B., um mit diesem eine Prise Schnupftabak zu konsumieren. Dabei schlug er mit der Hand auf den Tresen, hob den rechten Arm gestreckt nach vorne und nach oben in die Luft und sagte laut «Heil Hitler». Er senkte seinen Arm und streckte ihn erneut zum sog. «Hitlergruss» und rief «Sieg Heil».

Mit Urteil vom 18. Juni 2019 sprach das Militärgericht 2 (nachfolgend Mil Ger 2) A. u.a. von der Anklage der Rassendiskriminierung im Sinne von Art. 171c Abs. 1 al. 2 und 4, 1. Teil des Militärstrafgesetzes vom 13. Juni 1927 (MStG; SR 321.0) frei, sprach ihn schuldig der Trunkenheit im Sinne von Art. 80 Ziff. 2 MStG und verurteilte ihn u.a. zu einer bedingten Geldstrafe von 45 Tagessätzen zu je CHF 150.--. Auf eine Degradation verzichtete das Mil Ger 2. A. wurden die Hälfte der Kosten des Verfahrens von insgesamt CHF 2'493.30 auferlegt, bestehend aus der Gerichtsgebühr von CHF 1'000.- und den übrigen Kosten von CHF 1'493.30.

B.

Gegen dieses Urteil erklärten der Auditor am 21. Juni 2019 und der Verteidiger von A. am 24. Juni 2019 Appellation.

Mit Urteil vom 26. Mai 2020 hiess das Militärappellationsgericht 2 (nachfolgend MAG 2) die Appellation des Auditors teilweise gut und wies diejenige von A. ab. Dieser wurde schuldig erklärt der Trunkenheit im Sinne von Art. 80 Ziff. 1 MStG und mit einer Geldstrafe von 45 Tagessätzen zu je CHF 50.-- bestraft. Der Vollzug der Geldstrafe wurde aufgeschoben und die Probezeit auf zwei Jahre festgesetzt. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens wurden A. zu drei Vierteln auferlegt, desgleichen diejenigen des zweitinstanzlichen Verfahrens bestehend aus einer Gerichtsgebühr von CHF 800.--. Bei alledem erfolgte, wenngleich nicht im Dispositiv erwähnt, materiell eine Bestätigung des Freispruchs von der Anklage der Rassendiskriminierung.

Das MAG 2 führte aus, zwar sei – anders als vom Mil Ger 2 angenommen – von einer Schuldfähigkeit von A. auszugehen; es bestünden keine geradezu ernsthaften Zweifel an dessen Einsichts- und Steuerungsfähigkeit. Was die Vorwürfe der Rassendiskriminierung im Sinne von Art. 171c Abs. 1 al. 2 MStG betreffe, so sei die tatbestandsmässig geforderte Öffentlichkeit der Tathandlung gegeben. Ob durch die eine rassendiskriminierende Ideologie kennzeichnenden Gesten und Parolen Dritte werbend beeinflusst werden sollten, sei sodann nicht ausgeschlossen, könne aber letztlich deshalb offen bleiben, weil es A. jedenfalls am entsprechenden Vorsatz gefehlt habe und damit der subjektive Tatbestand nicht erfüllt sei.

Das Militärkassationsgericht hat erwogen:

4.

a) aa) Der Rassendiskriminierung gemäss Art. 171c Abs. 1 al. 2 MStG (in der am 4. November 2017 geltenden Fassung) macht sich schuldig, wer öffentlich Ideologien verbreitet, die auf die systematische Herabsetzung oder Verleumdung der Angehörigen einer Rasse, Ethnie oder Religion gerichtet sind. Strafbar ist nur das vorsätzliche Verhalten (Art. 13 Abs. 1 MStG), wobei (grundsätzlich) Eventualvorsatz genügt (Art. 13 Abs. 2 MStG).

bb) Das Pendant zu Art. 171c Abs. 1 al. 2 MStG im bürgerlichen Recht findet sich in Art. 261^{bis} Abs. 2 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0). Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung zumindest gewisse Aspekte dieses mit Novelle vom 18. Juni 1993 eingeführten und auf den 1. Januar 1995 in Kraft getretenen Straftatbestandes konturiert:

In einem Leitscheid vom 28. April 2014 war der Fall eines Mannes zu beurteilen, der an einer Veranstaltung der «Partei National Orientierter Schweizer (PNOS)» auf dem Rütli teilgenommen und beim gemeinsamen Aufsagen des Rütlischwurs aus Friedrich Schillers «Wilhelm Tell» während ca. 20 Sekunden seinen rechten Arm mit flacher Hand auf Augenhöhe schräg nach oben zum sog. «Hitlergruss» ausgestreckt hatte. Ausser den rund 150 Veranstaltungsteilnehmern und den Polizeibeamten waren zur fraglichen Zeit auch einige unbeteiligte Dritte als Wanderer und Spaziergänger auf der Rütliwiese zugegen, welche die Veranstaltung wahrnehmen konnten (BGE 140 IV 102 Sachverhalt A).

Das Bundesgericht hat festgehalten, der sog. «Hitlergruss» sei ein Kennzeichen des Nationalsozialismus, dessen Gedankengut im Sinne von Art. 261^{bis} Abs. 2 StGB eine Ideologie darstelle, die auf die Herabsetzung oder Verleumdung der Angehörigen einer Rasse, Ethnie oder Religion gerichtet sei. «Wer heutzutage hierzulande den Arm zum sog. 'Hitlergruss' hebt, bringt dadurch – soweit die Gebärde nicht als simple Provokation oder als ein Akt im Rahmen der Kunst erkennbar ist – nach dem Eindruck des unbefangenen durchschnittlichen Betrachters zum Ausdruck, dass er sich zum nationalsozialistischen Gedankengut zumindest in Teilen bekennt» (BGE 140 IV 102 E. 2.2.1). Danach hat es sich mit dem Tatbestandselement des Verbreitens dieser Ideologie auseinandergesetzt und ist – insbesondere nach Heranziehen der einschlägigen Materialien – u.a. zum Schluss gelangt, die Verwendung des fraglichen Grusses in der Öffentlichkeit unter Gesinnungsgenossen falle nicht unter die Strafnorm, da das Erfordernis der werbenden Beeinflussung und damit das Merkmal des «Verbreitens» nicht gegeben sei. Der sog. «Hitlergruss» in der Öffentlichkeit erfülle den Tatbestand von Art. 261^{bis} Abs. 2 StGB nicht schon, wenn er (auch) an unbeteiligte Dritte gerichtet werde, sondern nur unter der weiteren Voraussetzung, dass dadurch Dritte für die damit gekennzeichnete rassendiskriminierende Ideologie werbend beeinflusst werden sollten. Das zur Erfüllung des Merkmals des «Verbreitens» erforderliche Element der werbenden Einflussnahme sei nicht schon ohne weiteres gegeben, wenn und weil sich die Gebärde an unbeteiligte Dritte richte. Auch in diesem Fall könne sich der Gruss in einem eigenen Bekenntnis zur damit gekennzeichneten rassendiskriminierenden Ideologie erschöpfen. Denn auch das eigene Bekenntnis in der Öffentlichkeit zeichne sich dadurch aus, dass es auf eine Kenntnisnahme durch Dritte gerichtet sei. Ob die Verwendung des sog. «Hitlergrusses» in der Öffentlichkeit gegenüber Dritten objektiv und subjektiv lediglich eine Bekundung eines eigenen Bekenntnisses oder ein tatbestandsmässiges Propagieren und damit Verbreiten der durch das Symbol gekennzeichneten rassendiskriminierenden Ideologie sei, hänge von den konkreten Umständen des einzelnen Falles ab (BGE 140 IV 102 E. 2.2.5).

In einem Urteil vom 18. Juli 2017 hatte das Bundesgericht sodann den Fall von drei verurteilten Männern (wovon einer im Kampfanzug der Schweizer Armee) zu beurteilen, die vor einer Synagoge den «Quenelle-Gruss» gezeigt hatten (ein Arm mit offener Handfläche schräg nach unten gestreckt und die andere Hand über die Brust auf die Schulter oder den Oberarm gelegt). Das Bundesgericht bestätigte die Subsumtion unter Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB, gemäss dem sich u.a. strafbar macht, wer öffentlich durch Gebärden eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion in einer gegen die Menschenwürde verstossenden Weise herabsetzt oder diskriminiert. Dabei erachtete es die Tatbegehung vor einer Synagoge als massgebend, weil dadurch der Bezug zum Antisemitismus hergestellt wurde (BGE 143 IV 308 E. 4). Zur Abgrenzung vom hier interessierenden Abs. 2 erwog es unter Bezugnahme auf den zitierten BGE 140 IV 102, das (von der Vorinstanz verneinte) Tatbestandsmerkmal des Verbreitens im Sinne dieser Bestimmung sei von demjenigen der Öffentlichkeit zu unterscheiden. Öffentlich sei die Handlung bereits, wenn sie tagsüber im öffentlichen Raum im Stadtzentrum stattfinde, unabhängig davon, ob es an diesem Tag zahlreiche Passanten gehabt habe (nicht publizierte E. 5.2 des Urteils 68_734/2016).

b) bb) Der Kassationsbeschwerdeführer hält die Erwägungen des MAG 2 für unzutreffend. Der vom MAG 2 festgestellte Sachverhalt (Zelebrieren eines «Schnupfspruches» mit sog. «Hitlergruss» in Uniform vor schweizerischen und ausländischen Angehörigen

der KFOR) sei entgegen der Ansicht des MAG 2 auch subjektiv als vorsätzliches Verbreiten einer rassistischen Ideologie im Sinne von Art. 171c Abs. 1 al. 2 MStG zu subsumieren. Das MAG 2 habe zwar die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 261^{bis} Abs. 2 StGB zutreffend wiedergegeben. Zu wenig beachtet habe es aber die Umstände des Einzelfalls, zu denen auch der militärische Kontext gehöre. Wer als Offizier der Schweizer Armee in Uniform im Ausland in einem Friedensförderungsdienst gegenüber ausländischen Armeeangehörigen im gleichen Dienst den sog. «Hitlergruss» mache und entsprechende Parolen skandiere, handle objektiv tatbestandsmässig im Sinne von Art. 171c Abs. 1 al. 2 MStG. Auch der subjektive Tatbestand sei erfüllt. Zu beurteilen sei einzig das Verhalten zum Tatzeitpunkt. Der Angeklagte habe im Wissen darum gehandelt, «dass er selbst in Uniform auftrat und dass sich uniformierte schweizerische, deutsche und österreichische Armeeangehörige in der 'Brandhüsli'-Bar aufhielten und diese ihn sehen und hören». Er habe mit dem direkten Ziel gehandelt, im Moment der Äusserung bzw. der Geste die rassendiskriminierende Ideologie zu vermitteln und die Zustimmung oder Anerkennung der Anwesenden zu erheischen und damit in einem werbenden Sinn zu beeinflussen.

c) aa) Objektiver Tatbestand

Das MAG 2 ist zutreffend und unter Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum bürgerlichen Strafgesetzbuch zum Schluss gelangt, der Angeklagte habe sich mit einer rassendiskriminierenden Ideologie an die Öffentlichkeit gewandt (oben E. 4b/aa). Gegenteiliges macht – zu Recht – auch der Angeklagte nicht geltend. In der Tat hat Militärdienst als prinzipiell öffentlich im Sinne des entsprechenden Tatbestandselements von Art. 171c Abs. 1 al. 2 MStG zu gelten (Marcel Alexander Niggli, Rassendiskriminierung im militärischen Kontext, in: Jusletter 13. Mai 2019, Rz. 34). Unter welchen Umständen ein Verhalten im Rahmen des Militärdienstes ausnahmsweise als nicht öffentlich gelten kann, braucht hier nicht erörtert zu werden.

Ebenfalls zu bejahen ist unter den hier gegebenen Umständen aber auch das vom MAG 2 offen gelassene Tatbestandselement des Verbreitens. Einzubeziehen ist vorab – wie vom Kassationsbeschwerdeführer zu Recht vorgebracht – der militärische Kontext. Wohl ist auch in diesem das mit dem Ziel des Werbens auf die Öffentlichkeit ausgerichtete Verbreiten der Ideologie vom (nicht strafbaren) blossen Bekenntnis abzugrenzen. Entscheidend (wenn für sich alleine wohl auch nicht ausreichend) ist aber der Auftritt des Angeklagten (als Offizier) vor nicht Gleichgesinnten in der regulären Uniform der Schweizer Armee, mit dem die Zugehörigkeit zu einem staatlichen Verband dokumentiert und – nicht zuletzt vor dem Hintergrund der nationalsozialistischen Kriegsverbrechen – die Symbolik und das Demonstrativ-Werbende noch betont wird (Niggli, Rassendiskriminierung im militärischen Kontext, a.a.O., Rz. 58). Nicht konstitutiv für das tatbestandsmässige Verhalten ist demgegenüber der Umstand, dass sich das Ganze in einem internationalen Umfeld im Rahmen einer Friedensförderungsmission im Ausland ereignet hat. Es versteht sich aber von selbst, dass das eben Ausgeführte in einem entsprechenden Kontext umso mehr gilt. Zusätzlich ist vorliegend einzubeziehen, dass der Angeklagte den sog. «Hitlergruss» zweimal hintereinander vollführte und diese Geste parallel mit zwei unterschiedlichen einschlägigen Parolen untermauerte (Kumulation von Handlungen, Gesten und Symbolen, vgl. Marcel Alexander Niggli, Rassendiskriminierung, 2. Aufl.

2007, Rz. 1198; Dorrit Schleiminger Mettler, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], BSK-Strafrecht II, 4. Aufl. 2019, N. 38 zu Art. 261^{bis} StGB). Gemäss den Feststellungen des MAG 2 hatte das Verhalten denn auch zur Folge, dass die anwesenden schweizerischen, deutschen und österreichischen Armeeangehörigen auf den Angeklagten aufmerksam wurden und teils entsetzt und wütend reagierten (angefochtenes Urteil E. 111/1; siehe auch Urteil Mil Ger 2 S. 6 Rz. 8). Zwar rügt der Angeklagte, dass diese Tatsachen «unbelegt» seien, da «[e]ntsprechende Personen» nicht als Zeugen befragt worden seien. Die Rüge hält nicht stand, weil entsprechende Aussagen aktenkundig sind. C. sagte an der Hauptverhandlung vom 18. Juni 2019 vor Mil Ger 2 aus (Prot. HV S. 5 Frage 12): «Das hat niemand kommen sehen, darum waren alle geschockt. Den Deutschen und Österreichern war blankes Entsetzen ins Gesicht geschrieben. Eine Dame hat ihn recht derbe darauf hingewiesen, was denn mit ihm nicht ganz stimme. Es war nicht nett. Zwei Kameraden waren noch bei mir. Einer ging dann kurz raus um den einen Tisch zu beruhigen, es war eigentliche Schadensbegrenzung.» Diese Aussage wird in Bezug auf die Österreicher auch vom Zeugen B. gestützt, der auf die Frage, wie die anwesenden Leute auf die Handlungen des Angeklagten reagiert hätten, zu Protokoll gab: «Der Österreicher war hässig. Den Deutschen wäre es nicht aufgefallen, die waren im Hintergrund, und es war sehr laut» (Prot. HV S. 13 Frage 17). Die Feststellung des MAG 2 ist daher nicht zu beanstanden.

Unter Berücksichtigung aller Umstände unterscheidet sich der vorliegende Sachverhalt entscheidungswesentlich von demjenigen, der dem bundesgerichtlichen Leitentscheid BGE 140 IV 102 zugrunde lag. Die objektive Tatbestandsmässigkeit gemäss Art. 171c Abs. 1 al. 2 MStG des Verhaltens des Angeklagten ist zu bejahen. Auf die vom Kassationsbeschwerdeführer «der guten Ordnung halber» zusätzlich erhobene Rüge, das MAG 2 habe durch sein fehlendes Sich-Festlegen bezüglich des objektiven Tatbestands seine Begründungspflicht verletzt, braucht bei dieser Sachlage nicht eingegangen zu werden.

bb) Subjektiver Tatbestand

Der Angeklagte hat im Moment der Tatbegehung – und nur auf den kommt es bei der Feststellung des subjektiven Tatbestands an – gewusst, dass sich uniformierte schweizerische, deutsche und österreichische Armeeangehörige in der «Brandhüsli»-Bar aufhielten. Ebenso hat er gewusst, dass der sog. «Hitlergruss» und die Ausrufe «Heil Hitler» und «Sieg Heil» für eine rassendiskriminierende Ideologie stehen und die von ihm in der regulären Uniform der Schweizer Armee gemachten Gesten und Äusserungen von den erwähnten anwesenden anderen Armeeangehörigen gesehen und gehört werden konnten und würden. Davon, dass Geste und Parolen nicht an die Öffentlichkeit gerichtet gewesen seien und die Kenntnisnahme durch Dritte eine blosser Begleiterscheinung gewesen sei, kann – anders als vom MAG 2 angenommen (angefochtenes Urteil E. V/2.3.4 f.) – angesichts der Situation und des Verhaltens des Angeklagten nicht ausgegangen werden, zumal dieser die fraglichen Gesten mehrfach und untermauert durch einschlägige Ausrufe tätigte. Damit ist ohne weiteres auch vom Willen auszugehen, die rassendiskriminierende Ideologie in diesem Moment zu verbreiten (vgl. Niggli, Rassendiskriminierung, a.a.O., Rz. 1670, der – wie auch das MAG 2 – das Bestreben, die Öffentlichkeit in einem bestimmten [werbenden] Sinne zu beeinflussen, als bereits im objektiven Tatbestandselement des «Verbreitens» enthalten bezeichnet). Ausserdem ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass die Gesten und Ausrufe im Rahmen eines

Schnupfspruchs erfolgten, also eines Rituals, bei dem die Zustimmung der beteiligten Personen erheischt wird. Von einer «geschmacklosen Provokation ohne Hintergedanken» (Beschwerdeantwort Ziff. 5 Abs. 3) kann auch aus diesem Grund keine Rede sein. Der subjektive Tatbestand ist ebenfalls erfüllt.

cc) Der Angeklagte hat nach dem eben Ausgeführten sowohl den objektiven als auch den subjektiven Tatbestand von Art. 171c Abs. 1 al. 2 MStG erfüllt. Dadurch, dass das MAG 2 das Vorliegen des entsprechenden subjektiven Tatbestands verneint hat, hat es das Strafgesetz verletzt. Der Kassationsgrund von Art. 185 Abs. 1 Bst. d des Militärstrafprozesses vom 23. März 1979 [MStP; SR 322.1]) ist gegeben und die Kassationsbeschwerde ist deshalb gutzuheissen. Das Urteil des MAG 2 vom 26. Mai 2020 ist aufzuheben und die Sache ist zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese wird sich insbesondere mit der Frage auseinanderzusetzen haben, ob bei einer Verurteilung nach Art. 171c Abs. 1 al. 2 MStG zusätzlich auch am Schuldspruch wegen Trunkenheit gemäss Art. 80 Ziff. 1 MStG festgehalten werden kann.

5.

Der Angeklagte ist im vorliegenden Verfahren zwar als unterliegend zu betrachten. Zu klären war allerdings eine vom Militärkassationsgericht noch nicht beurteilte Rechtsfrage, welche von präjudizieller Bedeutung ist. Aus diesem Grund rechtfertigt es sich, die Kosten dieses Verfahrens der Eidgenossenschaft aufzuerlegen (Art. 193 i.V.m. Art. 183 Abs. 1 Satz 2 MStP).

(914, 19. März 2021, Obergericht gegen Militärappellationsgericht 2)

32

Art. 13 Abs. 2, Art. 55 Abs. 1 und 3, Art. 78 Ziff. 1 MStG; Art. 101 Abs. 1, Art. 185 Abs. 1 Bst. c, d und f MStP; Fälschung dienstlicher Aktenstücke, Eventualvorsatz, Verfolgungsverjährung, Zuständigkeit zur Anordnung der Voruntersuchung, Kassationsgrund der willkürlichen Sachverhaltsfeststellung (Kassationsbeschwerde)

Art. 55 Abs. 3 MStG erfasst nicht nur verurteilende, sondern auch freisprechende erstinstanzliche Erkenntnisse (E. 3d). Zuständig zur Anordnung der Voruntersuchung ist der Kommandant der Truppe, bei der sich die strafbare Handlung ereignet hat. Sollte ein Kommandant bei einer strafbaren Handlung oder einem Verdacht einer solchen keinen Untersuchungsbefehl ausstellen, trifft den nächsthöheren Vorgesetzten aus der Vorgesetztenverantwortlichkeit die Pflicht, eine Untersuchung zu befehlen. Grundsätzlich ist der in der Funktion nachfolgende Kommandant zuständig, einen Untersuchungsbefehl für mutmassliche strafbare Handlungen seines Vorgängers auszustellen (E. 4c). Aufgrund der besonderen Umstände hätte der Angeklagte die Richtigkeit der eingetragenen Diensttage in den Dienstbüchlein vor der Unterzeichnung prüfen müssen. Der Angeklagte hat eventualvorsätzlich in Kauf genommen, mit seinen Unterschriften in den drei Dienstbüchlein jeweils einen inhaltlich falschen Eintrag als richtig darzustellen (E. 5f). Der Präsident des Militärkassationsgerichts legt der Verfügung über die Entschädigung des amtlichen Verteidigers einen Stundenansatz von 250 Franken zugrunde. Der in den – das Militärkassationsgericht nicht bindenden – Richtlinien des Oberauditors vom 24. August 2018 für die Festsetzung des Honorars für amtliche Mandate in Verfahren der Strafbehörden der Militärjustiz vorgesehene Regelansatz von 220 Franken pro Stunde erscheint als unangemessen tief (E. 8).

Art. 13 al. 2, art. 55 al. 1 et 3, art. 78 ch. 1 CPM ; art. 101 al. 1, art. 185 al. 1 let. c, d et f PPM ; faux dans les documents de service, dol éventuel, prescription de l'action pénale, compétence pour ordonner l'enquête ordinaire, motif de cassation de la constatation arbitraire des faits (poursuite en cassation)

L'art. 55 al. 3 CPM ne couvre pas uniquement les prononcés de première instance de condamnation, mais aussi ceux d'acquiescement (consid. 3d). Est compétent pour ordonner l'enquête ordinaire le commandant de la troupe au sein de laquelle l'infraction a été commise. Si, en cas d'infraction ou de soupçon d'infraction, un commandant ne délivre pas d'ordonnance d'enquête, le supérieur immédiat a l'obligation d'ordonner une enquête. En principe, celui qui accède à la fonction de commandant est compétent pour délivrer une ordonnance d'enquête concernant des actes éventuellement punissables commis par son prédécesseur (consid. 4c). En raison des circonstances particulières, l'accusé aurait dû vérifier l'exactitude des jours de service inscrits dans les livrets de service avant de les signer. L'accusé a accepté, par dol éventuel, que sa signature dans trois livrets de service fasse à chaque fois apparaître comme exacte une inscription dont le contenu était erroné (consid. 5f). Le Président du Tribunal militaire de cassation fixe l'indemnisation du défenseur d'office sur la base d'un tarif horaire de 250 francs. Le tarif horaire de 220 francs, prévu dans les directives de l'Auditeur en chef du 24 août 2018

concernant la fixation des honoraires des défenseurs d'office dans les procédures devant les autorités pénales de la justice militaire – qui ne lient pas le Tribunal militaire de cassation –, apparaît comme exagérément bas (consid. 8).

Art. 13 cpv. 2, art. 55 cpv. 1 e 3, art. 78 cifra 1 CPM; art. 101 cpv. 1, art. 185 cpv. 1 lett. c, d e f PPM; falsità in documenti di servizio, dolo eventuale, prescrizione dell'azione penale, competenza per ordinare l'inchiesta ordinaria, motivo di cassazione nell'accertamento arbitrario dei fatti (ricorso per cassazione)

L'art. 55 cpv. 3 CPM non riguarda unicamente sentenze di prima istanza condannatorie, ma altresì quelle relative ad un proscioglimento (consid. 3d). Competente per ordinare l'istruzione preparatoria è il comandante della truppa in seno alla quale è stata commessa l'infrazione. Se un comandante, in caso di infrazione o di sospetta infrazione, non ordina l'apertura di un'inchiesta, il diretto superiore ha l'obbligo di ordinare un'inchiesta. Di principio colui che accede alla funzione di comandante è competente per emanare un ordine di inchiesta concernente degli atti eventualmente punibili commessi da suo predecessore (consid. 4c). In ragione delle particolari circostanze, l'accusato avrebbe dovuto verificare l'esattezza dei giorni di servizio inseriti nel libretto di servizio prima di procedere con la firma. L'accusato ha accettato, per dolo eventuale, che la sua firma su tre libretti di servizio facesse apparire come esatta un'iscrizione il cui contenuto era sbagliato (consid. 5f). Il presidente del Tribunale militare di cassazione fissa l'indennità del difensore d'ufficio sulla base di una tariffa oraria pari a 250 franchi. La tariffa oraria di 220 franchi prevista dalle direttive dell'Uditore in capo del 24 agosto 2018 concernenti la fissazione degli onorari dei difensori d'ufficio nelle procedure davanti alle autorità penali della giustizia militare – che non vincolano il Tribunale militare di cassazione –, appare esageratamente bassa (consid. 8).

Das Militärkassationsgericht hat festgestellt:

A.

Mit Untersuchungsbefehl vom 10. Juni 2013 ordnete A., seit 2. Juli 2012 Kdt Kdo FUB SKS und direkter Nachfolger des Angeklagten in dieser Funktion, eine Voruntersuchung gegen den Angeklagten an. Diesem lag der Einsatz von drei Angehörigen der Armee (AdA), den Soldaten B., C. und D., als Elektriker in der nicht mehr im Etat der Schweizer Armee aufgeführten, nunmehr privaten Festung Tschingel (Fläsch, GR) gegen Anrechnung als Dienstage mit Eintragung im Dienstbüchlein, Sold und EO zugrunde. Der zuständige Untersuchungsrichter, liess sich den Untersuchungsbefehl vom nächsthöheren Vorgesetzten des Kdt Kdo FUB SKS, E., Kdo FU Br 41, mit Unterschrift vom 28. Juni 2013 bestätigen. (...)

Das Militärkassationsgericht hat erwogen:

3. (...)

d) aa) Der Tatbestand von Art. 78 Ziff. 1 des Militärstrafgesetzes vom 13. Juni 1927 (MStG; SR 321.0) sieht für die Fälschung dienstlicher Aktenstücke ein Strafmass von "Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe" vor. Damit handelt es sich um ein Vergehen im Sinne von Art. 12 Abs. 3 MStG, welches nach dem seit dem 1. Januar 2014 geltenden Recht über die Verfolgungsverjährung von Art. 55 Abs. 1 lit. c MStG in zehn Jahren verjährt (vgl. dazu BBI 2012 9274 f.). Da der Zeitraum der zu untersuchenden Handlungen vor dem Inkrafttreten des neuen Verjährungsrechts liegt, ist nach Art. 216 MStG zu prüfen, ob das frühere Recht als milderes Recht anwendbar ist. Das Verjährungsrecht, welches auf den Zeitraum vom 30. Juni 2012 bis 23. Mai 2013 zur Anwendung gelangt, sah im damaligen Art. 55 Abs. 1 lit. c MStG eine Verjährung in sieben Jahren vor für Taten, welche nicht "mit einer Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren bedroht" waren (aArt. 55 Abs. 1 lit. b und c MStG). Mithin ist das frühere Recht zwar das mildere, als die Erstinstanz ihr Urteil am 2. März 2018 eröffnete, war die Verjährungsfrist von sieben Jahren indessen noch nicht abgelaufen. Demzufolge waren die zu beurteilenden Vorfälle im Urteilszeitpunkt nicht verjährt.

bb) Abs. 3 von Art. 55 MStG sieht – sowohl in der geltenden als auch in der alten Fassung – vor, dass die Verjährung nicht mehr eintritt, wenn vor Ablauf der Verjährungsfrist ein erstinstanzliches Urteil ergangen ist. Wenn der Verteidiger in Ziffer 41 der Kassationsbeschwerde geltend macht, das erstinstanzliche Urteil enthalte vollumfängliche Freisprüche und habe daher keine die Verjährung unterbrechende Wirkung, bezieht er sich auf die alte, mit BGE 139 IV 62 vom 11. Dezember 2012 aufgegebene Rechtsprechung des Bundesgerichts (vgl. dort E. 1.5). Das Bundesgericht hält zu dem mit Art. 55 Abs. 3 MStG wortgleichen Art. 97 Abs. 3 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0) fest, dass der Gesetzestext "in den drei Amtssprachen erstinstanzliche Urteile und somit nicht nur verurteilende, sondern auch freisprechende erstinstanzliche Erkenntnisse" erfasse. Es gebe keine sachlichen Gründe, vom klaren Wortlaut abzuweichen; vielmehr ergebe sich "aus dem auch aus der Botschaft des Bundesrates erkennbaren Zweck der Bestimmung, wonach im Rechtsmittelverfahren die Verjährung nicht mehr eintreten soll, sowie aus dem Gebot der Gleichbehandlung, dass Art. 97 Abs. 3 StGB auch freisprechende erstinstanzliche Urteile" erfasse (BGE 139 IV 62 E. 1.5.9; vgl. auch BSK StGB I-Zurbrügg, Art. 97 N 52 ff., 55).

Entsprechend dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung, der sich das Militärkassationsgericht (MKG) aufgrund der deckungsgleichen Bestimmungen im StGB und im MStG anschliesst, ist die Verfolgungsverjährung vorliegend nicht eingetreten.

4. (...)

c) cc) Die Bestimmung von Art. 101 Abs. 1 des Militärstrafprozesses vom 23. März 1979 [MStP; SR 322.1]) regelt die Zuständigkeit für die Anordnung der vorläufigen Beweisaufnahme und der Voruntersuchung bei einer "strafbaren Handlung", die "während des Militärdienstes" begangen wurde. Zur Bestimmung des zuständigen Kommandanten wird mithin an die strafbare Handlung während des Militärdienstes angeknüpft, also an den Lebenssachverhalt und nicht an den möglichen oder mutmasslichen Täter. Dies ist nicht

zuletzt deswegen sachgerecht, weil der Befehl des zuständigen Kommandanten an die Militärjustiz, eine vorläufige Beweisaufnahme durchzuführen, unter anderem bezweckt, die Täterschaft oder den Sachverhalt abzuklären (Art. 102 Abs. 1 MStP). Nicht anders kann es beim Voruntersuchungsbefehl sein. Für die Frage des zuständigen Kommandanten wird entgegen den Ausführungen des Verteidigers demnach nicht an den (aktuellen) Kommandanten des mutmasslichen Täters, hier des Angeklagten, angeknüpft, sondern an den Kommandanten der Truppe, bei der sich die strafbare Handlung ereignet hat (so sinngemäss auch Komm MStP-Moeri, Art. 101 N 4 ff., 7).

Zuständig für den Voruntersuchungsbefehl zur Abklärung von strafbaren Handlungen, die sich im Dienst beim Kdo FUB SKS ereignet haben, ist dementsprechend grundsätzlich der Kommandant FU SKS.

dd) Gemäss Art. 38 Abs. 1 der Verordnung vom 24. Oktober 1979 über die Militärstrafrechtspflege (MStV; SR 322.2) hat der zuständige Kommandant den Befehl zur vorläufigen Beweisaufnahme oder zur Voruntersuchung persönlich zu erteilen (Satz 1). Ist er verhindert, so ist der Untersuchungsbefehl durch seinen Stellvertreter zu unterzeichnen (Satz 2). Die Unterschriftsberechtigung kann nicht auf andere Personen übertragen werden (Satz 3).

Nicht ausdrücklich geregelt ist die Frage, wer bei einem Kommandantenwechsel zur Unterzeichnung eines Untersuchungsbefehls gegen den ehemaligen Kommandanten wegen mutmasslicher strafbarer Handlungen zuständig ist, die sich während oder im Zusammenhang mit der Amtszeit des ehemaligen Kommandanten ereignet haben. Vorliegend geht es um eine nachträgliche Unterzeichnung von Eintragungen in Dienstbüchlein über Dienstleistungen, welche unter dem Kommando des früheren Kommandanten – dem Angeklagten – stattgefunden haben. In Frage stehen demnach Handlungen, welche im Zusammenhang mit der Amtszeit des Angeklagten als Kommandant stehen. Wie bereits dargelegt (vgl. E. 4c/cc), ist zur Anordnung einer Untersuchung grundsätzlich der Kommandant kompetent, der für die Truppe zuständig ist und nicht der Kommandant des möglichen Täters.

Dementsprechend muss grundsätzlich der in der Funktion nachfolgende Kommandant auch zuständig sein, um einen Untersuchungsbefehl zur Abklärung möglicher Delikte seines Vorgängers auszustellen. In jedem Fall zuständig muss aber der nächsthöhere Vorgesetzte sein. Denn nach dem Grundsatz der militärischen Vorgesetztenverantwortlichkeit ist der nächsthöhere Vorgesetzte dafür verantwortlich, angemessene Massnahmen zu treffen, um zu verhindern, dass ihm Unterstellte strafbare Handlungen begehen. Und im Falle, dass bereits strafbare Handlungen geschehen sind, ist er dafür zuständig, diese zu ahnden. Der Grundsatz der militärischen Vorgesetztenverantwortlichkeit ergibt sich daraus, dass dem militärischen Vorgesetzten aufgrund seiner Kommandofunktion über eine geschulte und bewaffnete Truppe eine besonders strenge Kontrollpflicht als Garant zukommt, die sich in der Befehls- und Kontrollkompetenz wie auch in der Disziplinar- und Strafgewalt äussert (vgl. dazu Dienstreglement der Schweizerischen Armee vom 22. Juni 1994 (DRA; SR 510.107.0, 3. Kapitel, Einleitung und Ziff. 12, 13, 21; 7. Kapitel, Einleitung; 8. Kapitel Ziff. 79, 80, 92 i.V.m. Art. 195 MStG und Art. 101 MStP; allgemein Vest, Völkerrechtsverbrecher verfolgen: ein abgestuftes Mehrebenenmodell systemischer Tatherrschaft, 2011, S. 264 f.).

In Umsetzung dieses Grundsatzes sieht Art. 101 MStP vor, dass der zuständige Kommandant bei einer abzuklärenden Handlung einen Untersuchungsbefehl an die Militärjustiz ausstellt. Sollte ein Kommandant bei einer strafbaren Handlung oder einem Verdacht einer solchen keinen Untersuchungsbefehl ausstellen, trifft den nächsthöheren Vorgesetzten aus der Vorgesetztenverantwortlichkeit – wie auch aus dem Verbot der Begünstigung nach Art. 176 MStG – die Pflicht, eine Untersuchung zu befehlen.

Daraus ergibt sich, dass grundsätzlich der in der Funktion nachfolgende Kommandant zuständig ist, einen Untersuchungsbefehl für mutmassliche strafbare Handlungen seines Vorgängers auszustellen. Vorliegend war demzufolge A. als im Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung aktiver Kommandant FU SKS zuständig, das Verhalten des Angeklagten als seinem Vorgänger mit Untersuchungsbefehl vom 10. Juni 2013 bei der Militärjustiz zur Untersuchung anzuzeigen. Darüber hinaus war E. als im mutmasslichen Deliktszeitraum aktiver Kommandant der FU Br 41, zu der auch das Kdo FU SKS gehört (...), somit als nächsthöherer Vorgesetzter des Kommandanten FU SKS zuständig, mit seiner Bestätigung des Untersuchungsbefehls von A. vom 28. Juni 2013 die Voruntersuchung zu befehlen.

Es liegt somit ein rechtsgültiger Voruntersuchungsbefehl vor.

5. (..)

f) aa) In subjektiver Hinsicht ist bei Art. 78 Ziff. 1 MStG gefordert, dass der Angeklagte vorsätzlich im Sinne von Art. 13 Abs. 2 MStG gehandelt hat. Dabei genügt Eventualvorsatz (Art. 13 Abs. 2 Satz 2 MStG). Eine fahrlässige Fälschung dienstlicher Aktenstücke ist demgegenüber nicht strafbar (Art. 78 i.V.m. Art. 13 Abs. 1 MStG).

bb) Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist Eventualvorsatz im Sinne von Art. 13 Abs. 2 Satz 2 MStG gegeben, wenn der Täter den Eintritt des Erfolgs bzw. die Verwirklichung des Tatbestands für möglich hält, aber dennoch handelt, weil er den Erfolg für den Fall seines Eintritts in Kauf nimmt, sich mit ihm abfindet, mag er auch unerwünscht sein (vgl. BGE 137 IV 1 E. 4.2.3).

Die Abgrenzung zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit kann nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Einzelfall schwierig sein, wissen doch sowohl der eventualvorsätzlich als auch der bewusst fahrlässig handelnde Täter um die Möglichkeit des Erfolgseintritts bzw. um das Risiko der Tatbestandsverwirklichung. Hinsichtlich der Wissensseite stimmen somit beide Erscheinungsformen überein. Allerdings bestehen Unterschiede beim Willensmoment. Der bewusst fahrlässig handelnde Täter vertraut (aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit) darauf, dass der von ihm als möglich vorausgesehene Erfolg nicht eintreten, das Risiko der Tatbestandserfüllung sich mithin nicht verwirklichen werde. Demgegenüber findet sich der eventualvorsätzlich handelnde Täter mit dem Eintritt des als möglich erkannten Erfolgs ab. Wer den Erfolg dergestalt in Kauf nimmt, "will" ihn im Sinne von Art. 13 Abs. 2 MStG.

Ob der Täter die Tatbestandsverwirklichung in diesem Sinne in Kauf genommen hat, muss der Richter – bei Fehlen eines Geständnisses des Beschuldigten – aufgrund der Umstände entscheiden. Dazu gehören die Grösse des dem Täter bekannten Risikos der Tatbestandsverwirklichung, die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung, die Beweggründe des Täters und die Art der Tathandlung. Je grösser die Wahrscheinlichkeit der Tatbestandsverwirklichung ist und je schwerer die Sorgfaltspflichtverletzung wiegt, desto näher liegt die Schlussfolgerung, der Täter habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen. Der Richter darf vom Wissen des Täters auf den Willen schliessen, wenn sich dem Täter der Eintritt des Erfolgs als so wahrscheinlich aufdrängte, dass die Bereitschaft, ihn als Folge hinzunehmen, vernünftigerweise nur als Inkaufnahme des Erfolgs ausgelegt werden kann (BGE 133 IV 9 E. 4.1; BGE 130 IV 58 E. 8.4).

cc) Vorliegend ist hinsichtlich der äusseren Umstände zu beachten, dass (1) es sich um eine geringe Anzahl von nur drei Dienstbüchlein handelte, die im relevanten Zeitpunkt zu unterzeichnen waren. Der Angeklagte sprach in der Einvernahme vor dem Militärgericht 2 von "Nachzüglern" (Akten des MG 2, pag. 4.063), der Zeuge F. sagte aus: "Ich glaube das war ein Bigeli. Das hatte in einer Hand Platz. Vielleicht zwei bis fünf, wohl aufgeklappt." (Appellationsakten, pag. 52). (2) Zudem waren in den drei Dienstbüchlein vor den hier in Frage stehenden Eintragungen für das Jahr 2012 bereits Dienstage beim Kdo FU SKS in Rümlang eingetragen und vom Angeklagten unterzeichnet worden. Bei B. waren dies 26 Dienstage (Appellationsakten, pag. 012), bei D. 6 Dienstage (Appellationsakten, pag. 013) und bei C. 24 Dienstage (Akten des MG 2, pag. 1.028). (3) Weiter ist zu berücksichtigen, dass für alle drei Soldaten eine ungewöhnlich hohe Anzahl von Diensttagen in Form von Einzeltageleistungen (VDT) eingetragen werden sollte, welche alle im ersten Halbjahr 2012 und damit unter der Kommandozeit des Angeklagten stattgefunden haben sollen. Sdt B. soll so im ersten Halbjahr 2012 auf total 46 Dienstage gekommen sein, Sdt D. auf 24 Dienstage und Sdt C. auf 34 Dienstage – dies sind weit mehr Dienstage als sie in den vorangehenden Jahren jeweils geleistet haben. (4) Schliesslich ist auch zu berücksichtigen, dass der Eintrag der geleisteten Dienstage für den betreffenden Soldaten von grosser Bedeutung ist. Das Dienstbüchlein stellt diejenige originalunterzeichnete Urkunde dar, welche Auskunft über die geleisteten und damit auch über die noch zu leistenden Dienstage gibt. Für den betreffenden AdA ist es wesentlich, wie viele Dienstage darin verzeichnet sind.

In Bezug auf die äusseren Umstände ist weiter festzuhalten, dass es vorliegend um eine nachträgliche, mithin nachdienstliche Unterzeichnung von Dienstleistungen einige Zeit nach der Kommandoübergabe ging.

dd) Unter diesen besonderen Umständen hätte der Angeklagte die Richtigkeit der Eintragungen vor der Unterzeichnung prüfen müssen. Wenn der Angeklagte zum Eintrag im Dienstbüchlein von Sdt B. schon behauptet bzw. behaupten lässt, er habe sich auf die Zahl 20 in der Spalte der Dienstage konzentriert und der im Abstand von etwa einem Zentimeter links davon stehende Vermerk "VDT" und die Zeitspanne seien ihm nicht aufgefallen (Einvernahme vor MG 2, pag. 4.063, sowie Kassationsbeschwerde, Ziff. 69) bzw. dass "zum Zeitpunkt der Unterzeichnung dort nichts stand" (Kassationsbeschwerde, Ziff. 70), dann hätte ihm die unmittelbar darüberstehende Zahl 26 auffallen und er einen kurzen Blick nach links werfen müssen. An dieser Stelle steht in Fettdruck und in grosser Druckgrösse zweimal übereinander die Jahreszahl 2012. Mit minimaler Aufmerksamkeit

hätte der Angeklagte erkennen können und müssen, dass er zum zweiten Mal Dienstage für das Jahr 2012 unterschreibt und dass es sich hier um eine aussergewöhnlich hohe Anzahl Tage handelt. Eine solche minimale Aufmerksamkeit ist von jemandem, der eine Urkunde mit besonderer Bedeutung für den Adressaten unterzeichnet, insbesondere von einem Berufsoffizier, der gerade das wohl wichtigste Dokument für den AdA unterzeichnet, als Mindestanforderung an die Pflichterfüllung eines Kommandanten geschuldet. Hätte der Angeklagte diese Aufmerksamkeit aufgebracht, hätte er Abklärungen oder Nachfragen machen müssen. Dass der Angeschuldigte Letzteres getan hätte, wird vom Zeugen G. glaubhaft verneint. Mithin hat der Angeklagte – wovon die Vorinstanz willkürfrei ausgeht – keine Abklärungen vorgenommen, sondern einfach unterzeichnet. Dass ein Kommandant, der Eintragungen im Dienstbüchlein unterzeichnet, aufgrund der Umstände zur näheren Prüfung der Eintragungen im Dienstbüchlein verpflichtet sein kann, räumt im Übrigen auch F., ebenfalls Berufsoffizier und ebenfalls gewohnt, Dienstbüchlein zu unterzeichnen, in seiner Zeugenaussage vor dem Militärappellationsgericht 2 ein: "Irgendwann am Schluss während der WEMA werden noch die Dienstbüchlein unterzeichnet. Da muss man schon schauen, dass alles stimmt." (Appellationsakten, pag. 56). (...)

Damit hat es der Angeklagte eventualvorsätzlich in Kauf genommen, mit seinen Unterschriften in den drei Dienstbüchlein jeweils einen inhaltlich falschen Eintrag als richtig darzustellen, mithin mehrfach eine rechtlich erhebliche Tatsache unrichtig zu beurkunden. (...)

(915, 19. März 2021, Angeklagter gegen Militärappellationsgericht 2)

33

Art. 94 MStG; fremder Militärdienst, Strafzumessung bei einer Dienstleistung in der französischen Fremdenlegion (Kassationsbeschwerde)

Wahl der Sanktionsart, wenn ein Delikt mit Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bedroht ist (E. 3 und 9). Frage der *lex mitior* (Art. 2 Abs. 2 MStG) mit Bezug auf den (per 1. Januar 2018 hinsichtlich der maximalen Anzahl Tagessätze der Geldstrafe) geänderten Art. 28 Abs. 1 MStG unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Tat von Art. 94 MStG mit dem Eintritt in den fremden Dienst vollendet und kein Dauerdelikt ist (E. 4). Grundsätze der Strafzumessung (E. 5) und Anwendung auf Art. 94 Abs. 1 MStG in Anbetracht von dessen Schutzobjekten. Das Militärappellationsgericht 2 hat zu Recht neben der Dauer des Dienstes die in der Schweizer Armee sowie im fremden Militärdienst eingenommene Stellung, die politische Ausrichtung der fremden Organisation und die Verbundenheit mit der Schweiz, die Gefahr eines Kampfes gegen andere Schweizer sowie im Allgemeinen die Beeinträchtigung der schweizerischen Neutralitätspolitik und die Gefährdung der schweizerischen Unabhängigkeit berücksichtigt (E. 6). Indem es auf eine Einsatzstrafe von neun Monate bzw. 270 Tagessätzen erkannte und diese – im Wesentlichen gestützt auf die erfolgte Selbstanzeige (Art. 42 Bst. d MStG) – um einen Drittel reduzierte, hat es sein Ermessen nicht überschritten (E. 7 und 8).

Art. 94 CPM ; service militaire étranger, fixation de la peine en raison d'une prise de service au sein de la Légion étrangère française (pourvoi en cassation)

Choix du type de sanction lorsqu'une infraction est punie d'une peine privative de liberté ou d'une peine pécuniaire (consid. 3 et 9). Question de la *lex mitior* (art. 2 al. 2 CPM) en lien avec l'art. 28 al. 1 CPM modifié (au 1^{er} janvier 2018 concernant la quotité maximale de jours-amende) compte tenu de la circonstance selon laquelle l'infraction sanctionnée par l'art. 94 CPM est consommée au moment de la prise de service dans une armée étrangère et ne constitue pas un délit continu (consid. 4). Principes régissant la fixation de la peine (consid. 5) et application à l'art. 94 al. 1 CPM en considération de l'objet protégé par la disposition. Le Tribunal militaire d'appel 2 a pris en compte à bon droit, outre la durée du service et les fonctions respectives occupées dans l'Armée suisse et l'armée étrangère, l'orientation politique de l'organisation étrangère et ses liens avec la Suisse, le risque d'être amené à combattre d'autres ressortissants suisses, de même que, de manière générale, l'atteinte portée à la politique de neutralité suisse et la mise en péril de l'indépendance du pays (consid. 6). En fixant une peine théorique de neuf mois, respectivement de 270 jours-amende, et en la réduisant – essentiellement en raison de la dénonciation spontanée de l'intéressé (art. 42 let. d CPM) – d'un tiers, le Tribunal militaire d'appel 2 n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation (consid. 7 et 8).

Art. 94 CPM; servizio militare straniero, fissazione della pena a seguito dell'aver preso servizio in seno alla Legione straniera francese (ricorso per cassazione)

Scelta del tipo di sanzione quando un'infrazione è punita con una pena privativa della libertà o con una pena pecuniaria (consid. 3 e 9). Questione della *lex mitior* (art. 2 cpv. 2 CPM) in combinato disposto con l'art. 28 cpv. 1 CPM (modificato al primo gennaio 2018 concernente la quantità massima di aliquote giornaliere) tenuto conto della circostanza per la quale l'infrazione sanzionata dall'art. 94 CPM si perfeziona con l'entrata in servizio in un esercito straniero e non costituisce un delitto continuato (consid. 4). Principi reggenti la fissazione della pena (consid. 5) e loro applicazione in relazione all'art. 94 cpv. 1 CPM in considerazione dell'oggetto protetto dalla norma. Il Tribunale militare d'appello 2 ha tenuto conto a buon diritto, oltre alla durata del servizio e alle funzioni rispettivamente occupate nell'Esercito svizzero e nell'esercito straniero, dell'orientamento politico dell'organizzazione straniera e dei suoi legami con la Svizzera, del rischio di un combattimento contro altri cittadini svizzeri, e – in generale – della compromissione della politica di neutralità svizzera e della messa in pericolo dell'indipendenza del paese (consid. 6). Fissando una pena teorica di nove mesi, rispettivamente di 270 aliquote giornaliere, e riducendola d'un terzo, essenzialmente per l'autodenuncia spontanea dell'accusato (art. 42 lett. d CPM), il Tribunale militare d'appello 2 non ha abusato del suo potere d'apprezzamento (consid. 7 e 8).

Das Militärkassationsgericht hat festgestellt:

A.

A.a A. (geb. 1985) leistete im Jahr 2005 den Grundausbildungsdienst. Er beendete diesen im Grad eines Sdt und mit der Funktion eines Füs Scharf S. A. absolvierte die Ausbildungsdienste der Formationen (ADF) 2006 - 2009. Am 13. Juli 2009 ersuchte er um Auslandurlaub. Dieser wurde ihm am 14. Juli 2009 genehmigt. In der Folge bereiste er diverse Länder. Am 16. August 2010 trat A. unter einem Fünfjahresvertrag in die Fremdenlegion ein. Er verlängerte diesen um drei Jahre und leistete Dienst bis am 15. August 2018. A. liess sich als Infanteriesoldat ausbilden und wurde an verschiedenen Feuerwaffen geschult. Nach der Grundausbildung von vier Monaten kam er in das 2ème Regiment, ein Kampfbataillon, in welchem er zusätzliche spezielle, namentlich gebirgs- und geniespezifische Ausbildungen erhielt. Mit seinem Regiment hatte er folgende Auslandseinsätze: 2012 als Rettungssanitäter in Französisch-Guyana, 2014 als Ausbilder in der Rettungssanität in den Vereinigten Arabischen Emiraten, 2015 in einer schnellen Eingriffstruppe in Mali, 2016/2017 in einer Kommandoeinheit in Mali und Niger, 2017 nochmals in Mali und 2018 als Rettungssanitäter in Grönland. Während seiner Einsätze in Mali und Niger war A. auch an Kampfhandlungen beteiligt. Diese erfolgten entweder als Reaktion oder als gezielt geplante Interventionen.

A.b Im Jahr 2017 erhielt A. die französische Staatsbürgerschaft. Am 31. Dezember 2017 endete seine Militärdienstpflicht in der Schweiz.

B.

Im Zusammenhang mit seiner Bewerbung beim AAD 10 erstattete A. am 24. Oktober 2018 Selbstanzeige, womit das vorliegende Strafverfahren ausgelöst wurde.

C.

Mit Urteil vom 5. November 2019 sprach das Militärgericht (Mil Ger) 2 A. schuldig des fremden Militärdienstes gemäss Art. 94 Abs. 1 MStG und verurteilte ihn zu einer Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu Fr. 115.--. Den Vollzug der Geldstrafe schob es auf und setzte die Probezeit auf zwei Jahre fest.

D.

Der Auditor der Auditorenregion 2 (Auditor) appellierte gegen dieses Urteil. Seine Appellation richtete sich ausschliesslich gegen die Strafzumessung. Er beantragte, A. sei mit einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten und einer Busse von Fr. 5'000.-- zu bestrafen, wobei der Vollzug der Freiheitsstrafe aufzuschieben und die Probezeit auf vier Jahre festzusetzen sei. Das Militärappellationsgericht (MAG) 2 wies die Appellation mit Urteil vom 24. August 2020 ab und bestätigte jenes des Mil Ger 2.

E.

Dagegen hat der Auditor am 25. August 2020 Kassationsbeschwerde angemeldet und diese am 20. Januar 2021 begründet. Er beanstandet das Strafmass und beantragt, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an das MAG 2 zurückzuweisen.

In seiner Vernehmlassung vom 15. Februar 2021 beantragt A. die Abweisung der Beschwerde und die Bestätigung des Urteils des MAG 2 vom 24. August 2020. Der Präsident MAG 2 hat auf Vernehmlassung verzichtet.

Das Militärkassationsgericht hat erwogen:

1.

Gegen das Urteil des MAG 2 ist die Kassationsbeschwerde gegeben (Art. 184 Abs. 1 lit. a des Militärstrafprozesses vom 23. März 1979 [MStP; SR 322.1]). Der Auditor ist zur Beschwerde berechtigt (Art. 186 Abs. 1 MStP). Er hat die Beschwerde rechtzeitig angemeldet (Art. 186 Abs. 2 MStP) und innert der ihm gesetzten Frist begründet (Art. 187 Abs. 1 MStP). Der Auditor begründet seine Beschwerde mit einer Verletzung von Art. 41 f. des Militärstrafgesetzes vom 13. Juni 1927 (MStG; SR 321.0). Damit beruft er sich auf den Kassationsgrund von Art. 185 Abs. 1 lit. d MStP (MKGE 12 Nr. 20 E. 1). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.

Der Schweizer, der ohne Erlaubnis des Bundesrats in fremden Militärdienst eintritt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft (Art. 94 Abs. 1 MStG). Dass

A. in objektiver und subjektiver Hinsicht tatbestandsmässig gehandelt hat, ist nicht strittig. Ebenso wenig liegen Rechtfertigungs- oder Schuldausschliessungsgründe vor. Anlass zur Beschwerde gibt ausschliesslich die Strafzumessung.

3.

3.1 Nach der Konzeption des Allgemeinen Teils des MStG stellt die Geldstrafe die Hauptsanktion dar. Freiheitsstrafen sollen nur verhängt werden, wenn der Staat keine anderen Mittel hat, die öffentliche Sicherheit zu gewährleisten. Nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit soll bei alternativ zur Verfügung stehenden und hinsichtlich des Schuldausgleichs äquivalenten Sanktionen im Regelfall diejenige gewählt werden, die weniger stark in die persönliche Freiheit des Betroffenen eingreift bzw. die ihn am wenigsten hart trifft (siehe zum bürgerlichen Strafrecht BGE 138 IV 120 E. 5.2 S. 123; 134 IV 97 E. 4.2.2 S. 101 mit weiteren Hinweisen). Die Geldstrafe ist gegenüber der Freiheitsstrafe eine weniger eingriffsintensive Sanktion und gilt somit als mildere Strafe, zumal sie "bloss" in die Vermögensrechte des Betroffenen eingreift, während die Freiheitsstrafe ihn in seiner persönlichen Freiheit betrifft (siehe E. 4.3).

Massgebend für die Wahl der Sanktionsart sind grundsätzlich dieselben Kriterien, die Art. 41 MStG für die Strafzumessung aufstellt, namentlich ihre Zweckmässigkeit, ihre Auswirkungen auf den Täter und sein soziales Umfeld sowie ihre präventive Effizienz (zum Ganzen: BGE 144 IV 313 E. 1.1.1 S. 317 mit Hinweisen). Die Wahl der Sanktionsart und die Bestimmung des Strafmasses lassen sich nicht ohne weiteres trennen, sondern beeinflussen sich gegenseitig (BGE 120 IV 67 E. 2b mit Hinweisen). Auch für die Wahl der Sanktionsart steht dem Richter ein weiterer Spielraum des Ermessens zu. Die Berücksichtigung des Verschuldens bei der Bestimmung der Sanktionsart rechtfertigt nicht, dass zunächst eine Anzahl Strafeinheiten festgelegt wird, um diese anschliessend in Anzahl Tagessätze für die Geldstrafe oder in Tage, Monate oder Jahre für die Freiheitsstrafe zu übersetzen. Vielmehr muss das Gericht in einem ersten Schritt unter Berücksichtigung der Zweckmässigkeit, der Auswirkungen auf den Täter und dessen soziales Umfeld, ihre präventive Effizienz und des Verschuldens, was letztlich zumindest gedanklich den Mitseinbezug des möglichen Strafraums voraussetzt, die Sanktionsart bestimmen sowie die Strafhöhe festlegen (Urteil 6B_1308/2020 vom 5. Mai 2021 E. 3.2 mit Hinweis auf den im Zusammenhang mit der Gesamtstrafenbildung ergangenen BGE 144 IV 217 E. 3.5.3).

3.2 Das MAG 2 ist von einer Einsatzstrafe von "neun Monaten bzw. 270 Tagessätzen" ausgegangen (E. V/3.5). Es sah weder strafscharfende noch strafmildernde Umstände (E. V/4). Unter Berücksichtigung der Täterkomponente reduzierte es die Einsatzstrafe "auf 180 Tagessätze bzw. auf sechs Monate" (E. V/4.1). Alsdann prüfte es, welche Sanktionsart anzuwenden sei, und kam zum Schluss, dass vorliegend eine Geldstrafe auszusprechen und letztlich die vom Mil Ger 2 ausgesprochene Sanktion von 180 Tagessätzen Geldstrafe jedenfalls im Ergebnis nicht zu beanstanden sei (E. V/4.2). Unter Berücksichtigung des Einkommens von A. setzte es den Tagessatz, wie bereits das Mil Ger 2, auf Fr. 115.-- fest (E. V/5) und schob den Vollzug der Geldstrafe für die Dauer einer Probezeit von zwei Jahren auf (E. VI/1-3).

Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen ist das MAG 2, indem es zuerst Strafmass und erst danach die Sanktionsart festlegte, genau genommen methodisch nicht richtig

vorgegangen. Wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt, rechtfertigt es dieser Fehler jedoch nicht, das Urteil des MAG 2 aufzuheben.

4.

4.1

4.1.1 A. trat am 16. August 2010 in die Fremdenlegion ein, also vor Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 19. Juni 2015 (Änderungen des Sanktionenrechts; AS 2016 1249; BBl 2012 4721) am 1. Januar 2018. Seine Tat wird aber erst nach dessen Inkrafttreten beurteilt.

4.1.2 Gemäss Art. 2 Abs. 1 MStG findet das Gesetz nur auf jene Tatsachen Anwendung, die sich nach dessen Inkrafttreten zugetragen haben. Geht es hingegen um Tatsachen, die sich vor Inkrafttreten des Gesetzes zugetragen haben, erfolgt die Beurteilung aber erst nachher, so ist nach Art. 2 Abs. 2 MStG dasjenige Gesetz anzuwenden, das für den Täter das mildere ist. Daher ist grundsätzlich dasjenige Gesetz anzuwenden, das im Zeitpunkt der Tathandlung in Kraft war, es sei denn, das neue Gesetz sei für den Täter das günstigere. Das Bundesgesetz vom 19. Juni 2015 enthält keine von diesem Grundsatz abweichende Regelungen.

4.1.3 Das Delikt des Art. 94 MStG ist vollendet mit dem Eintritt in den fremden Dienst. Es ist kein Dauerdelikt, denn nur der Eintritt in fremden Militärdienst und nicht die Dienstleistung hängt vom Willen des Täters ab (MKGE 2 Nr. 22 E. D; Kühne, Fremder Militärdienst [Art. 94 MStG] beim Eintritt in eine bewaffnete nichtstaatliche Gruppierung oder terroristische Organisation, Masterarbeit MAS Forensics, Basel 2015, S. 24 [abrufbar unter: <https://www.unilu.ch/weiterbildung/rf/staatsanwaltsakademie-cas-forensics-ii/masterarbeiten-mas-forensics-5/>; zuletzt besucht am 22. Juni 2021]; Comtesse, Das Schweizerische Militärstrafgesetz, 1946, N. 4 zu Art. 94 MStG; Fenner, Der Tatbestand des Eintritts in fremden Militärdienst, Dissertation Zürich 1973, S. 63).

4.2

Ob das neue im Vergleich zum alten Gesetz milder ist, beurteilt sich nicht nach einer abstrakten Betrachtungsweise, sondern in Bezug auf den konkreten Fall (Grundsatz der konkreten Vergleichsmethode). Der Richter hat die Tat sowohl nach altem als auch nach neuem Recht (hypothetisch) zu prüfen und durch Vergleich der Ergebnisse festzustellen, nach welchem der beiden Rechte der Täter "besser" wegkommt (BGE 135 IV 113 E. 2.2; 134 IV 82 E. 6.2.1). Ausserdem können das alte und das neue Recht nicht kombiniert werden (BGE 134 IV 82 E. 6.2.3). So ist es unzulässig, anhand des alten Rechts die Strafbarkeit einer Tat zu beurteilen um anschliessend anhand des neuen Rechts zu bestimmen, wie der Täter bestraft werden soll. Führen das alte und das neue Recht zum gleichen Ergebnis, ist das alte Recht anwendbar (Urteil 6B_14/2007 vom 17. April 2007 E. 4.2 mit weiteren Hinweisen).

4.3

Nach dem bis am 31. Dezember 2017 geltenden Recht betrug die Geldstrafe höchstens 360 Tagessätze, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmte (aArt. 28 Abs. 1 MStG). In seiner ab dem 1. Januar 2018 geltenden Fassung sieht Art. 28 Abs. 1 MStG Geldstrafen

von mindestens drei und höchstens 180 Tagessätzen vor, wiederum, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt.

In der Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes (Änderungen des Sanktionenrechts) vom 4. April 2012 führt der Bundesrat zu Art. 34 StGB (und damit indirekt zu Art. 28 MStG) aus, es gehe darum, den Anwendungsbereich der Geldstrafe zu reduzieren und jenen der Freiheitsstrafe auszudehnen. So schreibt er, "die Beschränkung auf 180 Tagessätze [führe] aber auch zu einer generellen *Verschärfung* der Strafen" (Hervorhebung zugefügt), und ergänzt: "Soweit nämlich die Voraussetzungen für die Gewährung einer bedingten Strafe nicht erfüllt sind und das Verschulden eine Strafe von weniger als 180 Tagessätzen Geldstrafe nicht zulässt, kann das Gericht ausschliesslich eine unbedingte Freiheitsstrafe aussprechen." Daraus zieht der Bundesrat die Schlussfolgerung, dass "die Sanktionierung härter" werde (BBI 2012 4721, 4742 f.). Für die von dieser Änderung betroffenen Fälle war das bis am 31. Dezember 2017 geltende (Sanktionen-)Recht *milder* als das am 1. Januar 2018 in Kraft getretene, weil die Geldstrafe, die in die Vermögensrechte des Verurteilten eingreift, im Verhältnis zur Freiheitsstrafe stets als mildere Strafe zu gelten hat (BGE 144 IV 313 E. 1.1.1 S. 317; 144 IV 217 E. 3.3.3 S. 227 t.; 134 IV 97 E. 4.2.2).

4.4

Unzulässig wäre nach dem Gesagten, wenn das MAG 2 die Tagessätze nur deshalb auf 180 Tage reduziert hätte, weil das neue Recht keine höheren Geldstrafen mehr zulässt (vgl. zit. Urteil 68_1308/2020 E. 4.4). Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, ist das nicht der Fall.

5.

5.1 Straftatbestände können hinsichtlich Unrechtsgehalt und Rechtsschutzinteresse von sehr unterschiedlicher Bedeutung sein, selbst wenn sie mit derselben Strafe bedroht sind. Diese unterschiedliche Bedeutung von Delikten mit gleicher Strafandrohung muss das Gericht im Rahmen des Art. 41 MStG Rechnung tragen (MKGE 9 Nr. 5 E. 3). Gemäss ständiger Rechtsprechung bildet die Schwere des Verschuldens das zentrale Kriterium bei der Zumessung der Strafe.

5.2 Bei der Bestimmung der Strafe hat das Gericht die Umstände der Tat (sog. *Tatkomponenten*) zu beachten. Neben diesen auf die Tat bezogenen Faktoren sind auch täterbezogene Elemente (sog. *Täterkomponenten*) zu berücksichtigen. Diese Tat- und Täterkomponenten haben je eine objektive und eine subjektive Seite. Die subjektive Seite der Tatkomponenten und jene der Täterkomponenten weisen Berührungspunkte auf. Die einzelnen Momente sind gegeneinander abzuwägen, was auch zu einer Kompensation führen kann. Anerkanntermassen entzieht sich die Strafzumessung einer wissenschaftlich stringenten Theorie, die dem Gericht zuverlässige Hilfe und Kontrolle bietet (vgl. Wiprächtiger/Keller, in: Basler Kommentar Strafrecht 1, 4. Aufl. 2019, N. 7 zu Art. 47 StGB).

5.2.1 Zu den Tatkomponenten zählen die *Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts*, die *Verwerflichkeit des Handelns*, die *Beweggründe und Ziele des Täters* sowie die *inneren und äusseren Umstände*, welche bestimmen, wie weit der

Täter in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Art. 41 Abs. 2 MStG).

5.2.2 Das Gesetz fasst die Täterkomponenten unter den weiten Begriffen des *Vorlebens*, der *persönlichen Verhältnisse*, der *militärischen Führung* sowie die *Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters* zusammen (Art. 41 Abs. 1 MStG).

5.3 Verschuldens*mindernd* und damit straf*mildernd* ist sodann zu berücksichtigen, wenn der Täter aus achtenswerten Beweggründen, in schwerer Bedrängnis oder unter dem Eindruck einer schweren Drohung gehandelt hat, ebenso, wenn sein Handeln durch eine Person, der er Gehorsam schuldet oder von der er abhängig ist, veranlasst worden ist (Art. 42 lit. a MStG). Im gleichen Sinn ist von einem minderen Verschulden auszugehen, wenn der Täter durch das Verhalten der verletzten Person ernsthaft in Versuchung geführt worden ist (Art. 42 lit. b MStG), wenn er in einer heftigen Gemütsbewegung oder unter grosser seelischer Belastung gehandelt hat (Art. 42 lit. c MStG), wenn der Täter aufrichtige Reue betätigt, namentlich den Schaden, soweit es ihm zuzumuten war, ersetzt hat (Art. 42 lit. d MStG) oder wenn das Strafbedürfnis in Anbetracht der seit der Tat verstrichenen Zeit deutlich vermindert ist und der Täter sich in dieser Zeit wohl verhalten hat (Art. 42 lit. e MStG). Der Strafmilderungsgrund infolge langen Zeitablaufs im Sinn von Art. 42 lit. e MStG ist in jedem Fall zu berücksichtigen, wenn zwei Drittel der Verjährungsfrist verstrichen sind (siehe BGE 140 IV 145 E. 3.1 mit Hinweisen). Alsdann sieht das Gesetz weitere - hier allerdings nicht relevante - Strafmilderungsgründe vor, nämlich: Art. 12a Abs. 4 MStG (Begehung der Tat durch Unterlassung), Art. 16a Abs. 1 MStG (entschuld-bare Notwehr), Art. 17a Abs. 2 MStG (entschuldbarer Notstand), Art. 19 MStG (vermeid-barer Irrtum über die Rechtswidrigkeit), Art. 21 Abs. 1 MStG (Versuch), Art. 22 Abs. 1 MStG (Rücktritt) und Art. 24 MStG (Gehilfenschaft).

5.4 Es liegt im Ermessen des Sachgerichts, in welchem Umfang es die Strafzumessungs-faktoren berücksichtigt. Das Militärkassationsgericht (MKG) greift auf Beschwerde hin nur in die Strafzumessung ein, wenn die Vorinstanz den gesetzlichen Strafraumen über- oder unterschritten hat, wenn sie von rechtlich nicht massgeblichen Kriterien ausgegangen ist oder wesentliche Gesichtspunkte ausser Acht gelassen beziehungsweise in Überschrei-tung oder Missbrauch des Ermessens falsch gewichtet hat (MKGE 12 Nr. 20 E. 2; vgl. BGE 136 IV 55 E. 5.6 S. 61; 117 IV 112 E. 1 S. 114; je mit Hinweis). Soweit die Strafe innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens, gestützt auf alle wesentlichen Gesichtspunkte und im Rahmen des richterlichen Ermessens festgesetzt wurde, sind Unterschiede in der Strafzumessungspraxis innerhalb dieser Grenzen als Ausdruck unseres Rechtssystems hinzunehmen (vgl. BGE 135 IV 191 E. 3.1 mit Hinweisen; Urteil 68_846/2015 vom 31. März 2016 E. 2.2.5).

Die Erwägungen betreffend die Strafzumessung müssen nachvollziehbar sein und das Strafmass unter dem Gesichtspunkt der angegebenen Gründe plausibel erscheinen. Das Sachgericht soll die wesentlichen schuldrelevanten Tat- und Täterkomponenten so erör-tern, dass festgestellt werden kann, ob alle rechtlich massgebenden Gesichtspunkte be-rücksichtigt und wie sie gewichtet wurden. Die blossе Auflistung von Strafzumessungs-faktoren mit der anschliessenden Bemerkung, unter den gegebenen Umständen sei die ausgefällte Strafe angemessen, reicht nicht aus. Nur so kann das MKG prüfen, ob sich das Sachgericht zu zutreffenden oder unzutreffenden Gesichtspunkten hat leiten lassen

und ob es sich bei der Gewichtung der relevanten Faktoren im Rahmen seines Ermessens bewegt. Besonders hohe Anforderungen an die Begründung der Strafzumessung werden unter anderem dann gestellt, wenn die ausgesprochene Strafe ungewöhnlich bzw. auffallend milde ist (MKGE 12 Nr. 20 E. 2 mit Hinweisen).

6.

6.1 Der Tatbestand von Art. 94 Abs. 1 MStG hat mehrere Schutzobjekte. Zum einen geht es um den Schutz der Wehrkraft des Landes, zum anderen um die Neutralitätspolitik der Schweiz (zum Ganzen: MKGE 2 Nr. 43 E. A; MKGE 3 Nr. 21 E. E; Nr. 34 E. A; Popp, Kommentar zum Militärstrafgesetz, Besonderer Teil, 1992, N. 2 zu Art. 94 MStG; Hauri, Kommentar MStG, 1982, N. 3 zu Art. 94 MStG; Fenner, a.a.O., S. 46 f.). Schliesslich hat Art. 94 Abs. 1 MStG - wie das MAG 2 zutreffend erwägt - eine gesellschaftspolitische Dimension. Die Bedeutung eines Rechtsguts hängt von der Gesellschaftsstruktur und den jeweiligen Zeitströmungen ab (Fenner, S. 37).

6.1.1 Das Rechtsgut *Wehrkraft* kann in unterschiedlicher Intensität verletzt werden. Offensichtlich hat die Begehung des Delikts in Kriegszeiten und während eines Aktivdienstes ernstere Folgen als in Friedenszeiten (Fenner, S. 46), was der Gesetzgeber mit Art. 94 Abs. 4 MStG damit zum Ausdruck bringt, dass in Kriegszeiten auf Freiheitsstrafe (d.h. bis maximal 20 Jahre; Art. 34 Abs. 2 MStG) erkannt werden kann. Hingegen ist die Wehrkraft nicht in gleicher Weise betroffen, wenn ein in der Schweiz Dienstuntauglicher oder überhaupt von der Wehrpflicht Befreiter fremden Militärdienst im Sinn von Art. 94 Abs. 1 MStG leistet. Ausserdem hat das Rechtsgut *Wehrkraft* für die Schweiz insofern an Bedeutung verloren, als der Gesetzgeber den an sich dienstpflichtigen und -tauglichen Personen faktisch ihrem freien Entscheid überlässt, ob sie sich überhaupt an der (prospektiven) Verteidigung des Landes beteiligen oder einen Zivildienst leisten wollen (siehe Art. 1 Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den zivilen Ersatzdienst; Zivildienstgesetz, ZDG; SR 824.0). Dieser dient zivilen Zwecken und wird ausserhalb der Armee geleistet (Art. 2 Abs. 2 ZDG); er steht in keinem Zusammenhang mit der Wehrkraft des Landes.

6.1.2 Auch das Rechtsgut *Neutralitätspolitik* weist Nuancen auf. Es ist schwerer verletzt, wenn jemand in einem Land Militärdienst leistet, das der Schweiz feindlich gesinnt ist, wie dies beispielsweise während des Zweiten Weltkriegs bei Personen der Fall war, die freiwillig der deutschen Wehrmacht oder einer ihr unterstellten Organisation beitraten (vgl. MKGE 5 Nr. 31 betreffend die Mitwirkung beim Deutschen Roten Kreuz). Hart betroffen war die Neutralität der Schweiz im Zusammenhang mit dem Spanischen Bürgerkrieg, denn dort ging es letztlich darum, dass in Spanien kämpfende Schweizer einseitig für die eine der Bürgerkriegsparteien Stellung bezogen und sich damit letztlich in eine innerstaatliche Auseinandersetzung einmischten (vgl. MKGE 3 Nr. 34). Ebenso unmittelbar betroffen ist die Neutralitätspolitik der Schweiz, wenn ein Schweizer in einer fremden Armee an feindlichen Aktivitäten gegen ein Drittland teilnimmt oder teilzunehmen bereit ist, wie das beispielsweise - auch heute noch - beim Eintritt in den U.S.-amerikanischen Militärdienst der Fall ist (vgl. MKGE 6 Nr. 85). Demgegenüber wiegt der Gesichtspunkt der Neutralitätspolitik bei einer (blossen) Militärdienstleistung in einem mit der Schweiz befreundeten Land weniger schwer. Nicht unmittelbar betroffen ist die Neutralitätspolitik der Schweiz, wenn ein Schweizer in fremden Diensten an militärischen Handlungen in

einem Drittland teilnimmt, die gegen international als terroristisch anerkannte Organisationen gerichtet ist. Dies gilt erst recht, wenn das Drittland die fremde Militärmacht zur Intervention eingeladen hat.

6.1.3 Die *gesellschaftspolitische Dimension* beschlägt wiederum mehrere Aspekte: So ist zu vermeiden, dass auf ausländischen Kriegsschauplätzen Schweizer sich gegenseitig bekämpfen (MKGE 3 Nr. 21 E. E) oder dass verwundet oder krank Heimkehrende - wozu auch jene zählen, die sich nicht mehr in die zivile Ordnung einzufügen vermögen - der Öffentlichkeit zur Last fallen (Popp, a.a.O.; Fenner, a.a.O., S. 49).

6.2 Das MAG 2 hat das Verschulden von A. als "zwar nicht als leicht, aber insgesamt auch nicht geradezu schwerwiegend" qualifiziert.

Ganz im Sinn des Auditors hat es als erstes die Dauer des von A. in der Fremdenlegion geleisteten Dienstes berücksichtigt (Tatkomponente "Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts"). Sodann hat es festgestellt, er habe direkten Vorsatz gehabt und sei ohne jeden äusseren Zwang in die Fremdenlegion eingetreten (Tatkomponente, ob er "in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden"). Ferner berücksichtige das MAG 2, dass A. an Kampfhandlungen teilgenommen und sogar auf Menschen geschossen habe (Tatkomponente "Verwerflichkeit des Handelns"), und dass (blosse) Abenteuerlust Grund für den Dienst in einer fremden Armee gewesen sei (Tatkomponente "Beweggründe und Ziele des Täters"). Schliesslich hielt es fest, er habe, wiederum zur Befriedigung seiner Abenteuerlust, den Dienst bei der Fremdenlegion verlängert, damit er an Kampfhandlungen habe teilnehmen können. Gestützt auf diese Feststellungen hat das MAG 2 das Verschulden als "erheblich" bezeichnet.

6.3 Der Auditor wendet ein, das MAG 2 habe sein Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt, indem es mehrere Faktoren ausser Acht gelassen habe, welche das "erhebliche" Verschulden zu einem "schweren" Verschulden hätten werden lassen. Der Vorwurf ist unbegründet, denn das MAG 2 hat die vom Auditor aufgelisteten Faktoren (sechs Auslandeinsätze in Französisch-Guyana, in den Vereinigten Arabischen Emiraten, in Mali, in Niger und in Grönland; Wunsch und Absicht von A., im Rahmen seiner Söldnerdienste selber an bewaffneten Kriegseinsätzen teilzunehmen; er habe ohne jeglichen äusseren Zwang und ausschliesslich aufgrund seiner Wünsche gehandelt; es sei A. ohne Weiteres möglich gewesen, nach Ablauf des befristeten Vertrags in die Schweiz zurückzukehren; weder familiäre, soziale oder wirtschaftliche Gründe hätten für die Entscheidung von A. eine Rolle gespielt) allesamt in seine Strafzumessung einbezogen.

Damit kann es im Grunde genommen nur um die Frage gehen, ob das MAG 2 diese Faktoren richtig *gewichtet* hat. Weshalb das MAG 2 diese Faktoren anders hätte gewichten müssen, erklärt der Auditor indes nicht. Er beschränkt sich darauf, die hiavor diskutierten Strafzumessungsfaktoren aufzulisten und daraus den Schluss zu ziehen, das Verschulden sei nicht angemessen qualifiziert worden. Damit lässt sich keine rechtsfehlerhafte Ermessensausübung dartun.

6.4 Nicht einverstanden ist der Auditor sodann mit den Gründen bzw. deren Gewichtung, die nach Ansicht des MAG 2 die Tatkomponente "Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts" in einem anderen Licht erscheinen lassen und einem schwerwiegenden Verschulden entgegenstehen.

6.4.1 Entgegen der Auffassung des Auditors durfte das MAG 2 berücksichtigen, dass A. in seiner Einheit kaum Befehlsgewalt hatte, denn unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens spielt es durchaus eine Rolle, auf welcher militärischen Hierarchiestufe sich der Täter befindet bzw. ob dieser die militärischen Handlungen anordnet oder lediglich - aber immerhin - auf Befehl hin ausführt. Ebenso durfte das MAG 2 verschuldensmindernd berücksichtigen, dass es nur bei einem Teil der Einsätze um Kampfhandlungen gegangen ist, A. im Übrigen im Bereich Rettungssanität tätig gewesen ist; in der Tat ist nicht einsichtig und legt der Auditor nicht dar, weshalb der fremde Dienst für die Rettung von Leben und Verletzten gleich schwer wiegen soll wie eigentliche Kampfhandlungen. Daran ändert auch der Einwand des Auditors nichts, gemäss dessen eigenen Aussagen habe A. seinen Dienst nur verlängert, um doch noch an Kriegseinsätzen teilnehmen zu können, was nicht zu seinen Gunsten berücksichtigt werden dürfe. Unter dem Gesichtspunkt "Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts" kann es keine Rolle spielen, wie der Auditor vorträgt, dass A. "früher und häufiger an Kampfhandlungen teilgenommen [hätte], wenn man ihn denn bloss gelassen hätte", denn massgebend ist, was sich tatsächlich zugetragen hat.

6.4.2 Die weiteren Einwendungen des Auditors stehen im Zusammenhang mit der Schwere der Verletzung des Rechtsguts Neutralitätspolitik. Wie in E. 6.1 darlegt, sind die von Art. 94 MStG geschützten Rechtsgüter facettenreich, und kann der Eintritt in fremden Militärdienst je nach Konstellation in unterschiedlich intensiver Weise in das Rechtsgut Neutralitätspolitik eingreifen. Von einer einheitlichen Tatschwere, wovon der Auditor auszugehen scheint, kann keine Rede sein. In diesem Sinn durfte das MAG 2 prüfen, ob und inwiefern die Verletzung erheblich oder eben weniger erheblich ist. Insoweit ist an der Erwägung, A. habe für einen gezielten Einsatz gegen Schweizer Institutionen bzw. Angehörige der Schweiz nicht Hand geboten, womit sich ein Stück weit Gefährdungen für die schweizerische Unabhängigkeit und Neutralität entschärfen würden, nichts auszusetzen. Ebenso durfte das MAG 2 entgegen der Meinung des Auditors im Rahmen der Strafzumessung - anders als bei der Frage der Strafbarkeit - die politische Ausrichtung der fremden Organisation und deren kulturelle und historische Verbundenheit zur Schweiz würdigen. Nichts auszusetzen ist daher an der Überlegung, wonach die Einsätze in Regionen erfolgt seien, zu welchen die Schweiz weder wirtschaftlich, politisch noch gesellschaftlich einen engeren Bezug aufweise, und wonach der einzige Einsatz in Europa in Grönland als Rettungssanitäter im Rahmen einer nicht kriegerischen militärischen Expedition zum Testen von Material bei grosser Kälte stattgefunden habe. Gleiches gilt für den Umstand, dass die Fremdenlegion Teil der regulären französischen Armee und Frankreich ein mit der Schweiz befreundeter Staat ist. Nachvollziehbar erscheint auch die Erwägung, wonach Kämpfe für terroristisch oder fundamentalistisch eingestufte Gruppierungen im Nahen Osten schwerer wiegen würden als solche für die französische Fremdenlegion. Deshalb spielt es mit Blick auf die Gefahr und den Schaden für die schweizerische Neutralität entgegen der Ansicht des Auditors durchaus eine Rolle, ob A. anlässlich der Kriegseinsätze im Namen der französischen Fremdenlegion oder im Namen einer terroristischen Organisation auf Menschen geschossen hat. Schliesslich kann der Auditor dem Argument des MAG 2 nichts abgewinnen, wonach Gefährdungen der Neutralität

heute im Grundsatz nicht dieselbe Brisanz aufwiesen wie bei Erlass des geltenden Art. 94 Abs. 1 MStG am 21. Dezember 1950 zu Zeiten des kalten Krieges und relativ kurz nach dem Zweiten Weltkrieg, und er meint, es sei inhaltlich falsch. Hingegen bestreitet er nicht, dass die (gesamtgesellschaftliche) Einstellung zu bestimmten Rechtsgütern einer Wandlung unterzogen sein kann. Aus Sicht des MKG liegt es auf der Hand, dass sich die Bedeutung des Rechtsguts Neutralitätspolitik in den letzten sieben Jahren gewandelt hat und ihr heute nicht (mehr) die gleiche Bedeutung zukommt. Damit hat das MAG 2 sein Ermessen nicht überschritten, indem es dem Rechtsgut Neutralitätspolitik insgesamt eine im Verhältnis zum Kalten Krieg mindere Brisanz beigemessen hat.

6.4.3 Unter dem Aspekt der gesellschaftspolitischen Dimension hält das MAG 2 fest, A. sei nicht verwundet und ohne weiteres in der Lage, sich wieder in die zivile Ordnung einzufügen; er falle der Öffentlichkeit nicht zur Last. Zu diesen Überlegungen äussert sich der Auditor nicht.

6.5 Zusammengefasst hat das MAG 2 neben der Dauer des Dienstes die in der Schweizer Armee sowie im fremden Militärdienst eingenommene Stellung, die politische Ausrichtung der fremden Organisation und die Verbundenheit mit der Schweiz, die Gefahr eines Kampfes gegen andere Schweizer sowie im Allgemeinen die Beeinträchtigung der schweizerischen Neutralitätspolitik und die Gefährdung der schweizerischen Unabhängigkeit berücksichtigt. Damit ist es von den rechtlich massgebenden Kriterien ausgegangen und es hat diese nicht falsch gewichtet. Entgegen dem Vorwurf des Auditors ist die Beurteilung der Vorinstanz auch nach vollziehbar begründet (E. 5.4). Indem es das Verschulden von A. "zwar nicht als leicht, aber insgesamt auch nicht geradezu schwerwiegend" qualifiziert hat, bewegt es sich innerhalb des ihm zustehenden Ermessens; eine Verletzung des MStG liegt nicht vor.

7.

Vorliegend reicht der ordentliche Strafrahmen von einer Geldstrafe bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe (Art. 94 Abs. 1 MStG). Die vom MAG 2 unter Berücksichtigung der Tatschwere und des Täterschuldens als angemessen erachtete Einsatzstrafe von 270 Tagessätzen bzw. neun Monaten liegt im untersten Viertel dieses Strafrahmens.

7.1 Der Auditor wendet hauptsächlich ein, für die Festlegung der Einsatzstrafe sei die Dauer des in fremdem Militär geleisteten Dienstes massgebend. Das Mil Ger 2 habe die Praxis der Militärgerichte zur Strafzumessung beim Leisten von fremdem Militärdienst zutreffend zusammengefasst. Gemäss dieser werde in schweren Fällen des Leistens von fremdem Militärdienst - insbesondere bei Einsätzen in Kriegsgebieten - die geleistete Dienstdauer als Äquivalent für die Einsatzstrafe herangezogen. In weniger schweren Fällen sei eine angemessene Reduktion geboten. Diese bewährte Praxis, dass zumindest in schweren Fällen für die Strafzumessung primär auf die geleistete Dienstdauer abzustellen ist, sei sachgerecht. Es gebe keinen Grund, ohne Not davon abzuweichen.

Die Argumente des Auditors laufen insofern ins Leere, als das MAG 2 das Verschulden von A. nicht als schweren Fall gewürdigt hat, ohne dabei sein Ermessen überschritten zu haben (E. 6.5). Ausserdem widerspräche das vom Auditor vorgeschlagene Vorgehen methodisch den Grundsätzen der Strafzumessung, zumal erst die Würdigung der Tat-

und der Täterkomponenten insgesamt zur Festlegung einer Einsatzstrafe führt (siehe E. 5.2).

In diesem Sinn sind auch die in diesem Zusammenhang stehenden Erwägungen des MAG 2 nicht zu beanstanden, es erscheine zweifelhaft, ob sich aus den vom Mil Ger 2 zitierten Urteilen eine eigentliche Gerichtspraxis herauslesen lasse, wonach in schweren Fällen die geleistete Dienstdauer als Äquivalent für die Einsatzstrafe heranzuziehen sei, und weiter, in der höchstrichterlichen Rechtsprechung hätten diese Überlegungen jedenfalls in dieser Schemenhaftigkeit soweit ersichtlich nicht als gefestigte Rechtsprechung Niederschlag gefunden. So oder anders hätte eine allfällige Praxis lediglich - aber immerhin - Richtlinienfunktion und würde dem Gericht als Orientierungshilfe dienen, ohne es dabei zu binden und es daran zu hindern, eine schuldangemessene Strafe frei zu bilden und zu begründen (MKGE vom 13.6.1986 i.S. R. E. 4; vgl. Urteil 68_510/2019 vom 8. August 2019 E. 4.3 mit Hinweisen).

7.2 Ferner wendet der Auditor ein, wenn das MAG 2 auf eine Einsatzstrafe von neun Monaten bzw. 270 Tagessätzen erkannt und dadurch den Strafraumen lediglich zu 25 % ausgeschöpft habe, habe es das A. angelastete Verschulden entgegen seinen eigenen Ausführungen faktisch als leicht qualifiziert, ansonsten es eine deutlich höhere Strafe hätte ausfallen müssen. Dieser Rückschluss ist nicht zulässig, denn entgegen der implizierten Auffassung des Auditors ist die Strafe auch bei einem nicht als leicht, aber auch nicht als geradezu schwerwiegend eingestuften Tatverschulden (vgl. E. 6) nicht zwingend im mittleren oder oberen Bereich des vorgesehenen Strafraumens festzusetzen (vgl. Urteil 68_156/2011 vom 17. Oktober 2011 E. 2.4 mit Hinweisen). Eine Ermessensüberschreitung liegt nicht vor.

8.

Das MAG 2 hat die - als strafgesetzkonform erkannte (E. 7) - Einsatzstrafe im Wesentlichen gestützt auf die Selbstanzeige um einen Drittel reduziert.

8.1 Nach der Rechtsprechung kann das Geständnis als Anwendungsfall von Art. 42 lit. d MStG (E. 5.3) verschuldensmindernd und damit strafmildernd berücksichtigt werden. In welchem Mass ein solches Geständnis sich strafmildernd auswirkt, hängt freilich von den Umständen ab, unter denen es erfolgt ist. Um strafmildernd berücksichtigt zu werden, muss das Geständnis die Strafverfolgung erleichtert haben und darf die beschuldigte Person nicht nur aufgrund einer erdrückenden Beweislage geständig geworden sein (vgl. Urteil 68_1059/2019 vom 10. November 2020 E. 5.6). In BGE 121 IV 202 E. 2d erwog das Bundesgericht, dass wegen des kooperativen Verhaltens des Angeschuldigten bei der Aufklärung der Straftaten sowie dessen Einsicht und Reue eine Strafreduktion von *einem Fünftel* bis zu *einem Drittel* als angemessen erscheine. Es hob indessen hervor, dass es sich im konkreten Fall insofern um ein besonderes Geständnis gehandelt habe, als der Angeschuldigte die Straftaten von sich aus gestanden habe, ohne grösseren Vorbehalten ausgesetzt gewesen zu sein; er habe die Straftaten offengelegt, die ihm und anderen Delinquenten nicht hätten nachgewiesen werden können; er sei trotz massiven Drohungen gegen sich und seine Familie bei seinen Aussagen geblieben; er habe deutlich Einsicht und Reue gezeigt und den Eindruck eines Menschen gemacht, der eine klare Kehrtwende vollzogen habe.

8.2 Mit dem Auditor ist festzustellen, dass A. weder Einsicht noch Reue gezeigt hat, was gegen eine wesentliche Strafmilderung spricht. Soweit sich der Auditor auf die hiervor dargelegte Rechtsprechung zur Berücksichtigung von Geständnissen bezieht, ist indessen Folgendes festzuhalten: Ein Geständnis erfolgt in aller Regel erst, nachdem bereits ein Strafverfahren eröffnet und der Betroffene von den Strafbehörden mit Anschuldigungen konfrontiert worden ist. Demgegenüber löst eine Selbstanzeige ein Strafverfahren überhaupt erst aus. Insofern handelt es sich bei der Selbstanzeige um eine qualifizierte Form des Geständnisses, welcher insofern - wovon das MAG 2 zutreffend ausgeht - ein über ein blosses Geständnis hinausgehendes Gewicht beigemessen werden kann. Der Selbstanzeige kommt eine noch weitergehende Bedeutung zu, wenn die Straftat ohne Selbstanzeige - wie hier und was auch der Auditor nicht bestreitet - aller Wahrscheinlichkeit nach unentdeckt und damit ungesühnt geblieben wäre. Zwar unterscheidet sich die vorliegende Ausgangslage von jener, in welcher das Bundesgericht eine Reduktion um einen Fünftel bis zu einem Drittel als gerechtfertigt er achtet hat. Trotzdem durfte das MAG 2 der Selbstanzeige ein erheblich schuldminderndes Gewicht zumessen, und mit der Senkung der Einsatzstrafe um einen Drittel hat es sein Ermessen nicht überschritten.

8.3 A. hält in seiner Beschwerdeantwort eine Reduktion der Strafe um 50 % für gerechtfertigt, wobei auch zu berücksichtigen sei, dass der Entscheid für den Eintritt in die französische Fremdenlegion "bereits Jahre zurückliege". Wie es sich damit verhält, kann offenbleiben, zumal A. das Urteil des MAG 2 selber nicht mit Kassationsbeschwerde beim Militärkassationsgericht angefochten hat und das Verfahren vor diesem kein Anschlussbeschwerderecht kennt (statt zahlreicher MKGE 9 Nr. 2 und 58).

Der Vollständigkeit halber ist immerhin auf den folgenden Umstand hinzuweisen, angesichts dessen die vom MAG 2 ausgefallte Strafe jedenfalls im Ergebnis als nicht zu tief erscheint: Die Verjährung beginnt mit dem Tag, an dem der Täter die strafbare Tätigkeit ausführt (Art. 56 lit. a MStG), bei Art. 94 Abs. 1 MStG also mit dem Eintritt in den fremden Dienst (MKGE 2 Nr. 22 E. E). A. ist am 16. August 2010 in die französische Fremdenlegion eingetreten. Im Jahr 2010 galt für Art. 94 Abs. 1 MStG noch eine Verfolgungsverjährungsfrist von sieben Jahren (aArt. 55 Abs. 1 lit. c MStG). Damit war diese Tat zum Zeitpunkt des erstinstanzlichen Ur teil vom 5. November 2019 bereits verjährt. Dies gilt jedoch nicht für die Verlängerung des Engagements bei der Fremdenlegion ab dem 16. August 2015. Gemäss MKGE 2 Nr. 43 steht die Erneuerung des Engagements in einer fremden Armee rechtlich gesehen dem erstmaligen Eintritt gleich.

9.

Der Auditor führt in seiner Beschwerde keine Gründe an, weshalb die gewählte Sanktionsform für den nun eingetretenen Fall, dass das Strafmass insgesamt vor dem MStG standhält, nicht angemessen sein soll, und er macht nicht geltend, dass stattdessen auf eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten hätte erkannt werden müssen. Es sind denn auch keine Gründe erkennbar, dass eine Freiheitsstrafe erforderlich wäre, um die öffentliche Sicherheit zu gewährleisten (E. 3.1).

Damit hat es mit der Geldstrafe sein Bewenden. Dasselbe gilt hinsichtlich des Tagessatzes von Fr. 115.-- und des bedingten Strafvollzugs.

10.

Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen ist das Vorliegen eines Kassationsgrunds nach Art. 185 Abs. 1 lit. d MStP zu verneinen und die Kassationsbeschwerde folglich abzuweisen. Bei diesem Ergebnis trägt der Bund die Gerichtskosten (Art. 193 i.V.m. Art. 183 Abs. 1 Satz 2 MStP).

(917, 18. Juni 2021, Auditor gegen Militärappellationsgericht 2)

34

Art. 143 Abs. 1, Art. 181 Abs. 3 sowie Art. 185 Abs. 1 Bst. d und f MStP; Zuständigkeit der Militärjustiz bei Angehörigen des Grenzwachtkorps, Versuchte Tötung, Eventualvorsatz, Rechtfertigung, Kassationsgründe der willkürlichen Sachverhaltsfeststellung und der Verletzung des Strafgesetzes (Kassationsbeschwerde)

Für die Zuständigkeit der Militärjustiz ist bei der gegenwärtigen Gesetzeslage an jene Funktionen anzuknüpfen, die unter den gesetzlichen Begriff des «Grenzwachtkorps» nach Art. 3 Abs. 1 Ziff. 6 MStG fallen. Amtsinterne Reorganisationen und Umbenennungen vermögen die von Gesetz- und Verordnungsgeber geschaffenen Zuständigkeiten so lange nicht zu ändern, als nicht ein modifiziertes Gesetz in Kraft getreten ist (E. 1b). Abgabe von fünf Schüssen aus einer kurzen Distanz durch einen Angehörigen des Grenzwachtkorps auf ein sich entfernendes Fahrzeug mit der Absicht, dieses zu stoppen. Unter den vorliegenden Umständen musste sich dem Angeklagten eine tödliche Verletzung des Fahrzeuglenkers als so wahrscheinlich aufdrängen, dass sein Handeln vernünftigerweise nicht anders denn als Inkaufnahme dieses Erfolges ausgelegt werden kann (Art. 13 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Art. 115 MStG; E. 4e/ee). Art. 143 Abs. 1 MStP, wonach das Gericht die Hauptverhandlung unter anderem zur Ergänzung der Anklageschrift unterbrechen oder verschieben kann, gilt im Verfahren vor dem Militärappellationsgericht nicht (Art. 181 Abs. 3 MStP; Bestätigung der Rechtsprechung; E. 5b). Fehlende Rechtfertigung nach Art. 15 MStG, zumal der Einsatz der Schusswaffe ein ungeeignetes und damit unverhältnismässiges Mittel war, um das sich entfernende Fahrzeug zu stoppen (E. 6).

Art. 3 al. 1 ch. 6, art. 13 al. 2, art. 15 et art. 115 CPM ; art. 143 al. 1, art. 181 al. 3 et art. 185 al. 1 let. d et f PPM ; compétence de la justice militaire concernant les membres du Corps des gardes-frontière, tentative de meurtre, dol éventuel, fait justificatif, motifs de cassation de la constatation arbitraire des faits et de la violation de la loi pénale (pourvoi en cassation)

En l'état de la législation, la compétence de la justice militaire concerne toutes les fonctions qui ont trait à la notion de « corps des gardes-frontière » au sens de l'art. 3 al. 1 ch. 6 CPM. Des réorganisations internes ou autres modifications de dénomination demeurent sans effet sur les règles de compétence établies par le législateur, tant et aussi longtemps qu'une modification législative n'est pas entrée en vigueur (consid. 1b). Tir de cinq coups de feu à courte distance par un membre du Corps des gardes-frontière sur un véhicule prenant la fuite, dans l'intention de le stopper. Dans les circonstances de l'espèce, l'accusé devait tenir l'éventualité d'une blessure mortelle du conducteur pour si vraisemblable que son comportement ne peut raisonnablement être interprété que comme l'acceptation d'un tel résultat (art. 13 al. 2 2ème phrase *cum* art. 115 CPM ; consid. 4e/ee). L'art. 143 al. 1 CPM, en vertu duquel le tribunal peut interrompre ou ajourner les débats notamment en vue d'un complément de l'acte d'accusation ne s'applique pas durant la procédure devant le tribunal militaire d'appel (art. 181 al. 3 PPM ; confirmation de la jurisprudence ; consid. 5b). Absence de fait justificatif sous l'angle de l'art. 15 CPM dans le cadre de l'utilisation d'une arme à feu, en particulier lorsque l'usage d'une telle arme représente un

moyen inadéquat et ainsi disproportionné pour stopper un véhicule prenant la fuite (consid. 6).

Art. 3 cpv. 1 cifra 6, art. 13 cpv. 2, art. 15 e art. 115 CPM; art. 143 cpv. 1, art. 181 cpv. 3 e art. 185 cpv. 1 lett. d e f PPM; competenza della giustizia militare concernente i membri del Corpo delle guardie di confine, tentato omicidio, dolo eventuale, motivi giustificativi, motivi di cassazione dati dalla constatazione arbitraria dei fatti e dalla violazione della legge penale (ricorso per cassazione)

Conformemente alla legislazione in vigore la competenza della giustizia militare concerne tutte le funzioni che rientrano nella nozione di «Corpo delle guardie di confine» ai sensi dell'art. 3 cpv. 1 cifra 6 CPM. Delle riorganizzazioni interne o altre modifiche della nomenclatura non hanno effetto sulle regole di competenza stabilite dal legislatore, almeno fino a quando una modifica legislativa non sarà entrata in vigore (consid. 1b). Sparo di cinque colpi da breve distanza da parte di un membro del Corpo delle guardie di confine contro un veicolo in fuga nell'intento di fermarlo. Nelle circostanze concrete, l'accusato doveva tener conto dell'eventualità verosimile di ferire mortalmente il conducente, per cui suo comportamento deve essere interpretato come accettazione di tale risultato (art. 13 cpv. 3 2^a frase *cum* art. 115 CPM; consid. 4e/ee). L'art. 143 cpv. 1 CPM, in virtù del quale il tribunale può interrompere o aggiornare i dibattimenti in particolare in previsione di un completamento dell'atto d'accusa non si applica durante la procedura davanti al tribunale militare d'appello (art. 181 cpv. 3 PPM; conferma della giurisprudenza; consid. 5b). Assenza di un fatto giustificativo ai sensi dell'art. 15 CPM per l'uso dell'arma da fuoco, in particolare quando l'uso di una tale arma rappresenta un mezzo inadeguato e quindi sproporzionato per fermare un veicolo in fuga.

Aus dem Sachverhalt:

A.

Am 19. November 2012 befanden sich der Angeklagte und B. im Rahmen ihrer Frühschicht mit ihrem zivilen Dienstfahrzeug auf einem öffentlichen Parkplatz auf der Passhöhe Zurzacherberg, Gemeinde Tegerfelden, und beobachteten den Verkehr in der Absicht, vorbeifahrende Fahrzeuge zu selektionieren und an geeigneter Stelle anzuhalten.

Um ca. 9:35 Uhr fuhr C. (nachfolgend: Privatkläger) mit einem VW Passat mit dem Kennzeichen (...) von Tegerfelden her kommend in Richtung Bad Zurzach. Der Angeklagte und sein Beifahrer entschlossen sich, das Fahrzeug einer Routinekontrolle zu unterziehen. Nach dem Ortseingang Bad Zurzach konnten sie zu dem bis zu diesem Zeitpunkt korrekt fahrenden Privatkläger aufschliessen, worauf der Angeklagte und sein Beifahrer mit dem am zivilen Patrouillenfahrzeug angebrachten Haltezeichen «STOP GWK» auf sich aufmerksam zu machen versuchten. Nachdem der Privatkläger, als er diese Aufforderung bemerkte, nicht anhielt, sondern sein Fahrzeug beschleunigte, entwickelte sich eine Verfolgungsjagd, welche von Bad Zurzach über Kaiserstuhl, Weiach und Glattfelden auf die Autobahn A 50 Richtung Bülach führte. Dabei gelang es dem Privatkläger nach Kaiserstuhl zwischenzeitlich, seine mit Blaulicht fahrenden Verfolger abzuhängen.

Auf der A 50 benutzte der Privatkläger zunächst den Normalstreifen, weil die Überholspur aufgrund einer Baustelle gesperrt war. Nachdem er aufgrund des einspurigen Kolonnenverkehrs nicht mehr weiter beschleunigen konnte, konnten der Angeklagte und sein Beifahrer zu ihm aufschliessen. Daraufhin durchfuhr der Privatkläger die Baustellenabschrankung, fuhr auf den gesperrten Überholstreifen und beschleunigte dort erneut. Der Angeklagte und sein Beifahrer folgten dem Privatkläger parallel auf der Normalspur. Bei Kilometer 6.1, Gemeindegebiet Zweidlen, endete die vom Privatkläger benützte Fahrspur, worauf dieser sein Fahrzeug um 9:47 Uhr anhielt.

Der Angeklagte stoppte das Patrouillenfahrzeug daraufhin leicht hinter dem Fahrzeug des Privatklägers auf der Normalspur. Danach stiegen der Angeklagte und sein Beifahrer mit gezogenen Dienstwaffen aus ihrem Fahrzeug. B. lief vorne um das Dienstfahrzeug herum und näherte sich dem Fahrzeug des Privatklägers von vorne rechts, wobei er seine Dienstwaffe im Anschlag hielt und «Halt, Hände zeigen!» rief. Der Angeklagte seinerseits stieg gleichzeitig über die Absperrung, welche die Normalspur von der Überholspur trennte, und positionierte sich in kurzer Distanz neben dem rechten Hinterrad des Fahrzeugs des Privatklägers, wobei er seine Dienstwaffe im Anschlag hielt.

Unmittelbar nachdem sich der Angeklagte in Position gebracht hatte, beschleunigte der Privatkläger sein Fahrzeug im Rückwärtsgang und begann, sich in hohem Tempo vom Angeklagten zu entfernen. Als dieser realisierte, dass der Privatkläger sein Fahrzeug in Bewegung setzte, gab er mit seiner Dienstwaffe in kurzer Abfolge aus einer Distanz von ca. 40 cm bis max. ca. 6.5 Meter fünf Schüsse auf das rückwärtsfahrende Fahrzeug ab. Diese trafen das Fahrzeug an verschiedenen Stellen, der zweite oder dritte Schuss traf den Privatkläger von vorne kommend in seinem rechten Oberarm. Die dadurch erlittene Durchschussverletzung (Durchschuss durch M. trizeps brachii RQW frontal links) zog eine stationäre Behandlung von drei Tagen nach sich. Der Privatkläger fuhr trotz erfolgter Schussabgaben und erlittener Verletzung weiter rückwärts im Baustellenbereich, woraufhin der Angeklagte und sein Beifahrer den Sichtkontakt verloren und die Nacheile kurz darauf abbrachen. (...)

Aus den Erwägungen:

1. (...)

b) Von der oben erwähnten Frage zu unterscheiden ist, ob der Angeklagte überhaupt dem Militärstrafrecht und damit der Militärgerichtsbarkeit untersteht, was als gleichsam erste Prozessvoraussetzung ebenfalls von Amtes wegen zu prüfen ist. Das Militärgericht 2 (Mil Ger 2) hat in seinem Urteil vom 16. April 2019 zu dieser Frage festgehalten, der Angeklagte unterstehe als Angehöriger des Grenzwachtkorps (GWK) gemäss Art. 3 Abs. 1 Ziff. 6 des Militärstrafgesetzes vom 13. Juni 1927 (MStG; SR 321.0) dem Militärstrafrecht und gemäss Art. 218 Abs. 1 MStG der Militärgerichtsbarkeit. Es hat seine Zuständigkeit entsprechend bejaht (Art. 26 Abs. 1 des Militärstraßprozesses vom 23. März 1979 [MStP; SR 322.1]) i.V.m. Art. 19 Abs. 1 Bst. b der Verordnung vom 22. November 2017 über die Militärjustiz [MJV; SR 516.41]) und darauf hingewiesen, dass die Zuständigkeit

auch von keiner der Parteien bestritten sei (Urteil Mil Ger 2 I/2). Das Militärappellationsgericht 2 (MAG 2) hat die Zuständigkeit der Militärjustiz in seinem Urteil vom 23. November 2020 ebenfalls bejaht (Urteil MAG 2 Rz. 5).

Das GWK ist gemäss gesetzlicher Definition ein bewaffneter und uniformierter Verband (Art. 91 Abs. 2 des Zollgesetzes vom 18. März 2005 [ZG; SR 631.0]). Dieser Verband existiert aufgrund einer internen Reorganisation der Zollverwaltung seit dem 1. Januar 2021 nicht mehr als selbständiger, unmittelbar dem Amtsdirektor unterstellter Bereich; aufgelöst wurden auch die in Art. 221e der Zollverordnung vom 1. November 2006 (ZV; SR 631.01) vorgesehenen und in Art. 29 der Zollverordnung EFD vom 4. April 2007 (ZV-EFD; SR 631.011) definierten Grenzwachregionen (<https://www.ezv.admin.ch/ezv/de/home/die-ezv/organisation/operationen.html>); die bis dahin bestehenden Einheiten Zoll und Grenzwachkorps wurden in den «Direktionsbereich Operationen» zusammengeführt (<https://www.ezv.admin.ch/dam/ezv/de/dokumente/stab/Geschaeftsleitung/Organigramm%20Internet%20v1.3-DE.pdf.download.pdf/Organigramm%20EZV.pdf>).

An die Zugehörigkeit zum GWK knüpfen zahlreiche Bestimmungen des geltenden Rechts an, unter anderem die Bestimmung von Art. 3 Abs. 1 Ziff. 6 MStG über die Zuständigkeit sowie die Bestimmung von Art. 232 ZV über die Zulässigkeit des Einsatzes der Schusswaffe. Wohl lässt sich dem öffentlich zugänglichen Organigramm entnehmen, dass sich der erwähnte Direktionsbereich seinerseits aus Zoll und GWK zusammensetzt; zudem ergibt sich aus der Webseite der Eidgenössischen Zollverwaltung (EZV), dass die neu geschaffenen Regionen auch die Grenzwachregionen umfassen. Es versteht sich allerdings von selbst, dass amtsinterne Reorganisationen und Umbenennungen die von Gesetz- und Verordnungsgeber geschaffenen Strukturen und Zuständigkeiten so lange nicht zu ändern vermögen, als nicht ein modifiziertes Gesetz in Kraft getreten ist. Wie sicherzustellen ist, dass ab dem 1. Januar 2021 die weiterhin der Militärgerichtsbarkeit unterstehenden Angehörigen des GWK von zivilen, wenngleich gegebenenfalls ebenfalls bewaffneten Angehörigen der Zollverwaltung (Art. 228 ZV) unterschieden werden können, ist nicht vom Militärkassationsgericht abstrakt zu diskutieren; dasselbe gilt für die Frage, wie Anstände über die Zuständigkeit zu entscheiden sind (Art. 223 Abs. 1 MStG). Für die Zuständigkeit der Militärjustiz ist bei der gegenwärtigen Gesetzeslage an jene Funktionen anzuknüpfen, die unter den gesetzlichen Begriff des «Grenzwachkorps» fallen. Festzuhalten bleibt daher einzig, dass die Zuständigkeit der Militärgerichtsbarkeit für den vorliegenden Fall weiterhin gegeben ist.

4. (...)

b) Vorsätzlich begeht ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt. Vorsätzlich handelt bereits, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt (Art. 13 Abs. 2 MStG; Eventualvorsatz). Nach ständiger Rechtsprechung darf das Gericht vom Wissen des Täters auf den Willen schliessen, wenn sich dem Täter der Eintritt des Erfolgs als so wahrscheinlich aufdrängte, dass die Bereitschaft, ihn als Folge hinzunehmen, vernünftigerweise nur als Inkaufnahme des Erfolgs ausgelegt werden kann (BGE 137 IV 1 E. 4.2.3).

Vor diesem Hintergrund – und mit Blick auf die mitunter schwierige Abgrenzung der einzelnen Kassationsgründe (E. 2f) – ist zu prüfen, ob das MAG 2 den Sachverhalt willkürfrei

erstellt und basierend darauf das Vorliegen eines auf Tötung gerichteten Eventualvorsatzes zutreffend verneint hat. (...)

e) bb) Was den äusseren Sachverhalt anbelangt, ist aufgrund des Gutachtens des Forensischen Instituts Zürich (FOR) erstellt, wo die vom Angeklagten abgegebenen Schüsse in das Fahrzeug eingedrungen sind: Der erste Schuss durchschlug aus einer Distanz von ca. 40 cm die C-Säule, d.h. die Verbindung zwischen Fahrzeugdach und Kotflügeln am Fahrzeugheck, auf der rechten Seite des Fahrzeugs. Das Projektil befand sich am Ende in der hinteren Seitentüre links (Nr. 1). Die zweite Schussabgabe erfolgte als Durchschuss aus einer Distanz von ca. 70 cm durch das Seitenfenster rechts vorne und mutmasslich auch durch den Oberarm des Privatklägers, wobei das Projektil auf dem hinteren linken Sitz zu liegen kam (Nr. 2). Beim dritten Schuss handelt es sich um einen Durchschuss aus einer Distanz von ca. 90 cm durch den rechten Seitenspiegel und durch Reste des Seitenfensters. Das Projektil blieb in der Verkleidung beim Radkasten bzw. der Seitentüre links stecken (Nr. 3). Der vierte Schuss durchschlug aus einer Distanz von ca. 2.6 m die Kühlerhaube. Das Projektil wurde im Batteriekasten aufgefunden (Nr. 4). Die letzte Schussabgabe erfolgte aus einer Distanz von ca. 6.5 m. Das Projektil durchschlug die Windschutzscheibe sowie die Sonnenblende des Beifahrers und steckte in der Kopfstütze des Beifahrersitzes (Nr. 5; Urteil Mil Ger 2 II/7; das MAG 2 nimmt diese Erkenntnisse nur rudimentär in Rz. 30 seiner Urteilsbegründung auf).

cc) Das MAG 2 stellt diese gutachterliche Feststellung zu Recht nicht in Frage. Es beanstandet aber insbesondere, dass das Gutachten «Vorgeschichte, Dynamik und Bedrohungslage» unberücksichtigt lasse (Urteil MAG 2 Rz. 34). Dies trifft zwar zu, der dem FOR erteilte Gutachtensauftrag vom 20. Juni 2017 thematisiert diese Fragen für den abzuklärenden Sachverhalt aber zu Recht nicht (Akten Mil Ger 2 pag. 825). Aufgabe des technischen Gutachtens ist es, einen Beitrag zur Erstellung des rechtserheblichen Sachverhalts und damit zur Aufklärung des Geschehenen zu leisten und nicht, zu ergründen, was der Angeklagte gewusst und gewollt hat.

Mit Blick auf die für die Beantwortung der Rechtsfrage nach Vorliegen eines Eventualvorsatzes notwendige Sachverhaltsabklärung betreffend Wissen und Willen (E. 2f) kommt das MAG 2 aufgrund der von ihm als glaubhaft erachteten Aussagen des Angeklagten zum Schluss, dieser habe tatsächlich auf den rechten Hinterreifen zielen wollen. Gestützt auf die Unschuldsvermutung (in dubio pro reo) könne nicht angenommen werden, der Angeklagte habe auf das Fahrzeuginnere zielen wollen. Daran ändere auch das Gutachten des FOR nichts.

dd) Auch wenn es dem MAG 2 als zweite Vollinstanz ohne weiteres zusteht, zu anderen Schlüssen als das Mil Ger 2 zu kommen (E. 2a), müssen diese der – beim Kassationsgrund der willkürlichen Sachverhaltsfeststellung nach Art. 185 Abs. 1 Bst. f MStP beschränkten – Überprüfung durch das Militärkassationsgericht standhalten (E. 2e).

Mit dem Mil Ger 2 hält auch das Militärkassationsgericht das Gutachten des FOR für schlüssig und widerspruchsfrei begründet. Erstellt ist, dass der Angeklagte aus nächster Nähe fünf Schüsse auf ein schnell rückwärtsfahrendes Fahrzeug abgegeben hat. Aus dem Schussbild ergibt sich, dass der Angeklagte zumindest bei den Schüssen Nr. 2, 3

und 5 und – im Lichte des sich entfernenden Ziels – wohl auch bei Schuss Nr. 4 die Waffe auf das Fahrzeuginnere gerichtet hat. Angesichts dessen stehen die Schlussfolgerungen des MAG 2, der Angeklagte habe ausschliesslich auf den rechten Hinterreifen zielen wollen, im Widerspruch zu den gutachterlichen Sachverhaltsfeststellungen. Zwar hat sich der Angeklagte zweifellos in einer Stresssituation befunden. Er ist aber ein ausgebildeter Schütze im Rang eines Unteroffiziers, so dass nicht ernsthaft davon ausgegangen werden kann, er sei aus nächster Nähe nicht in der Lage, ein gewolltes Ziel zu avisieren.

Aufgrund der Akten kann vielmehr als erstellt gelten, dass der Angeklagte seine Waffe – zumindest bei den Schüssen Nr. 2, 3 und 5 – auf das Fahrzeuginnere richtete. Die Abgabe von Schüssen aus nächster Nähe auf das sich rasch entfernende Fahrzeug war bei dieser Ausgangslage mit der hohen Wahrscheinlichkeit verbunden, den Fahrzeuglenker lebensgefährlich zu treffen. Dies musste dem Angeklagten bewusst gewesen sein. Die Beweiswürdigung der Vorinstanz ist demzufolge sowohl in der Begründung als auch im Ergebnis unhaltbar. Es ist folglich das Vorliegen des Kassationsgrundes nach Art. 185 Abs. 1 Bst. f MStP zu bejahen.

ee) Dies hat wiederum Auswirkungen auf die rechtliche Würdigung: Mit dem Mil Ger 2 ist davon auszugehen, dass eine Person, die aus einer kurzen Distanz fünf Mal auf ein sich entfernendes Fahrzeug schießt mit der Absicht, dieses um jeden Preis zu stoppen, und dabei die Waffe auf das Fahrzeuginnere richtet, der Eintritt des tatbestandsmässigen Erfolges – der Tötung des Fahrzeuglenkers – sich als so wahrscheinlich aufdrängen muss, dass ihr Handeln vernünftigerweise nicht anders denn als Inkaufnahme dieses Erfolges ausgelegt werden kann (E. 4b). Indem der Angeklagte unter den gegebenen Umständen trotz der hohen Wahrscheinlichkeit, den Fahrzeuglenker lebensgefährlich zu treffen, fünf Schüsse auf das Fahrzeug abgab, musste er eine allfällige Todesfolge in Kauf nehmen. Die Eventualvorsatz verneinende gegenteilige Auffassung des MAG 2 hält nicht stand. Es liegt somit auch der Kassationsgrund der Verletzung des Strafgesetzes nach Art. 185 Abs. 1 Bst. d MStP vor.

5.

a) Angesichts der in E. 4 gezogenen Schlussfolgerungen braucht auf die Frage, ob in der Anklage auf versuchte (eventualvorsätzliche) Tötung auch die vollendete (eventualvorsätzliche) Körperverletzung als mitenthalten gelten kann, an sich nicht eingegangen zu werden. Angemerkt sei aber immerhin Folgendes: Nach dem Wortlaut von Art. 115 Bst. b MStP hat die Anklageschrift dem Angeklagten die gesetzlichen Merkmale der ihm zur Last gelegten Tat, also die Elemente des historischen Vorgangs, vorzuhalten (Anklagegrundsatz). Dabei müssen die dem Angeklagten zur Last gelegten Delikte sachverhältnissmässig so präzise umschrieben sein, dass die Vorwürfe objektiv wie subjektiv genügend konkretisiert sind (MKGE 13 Nr. 40 E. 4b). Der Vorwurf der vollendeten (eventualvorsätzlichen) Körperverletzung kann als von der Anklage (und dem Antrag des Auditors an Schranken des Mil Ger 2) ohne weiteres mit erfasst gelten. Das MAG 2 hat sodann anlässlich der von ihm am 23. November 2020 durchgeführten Hauptverhandlung den Parteien mitgeteilt, dass Gericht behalte sich vor, den Sachverhalt unter dem Titel der Körperverletzung zu würdigen (vgl. für das zivile Strafverfahren Art. 344 der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 [StPO; SR 312.0]) und dem Angeklagten so das rechtliche Gehör gewährt (act. MAG 2 pag. 106).

b) Nicht weiter einzugehen wäre damit auch auf die unter Anrufung des Kassationsgrundes von Art. 185 Abs. 1 Bst. c MStP (wesentlicher Verfahrensfehler) erhobene Rüge des Auditors, das MAG 2 habe in Verletzung einer wesentlichen Verfahrensvorschrift den von ihm anlässlich der Hauptverhandlung vor dem MAG 2 gestellten Antrag abgelehnt, eine auf fahrlässige Körperverletzung im Sinne von Art. 124 MStG lautende Eventualanklage einzureichen (Kassationsbeschwerde Auditor Rz. 31 ff.). Der Auditor übersieht, dass sich das Militärkassationsgericht zu dieser Thematik unter anderem in MKGE 13 Nr. 40 geäussert hat. Es hält darin in Zusammenhang mit Mängeln in der Anklageschrift fest, dass im erstinstanzlichen Verfahren vor dem Militärgericht die Hauptverhandlung unterbrochen oder verschoben werden kann, um die Anklageschrift neu zu erstellen oder zu ergänzen (MKGE 13 Nr. 40 E. 4b in fine, mit Hinweis auf MKGE 9 Nr. 43 E. 3; Art. 143 Abs. 1 MStP). Diese Möglichkeit besteht, wie das Militärkassationsgericht im erwähnten Urteil unter Hinweis auf Art. 181 Abs. 3 MStP weiter festhält, im Verfahren vor dem Militärappellationsgericht nicht mehr. Der blosse Hinweis des Auditors, weil die Regelung von Art. 143 Abs. 1 MStP bereits in Art. 181 Abs. 1 MStP, wonach das Gericht die Hauptverhandlung von sich aus oder auf Antrag nötigenfalls unterbrechen oder verschieben kann, enthalten sei, sei ein weiterer, expliziter Verweis in Art. 181 Abs. 3 MStP nicht nötig gewesen (Kassationsbeschwerde Auditor Rz. 33), ist nicht geeignet, die erwähnte Rechtsprechung des Militärkassationsgerichts in Frage zu stellen. Die Rüge, es liege ein Kassationsgrund nach Art. 185 Abs. 1 Bst. c MStP vor, erweist sich als unbegründet.

c) Einzugehen ist allerdings auf die Frage, ob das als tatbestandsmässig erkannte Verhalten des Angeklagten durch einen Rechtfertigungsgrund gedeckt war. Das MAG 2 hat eine entsprechende Prüfung vorgenommen, obwohl es bereits ein tatbestandsmässiges Verhalten des Angeklagten verneint hat.

6. (...)

c) Bevor auf die Ausführungen des MAG 2 und der Beteiligten einzugehen ist, ist vorab Funktion und Aufgabe des GWK zum Zeitpunkt der Tatbegehung am 19. November 2012 in Erinnerung zu rufen. Auszugehen ist dabei von dem zu diesem Zeitpunkt in Kraft stehenden Recht.

aa) Das GWK ist – wie erwähnt (E. 1b) – ein bewaffneter und uniformierter Verband, der Teil der Eidgenössischen Zollverwaltung (EZV) (Art. 91 Abs. 2 ZG). Gemäss Art. 96 Abs. 1 ZG erfüllt die Zollverwaltung im Grenzraum «auch Sicherheitsaufgaben» in Koordination mit der Polizei des Bundes und der Kantone, um zur inneren Sicherheit des Landes und zum Schutz der Bevölkerung beizutragen. Nach Art. 96 Abs. 2 ZG bleiben die Kompetenzen der Strafverfolgungsbehörden und der Polizei von Bund und Kantonen gewahrt. Nach Art. 97 ZG kann das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD) auf Begehren eines Grenzkantons die Erfüllung polizeilicher Aufgaben im Grenzraum der Zollverwaltung übertragen. Es schliesst mit der kantonalen Behörde eine Vereinbarung über die Aufgaben- und Kostenübernahme ab. Es kann dabei den Abschluss von Vereinbarungen der Zollverwaltung übertragen. Diese Bestimmungen stellen eine Durchbrechung der aufgrund der Bundesverfassung den Kantonen zustehenden Polizeihochheit dar (zur Thematik vgl. die Botschaft vom 6. März 2015 zur Änderung des Zollgesetzes [BBI 2015 2883 ff.], mit welcher per 1. August 2016 auch Art. 96 und 97 ZG geändert worden sind [BBI 2015 2906 ff.]; die verfassungsrechtliche Zulässigkeit dieser Vereinbarungen ist zweifelhaft

[vgl. etwa Jürg Marcel Tiefenthal, Kantonale Polizeihöheit, 2016, Einführung in die Grundlagen N 15, 35; Art. 12 N 20, mit Hinweisen; Ders., Kantonales Polizeirecht der Schweiz, 2018, § 2 N 21, 40, § 7 N 17, § 35 N 3], aufgrund des Anwendungsgebotes von Art. 190 BV aber hier nicht weiter von Bedeutung). Derartige Vereinbarungen zwischen Bund und Kantonen bestehen sowohl für den Kanton Aargau (vom 18. Oktober / 9. November 2006, Anhänge angepasst per 9. September 2014) wie auch für den Kanton Zürich (vom 10. Oktober 2010 / 31. März 2011; nachfolgend: Vereinbarung ZH). Ihr Inhalt folgt einer Mustervereinbarung (vgl. Rudolf Dietrich, in: Kocher/Clavadetscher [Hrsg.], Handkommentar Zollgesetz [ZG], Bern 2009, Art. 97 N 6), ist aber nicht überall identisch. Die Vereinbarung mit dem Kanton Zürich sieht vor, dass das GWK im Grenzraum gewisse Überwachungs- und Fahndungsaufgaben vollziehen kann. Zwingende Voraussetzung dafür ist ein konkreter Zusammenhang solcher Massnahmen mit dem Grenzverkehr und dem Ziel einer Abwehr der daraus erwachsenden Gefahren für die innere Sicherheit (Ziff. 2.4 Vereinbarung ZH). Basis der sicherheitspolizeilichen Befugnisse des GWK im Grenzraum bildet gemäss Ziff. 4.2 der Vereinbarung ZH ein Zusammenhang der Kontrolle mit dem Grenzverkehr resp. mit der Feststellung und Abklärung von Identität, Aufenthaltsrecht und Fahndungsmassnahmen bezüglich der zu kontrollierenden Person und somit letztlich der Minderung der daraus erwachsenden Gefahren für die innere Sicherheit des Landes.

bb) Zwar hat sich der Lebensvorgang, der zu dem zu beurteilenden Sachverhalt führte, als solcher insgesamt in dem von den Kantonen definierten Grenzraum (Kanton Zürich) bzw. Einsatzraum («Polizeitaktischer Einsatzraum» Kanton Aargau) abgespielt. Ob dabei – insbesondere im Lichte der vorstehend für den Kanton Zürich wiedergegebenen Normen – von für das GWK zulässigen Tätigkeiten gesprochen werden kann, scheint jedoch fraglich. Das MAG 2 hat dies ebenso wenig thematisiert wie Fragen im Zusammenhang mit dem in der Anklageschrift des Auditors verwendeten Begriff der Nacheile (Art. 216 StPO). Es ist an sich nicht am Militärkassationsgericht, sich als erste Instanz zu diesen Fragen zu äussern.

d) Nach Art. 15 MStG verhält sich rechtmässig, wer handelt, wie es das Gesetz gebietet oder erlaubt, auch wenn die Tat nach diesem oder einem anderen Gesetz mit Strafe bedroht ist.

aa) Die vom MAG 2 in seinem Urteil in Rz. 38 wiedergegebenen Rechtsnormen kommen vorliegend als mögliche Grundlage für einen Rechtfertigungsgrund in Frage. Ihnen gemein ist, dass Schusswaffen nur gegenüber Personen eingesetzt werden dürfen, welche eine «schwere Widerhandlung» (Art. 232 Abs. 1 Bst. a ZV) bzw. eine «schwere Straftat» (Art. 11 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 20. März 2008 über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes [Zwangsangwendungsgesetz, ZAG; SR 364]; Art. 11 Abs. 1 und 3 der Verordnung vom 12. November 2008 über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes [Zwangsangwendungsverordnung, ZAV; SR 364.3]) begangen haben oder einer solchen verdächtigt werden. Alternativ darf das Personal der Grenzwache die Schusswaffe auch einsetzen, wenn es aufgrund von Informationen oder persönlichen Feststellungen annehmen darf oder muss, dass Personen eine unmittelbar drohende Gefahr für Leib und Leben anderer darstellen und sich der Festnahme durch Flucht zu entziehen versuchen (Art. 232 Abs. 1 Bst. b ZV). Als schwere Straftat gilt nach Art. 11 Abs. 3 ZAV die ernsthafte Beeinträchtigung von Leib und Leben,

der sexuellen Integrität, der Freiheit oder der öffentlichen Sicherheit. Nach Ziff. 3.1 des Dienstbefehls FGG 6 gelten als qualifizierte Formen einer schweren Widerhandlung namentlich Straftaten, die gegen das Leben und/oder die körperliche oder sexuelle Integrität gerichtet sind.

bb) Selbst wenn eine schwere Straftat im eben beschriebenen Sinn im Raum steht, darf von der Schusswaffe nur Gebrauch gemacht werden, wenn dies als letztes Mittel des Auftrags gelten kann und es die zu schützenden Rechtsgüter rechtfertigen (Art. 11 Abs. 1 ZAG; Art. 106 Abs. 1 Bst. c ZG; Art. 229 Abs. 1 Bst. b ZV; Ziff. 3.3 des Dienstbefehls FGG 6; vgl. auch BGE 136 I 87 E. 4.1). Diese Normen konkretisieren den Grundsatz der Verhältnismässigkeit. In diesem Sinne hält auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Bezug auf das Recht auf Leben nach Art. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention vom 4. November 1950 (EMRK; SR 0.101) fest, dass die Gefährlichkeit des Schusswaffeneinsatzes durch die Polizei in einem angemessenen Verhältnis zur Gefährlichkeit des Flüchtenden stehen müsse (EGMR, *Toubache/Frankreich*, Urteil vom 7. Juni 2018, Nr. 19510/15, Rz. 41, 45).

cc) Sowohl bei der Frage, ob eine «schwere Straftat» im Sinne der vorstehenden Ausführungen vorliegt, wie auch bei der Frage, ob der Schusswaffeneinsatz verhältnismässig war, handelt es sich um Rechtsfragen; beide beschlagen den Kassationsgrund von Art. 185 Abs. 1 Bst. d MStP (Verletzung des Strafgesetzes), dessen Vorliegen das Militärkassationsgericht frei, d.h. ohne Bindung an die Begründung in den Kassationsbeschwerden prüft (E. 2f).

e) aa) Sowohl das MAG 2 als auch die Erstinstanz haben – aufgrund der festgestellten mehrfachen groben Verkehrsregelverletzung des Privatklägers, der zwei Situationen mit konkreter Gefahr für die Sicherheit Dritter bewirkt hat – die Voraussetzungen für die Annahme einer schweren Straftat und für den repressiven Schusswaffeneinsatz als gegeben erachtet. Das MAG 2 hat zudem auch eine unmittelbar drohende Gefahr für Leib und Leben anderer (präventiver Schusswaffeneinsatz) bejaht. Die Beschwerdeführer stellen nicht in Frage, dass eine schwere Straftat vorliegt.

bb) Die Fluchtfahrt des Privatklägers, der jedenfalls in einem ersten Teil von Bad Zurzach nach und durch Rekingen in Richtung Kaiserstuhl die Höchstgeschwindigkeit von maximal 80 km/h mit einer Geschwindigkeit von bis zu 160 km/h teilweise massiv überschritt (Urteil MAG 2 Rz. 8), wäre nach heutiger Gesetzeslage fraglos ein sog. Raserdelikt im Sinne von Art. 90 Abs. 3 und 4 des Strassenverkehrsgesetzes vom 19. Dezember 1958 (SVG; SR 741.01). Sie stellte damit per definitionem ein das hohe Risiko eines Unfalls mit Schwerverletzten oder Todesopfern eingehendes Verhalten und allenfalls eine Gefährdung des Lebens nach Art. 129 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0) dar (vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts 6B_931/2019 vom 17. Januar 2020 E. 1.3.1). Ein solches Verhalten fällt aufgrund der damit verbundenen Strafandrohung von Freiheitsstrafe von einem bis zu vier Jahren in die Kategorie des Verbrechens (Art. 12 Abs. 2 MStG). An dieser Wertungsaussage über die Schwere des Delikts ändert dabei nichts, dass die erwähnten SVG-Bestimmungen erst auf den 1. Januar 2013 und damit etwas mehr als einen Monat nach dem Tatzeitpunkt in Kraft getreten sind. Auch im Lichte der jüngeren bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann damit aufgrund des Verhaltens des Privatklägers auf der Fluchtfahrt zu Gunsten des Angeklagten

die Schwere der Straftat bejaht werden (BGE 136 I 87 E. 4.4 mit Hinweisen). Das Militärkassationsgericht ist sich dabei durchaus bewusst, dass die bürgerliche Strafjustiz das Verhalten des Privatklägers «nur» als mehrfache grobe Verletzung von Verkehrsregeln im Sinne von aArt. 90 Ziff. 2 SVG (in Verbindung mit anderen Normen des SVG) gewürdigt hat und sich die von ihr erkannte Gefährdung des Lebens nach Art. 129 StGB erst *nach* den Schussabgaben auf der weiteren Flucht ereignet hatte (Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 26. Mai 2015 betreffend Privatkläger [DG140067]). Bereits hier ist freilich darauf hinzuweisen, dass das Bundesgericht schon vor über 35 Jahren klargestellt hat, dass der Umstand allein, dass sich ein zu Kontrollierender der Kontrolle durch Flucht zu entziehen versucht und an der Flucht hartnäckig festhält, noch keine hinreichenden Anhaltspunkte für ein Vorliegen einer «schweren Straftat» begründet, das gegebenenfalls den Einsatz der Schusswaffe rechtfertigt (BGE 111 IV 113 E. 5; vgl. auch Markus Mohler, *Polizeiberuf und Polizeirecht im Rechtsstaat*, 2020, 90 f.). Die Ursache der vom Privatkläger auf der Flucht begangenen «Raserfahrt», der Versuch, sich der Kontrolle des GWK zu entziehen, ist denn auch im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung zu betrachten.

f) aa) Das Mil Ger 2 hat im Rahmen seiner Verhältnismässigkeitsprüfung bereits die Eignung des Schusswaffengebrauchs in Frage gestellt. Dabei hat es unter Verweis auf einschlägige Literatur zu Recht darauf hingewiesen, dass der Schusswaffeneinsatz gegen wegfahrende Personenwagen in der Regel ein untaugliches Mittel darstellt (Urteil Mil Ger 2 III/3 b/bb unter Verweis auf Gianfranco Albertini/Thomas Armbruster/Beat Spörri, *Militärisches Einsatzrecht*, 2016, S. 299; sofern aus älteren Bundesgerichtsentscheiden Gegenteiliges abgeleitet werden kann, so erweisen sich diese Ausführungen als überholt). Der Dienstbefehl der Kantonspolizei Zürich vom 9. März 2009, auf dessen Hoheitsgebiet die Schussabgaben stattfanden, hält in diesem Sinne betreffend Verfolgungsfahrten unter I 3.1.1 in Ziffer 4.3. fest, die Schussabgabe auf Karosserie und/oder Pneu sei erfahrungsgemäss ein untaugliches Mittel und daher zu unterlassen (vgl. Kassationsbeschwerde Privatkläger Rz. 48). Auch wenn angesichts des Umstands, dass der Angeklagte innerhalb des vom Kanton Zürich dem GWK zugestandenen Einsatzraums tätig geworden ist und damit technisch kaum von einer Nacheile im Sinne von Art. 216 StPO gesprochen werden kann und der Schusswaffengebrauch – anders als bei einer «echten» interkantonalen Nacheile – nicht nach dem Polizeirecht des Handlungskantons zu beurteilen ist (Gianfranco Albertini/Thomas Armbruster, in: BSK-StPO, 2. Aufl. 2014, Art. 216 N 9; darauf basierend François Chaix, in: BSK-CPC, 2. Aufl. 2019, Art. 216 N 6), so ergeben sich auch daraus gleichwohl starke Hinweise auf die generelle Ungeeignetheit. (...)

g) aa) Bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit ist zwar grundsätzlich der Moment der Schussabgabe massgebend (E. 6h/bb). Die dieser Situation vorausgehenden Umstände sind dabei aber keinesfalls gänzlich auszublenden (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 6B_569/2012 vom 2. Mai 2013 E. 3; EGMR, *Makaratzis/Griechenland*, Urteil vom 20. Dezember 2004, Nr. 50385/99, Rz. 64 f.). Vorliegend ist entgegen der Auffassung des MAG 2 durchaus von Interesse, dass der Entschluss des Angeklagten, den Privatkläger zu kontrollieren, ohne äusseren Grund erfolgt war und die sich für die Annahme eines Rechtfertigungsgrundes vorausgesetzte «schwere Straftat» erst auf der Flucht ereignet hat. Auch gliederte sich der Privatkläger wieder normal in den Verkehr ein, nachdem ihn der Angeklagte und sein Beifahrer kurzzeitig aus den Augen verloren hatten (vgl. auch BGE 115 IV 162 E. 2, wo der Schusswaffengebrauch ebenfalls erst in der «zweiten Phase» erfolgt ist).

bb) Vorab ist dabei generell die Frage zu stellen, weshalb der Angeklagte überhaupt die erste Verfolgungsfahrt von Bad Zurzach bis Kaiserstuhl gestartet hat. Der Privatkläger hätte einer Routinekontrolle unterzogen werden sollen; konkrete Verdachtsmomente gab es keine. Die Frage akzentuiert sich für die zweite Verfolgungsfahrt von Weiach bis zum Halt bei Kilometer 6.1 auf der A 50, nachdem sich der Privatkläger wieder normal in den Verkehr eingereiht hatte und der Angeklagte als Angehöriger des GWK sich nunmehr auf dem Hoheitsgebiet des Kantons Zürich befand. Dieser stellt für den Einsatz des GWK höhere Anforderungen als der Kanton Aargau, indem er zwingend einen konkreten Zusammenhang der ergriffenen Massnahmen mit dem Grenzverkehr verlangt (E. 6c/aa). Vor diesem Hintergrund erweisen sich die vom Privatkläger aufgeworfenen Fragen, ob mit einem Zugriff nicht hätte zugewartet werden sollen, indem das Anhalten des Privatklägers an geeigneter Stelle organisiert worden wäre, und ob nicht die «unkontrollierbare Situation» bei der Schussabgabe erst durch das «Vorpreschen» des Angeklagten erfolgt sei und damit vermeidbar gewesen wäre (Kassationsbeschwerde Privatkläger Rz. 45.4), als durchaus berechtigt.

cc) Das Urteil des MAG 2 setzt sich weder mit diesen Aspekten noch mit den diesbezüglichen Ausführungen des Mil Ger 2 auseinander. Wohl ist das MAG 2 die zweite Tatsacheninstanz, die zu einer anderen rechtlichen Qualifikation des Sachverhalts gelangen kann als seine Vorinstanz (E. 2a). Auch muss sich sein Urteil nicht ausdrücklich mit jeder Sachbehauptung und jedem rechtlichen Einwand befassen (E. 2d). Es darf jedoch die Frage gestellt werden, ob das Urteil des MAG 2 die Anforderungen an eine hinreichende Begründung wahrte. Dies betrifft vorab die Eignung des Schusswaffeneinsatzes. Zudem berücksichtigt das Urteil bei der Beurteilung der Erforderlichkeit die Vorgeschichte sowie Funktion und Aufgaben des GWK in der Polizeiarbeit (E. 6c) nicht. Schliesslich erweist sich auch die Güterabwägung bei der sog. Zweck-Mittel-Relation als rudimentär.

h) aa) Weitere Erwägungen hierzu erübrigen sich, weil sich die Auffassung des Mil Ger 2 als zutreffend erweist. Es ist zwar anzumerken, dass sich dessen auf die öffentliche Sicherheit beziehenden Ausführungen bei der Zweck-Mittel-Relation insoweit teilweise widersprüchlich anmuten, als das Mil Ger 2 ebenfalls von einer auf der Fluchtfahrt begangenen schweren Straftat ausgegangen ist. Die übrigen Erwägungen des Mil Ger 2 erweisen sich dagegen als überzeugend. Schussabgaben auffahrende Fahrzeuge sind grundsätzlich ungeeignet, so auch in der vorliegenden Situation, welche das Resultat einer vorangehenden Verfolgungsfahrt darstellt, die zwischendurch unterbrochen worden war. Zu solchen Verfolgungsfahrten hat das Bundesgericht im Übrigen festgehalten, es entwickle sich in entsprechenden Fällen eine Art Zweikampf zwischen Verfolger und Verfolgtem, wobei weniger vernunftmässige Überlegungen als instinktive, durch «sportlichen» Ehrgeiz und Krimi-Szenen geprägte Reaktionen das Verhalten bestimmten (BGE 111 IV 113 E. 5).

bb) Das Militärkassationsgericht erkennt nicht, dass die Aufgaben der Polizei und des GWK in der heutigen Gesellschaft nicht einfach sind (vgl. EGMR, *Makaratzis/Griechenland*, Urteil vom 20. Dezember 2004, Nr. 50385/99, Rz. 69). Ebenso ist zutreffend, dass darauf abzustellen ist, was der Beamte im Zeitpunkt, in dem er sich zum Gebrauch der Waffe entschliesst, von der Sachlage halten muss (Betrachtung «ex ante»; Urteil des Bundesgerichts 6B_569/2012 vom 2. Mai 2013 E. 2.3.3; Donatsch/Keller, in: Donatsch et

al. [Hrsg.], PolG, Kommentar zum Polizeigesetz des Kantons Zürich, 2018, Vorbem. zu §§ 13-17 N 24). Es ist auch einzuräumen, dass nachträgliche «allzu subtile Überlegungen» darüber, ob der Beamte nicht auf weniger einschneidende Massnahmen hätte zurückgreifen können, keinen Platz haben (Urteil des Bundesgerichts 6B_1211/2015 vom 10. November 2016 E. 1.3.1, allerdings betreffend eine hier nicht vorliegende Notwehrsituation). Gleichwohl ist darauf zu beharren, dass Angehörige von Polizei und GWK, für welche eine vertiefte Aus- und Weiterbildung im polizeitaktischen Vorgehen für die Bewältigung kritischer Situationen unverzichtbar ist (Mohler, a.a.O., 90), auch in Situationen wie der sich dem Angeklagten präsentierenden Überlegungen zur Verhältnismässigkeit machen. Derlei ist mit der Tätigkeit als Polizeibeamter und Angehöriger des GWK untrennbar verbunden (BGE 146 I 97 E. 2.9).

In diesem Kontext ist insbesondere zu ergänzen, dass eine Schussabgabe oft auch ein Risiko mit sich bringt, dass andere Personen getroffen werden könnten als die avisierte Person oder das avisierte Objekt, sei es durch einen «glatten Fehlschuss», sei es durch Abpraller. Dies trifft in der vorliegend zu beurteilenden Situation voll und ganz zu, waren doch – so die Feststellungen des MAG 2 (Urteil MAG 2 Rz. 43) – Bauarbeiter anwesend und fuhren oder standen auf der Normalspur wie üblich Fahrzeuge – dieser Aspekt ist zwingend in die Abwägung einzubeziehen (vgl. BGE 124 I 40 E. 3e; Donatsch/Keller, a.a.O., § 17 N 20). An dieser Stelle ist auf Art. 17 Abs. 4 der Verordnung vom 26. Oktober 1994 über die Polizeibefugnisse der Armee (VPA; SR 510.32) hinzuweisen, wonach bei unverhältnismässiger Gefährdung unbeteiligter Dritter auf den Schusswaffengebrauch zu verzichten ist. Auch wenn – wie erwähnt – in Rechnung gestellt wird, dass Situationen, in denen Schusswaffeneinsätze erforderlich sind, grundsätzlich schnelles Handeln erfordern: Bei einer Sachlage wie der vorliegenden hätte ein umsichtig handelnder Angehöriger des GWK erkennen können und müssen, dass der Schusswaffengebrauch unverhältnismässig war.

cc) Die Schussabgaben des Angeklagten erweisen sich mithin als nicht verhältnismässig. Der Rechtfertigungsgrund von Art. 15 MStG ist deshalb nicht gegeben.

7.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass dem Angeklagten ein Eventualvorsatz hinsichtlich der Tötung des Privatklägers rechtsgenüglich nachgewiesen werden kann. Das Urteil des Militärappellationsgerichts 2, das den Angeklagten von der Anklage der versuchten Tötung freispricht, beruht insoweit auf einer aktenwidrigen Sachverhaltsfeststellung (Art. 185 Abs. 1 Bst. f MStP) und verletzt das Militärstrafgesetz (Art. 185 Abs. 1 Bst. d MStP). Eine Rechtfertigung im Sinne von Art. 15 MStG ist nicht gegeben, weil der Schusswaffengebrauch nicht verhältnismässig war. (...)

(924.1 und 924.2, 17. September 2021, Privatkläger & Auditor gegen
Militärappellationsgericht 2)

Entscheidungsliste nach Nummern

Band 14

1. Art. 82 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 MStG; Art. 25 Abs. 1 Bst. c und Art. 63 Abs. 1 Bst. a MG; Militärdienstversäumnis, ausserdienstliche Schiesspflicht, leichter Fall (Kassationsbeschwerde)
2. Art. 155 Abs. 2, Art. 185 Abs. 1 Bst. c, e und f sowie Abs. 2 MStP, Art. 82 Abs. 1 Bst. b MStG; Verschiebung des Abwesenheitsverfahrens, Beweiswürdigung (Kassationsbeschwerde)
3. Art. 131 Ziff. 2, 144b MStG, Art. 115 lit. b, 185 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 MStP; Kameraden- bzw. Quartierdiebstahl, leichter Fall, Anklagegrundsatz (Kassationsbeschwerde)
4. Art. 21 Abs. 1 i.V.m. Art. 121, Art. 80 Ziff. 1 und 2 MStG, Art. 115 Bst. b MStP; versuchte schwere Körperverletzung, Trunkenheit, Anklagegrundsatz (Kassationsbeschwerde)
5. Art. 200 MStP; Revisionsgründe (Revisionsgesuch)
6. Art. 81 Abs. 1 Bst. b, Art. 82 Abs. 1 Bst. b MStG, Art. 51, Art. 114 f., Art. 125, Art. 131, Art. 147, Art. 148 MStP; mehrfache partielle Militärdienstverweigerung, vorsätzliche Militärdienstversäumnis, Vorladung des Angeklagten, Abwesenheitsverfahren, Änderung des rechtlichen Gesichtspunkts, Anklagegrundsatz (Kassationsbeschwerde)
7. Art. 82 Abs. 1 Bst. b MStG, Art. 16 ff. VmK; Auslandurlaub, Militärdienstversäumnis (Kassationsbeschwerde)
8. Art. 41 Abs. 1, Art. 42, Art. 44 Abs. 1, Art. 46 Abs. 1, Art. 47 OR, Art. 172 Abs. 2 MStP; Zivilansprüche, Schadenersatz bei Körperverletzung, adäquate Kausalität, Festsetzung des Schadens, Herabsetzungsgründe, Ersatz von Anwaltskosten, Genugtuung (Rekurs)
9. Art. 72 Abs. 1, Art. 130 Ziff. 1 und 2 MStG; Art. 185 Abs. 1 Bst. e, Art. 185 Abs. 1 Bst. f MStP; Nichtbefolgung von Dienstvorschriften, qualifizierte Veruntreuung (von EUGH 85), Fehlen hinreichender Entscheidungsgründe, willkürliche Sachverhaltsfeststellung (Aktenwidrigkeit), willkürliche Beweiswürdigung, Grundsatz in dubio pro reo (Kassationsbeschwerde)
10. Art. 19, Art. 82 Abs. 2, Art. 94 Abs. 1 und 2 MStG; Irrtum über die Rechtswidrigkeit, Militärdienstversäumnis (leichter Fall), fremder Militärdienst (Kassationsbeschwerde)
11. Art. 81 Abs. 1 lit. b MStG, Art. 185 Abs. 1 lit. f MStP; mehrfache Militärdienstverweigerung, willkürliche Sachverhaltsfeststellung (Kassationsbeschwerde)
12. Art. 73 Ziff. 1 MStG, Art. 90 Abs. 1 SVG; Missbrauch und Verschleuderung von Material, einfache Verletzung von Verkehrsregeln, Konkurrenz (Kassationsbeschwerde)
13. Art. 131 Ziff. 1 MStG; Diebstahl (Kassationsbeschwerde)
14. Art. 82 MStG, Art. 84 aMStG; Art. 46 Abs. 4, Art. 148 Abs. 2, Art. 187 Abs. 2 MStP; (altrechtliche) Missachtung eines Aufgebots zum Militärdienst, nicht erstreckbare gesetzliche Frist zur Vernehmlassung, Änderung des rechtlichen Gesichtspunkts, Anklagegrundsatz, Heilung vor dem Militärappellationsgericht (Kassationsbeschwerde)
15. Art. 12, Art. 20, Art. 25, Art. 41 Abs. 1, Abs. 3 MG; Art. 14 aMDV (SR 512.2; aufgehoben auf den 1.1.2018) und dazugehörigen Anhang 3; Art. 1, Art. 82 MStG; Begriff

- «Militärdienst», Neubeurteilung der Militärdiensttauglichkeit, Aufgebot zum Erscheinen vor der Med UCI, Legalitätsprinzip, Militärdienstversäumnis (Kassationsbeschwerde)
16. Art. 36 Abs. 4, Art. 43 Abs. 1, Art. 60c MStG; Verbindung von bedingter Strafe mit Busse (Kassationsbeschwerde)
 17. Art. 72 Abs. 2 MStG (i.V.m. Ziff. 297 Bst. a und c des Reglements 51.030 Allgemeine Sicherheitsvorschriften für Einsatzübungen und Gefechtsschiessen; Stand 1. Januar 2015); Art. 185 Abs. 1 Bst. d MStP; Nichtbefolgung von Dienstvorschriften, Sicherheitsvorschriften zum Umgang mit Petarden, insbesondere zur Simulation von Waffenwirkung im Ziel, rechtliche und tatsächliche Nova, Rückweisung infolge mangelhafter Sachverhaltsabklärung (Kassationsbeschwerde)
 18. Art. 90 Abs. 1 (i.V.m. Art. 32 Abs. 1) SVG; Art. 43 Abs. 1 und 2, Art. 180 Abs. 2 Bst. b, Art. 182 Abs. 4, Art. 188 Bst. a MStG; Disziplinarbusse, retrospektive Konkurrenz, Lückenfüllung: Strafraumen für Gesamtstrafe bei Zusatzstrafen (Kassationsbeschwerde)
 19. Art. 73 Ziff. 1 MStG; Missbrauch und Verschleuderung von Material (fahrlässig begangen, kein leichter Fall), Sorgfaltspflichten bei der Aufbewahrung eines Sturmgewehrs (Kassationsbeschwerde)
 20. Art. 73 Ziff. 1, Art. 76 Ziff. 1, Art. 128a, Art. 150 Abs. 1 MStG; Art. 109 Abs. 2, Art. 185 Abs. 1 Bst. e MStP; Missbrauch und Verschleuderung von Material (leichter Fall), Wachtvergehen, Angriff, Nötigung; Begründungsdichte: Zulässigkeit und Grenzen von Verweisungen, unzureichende Entscheidungsgründe; notwendige Verteidigung in der Voruntersuchung: Rechtsfolgen der Verletzung (Kassationsbeschwerde)
 21. Art. 72 Abs. 1, Art. 77 Ziff. 1 Abs. 1 MStG; Regl. 51.024 ODA; Regl. 52.059 IS; Nichtbefolgung von Dienstvorschriften (Aufnahme- und Veröffentlichungsverbot, Verletzung des Dienstgeheimnisses (Rede des Chefs der Armee [CdA]) (Kassationsbeschwerde)
 22. Art. 186 Abs. 1 MStP; Art. 81 Abs. 1 Bst. a MStG; Kassationsbeschwerde des Obergerichtspräsidenten; Dienstverweigerung vor der Rekrutierung, Zumessung der Freiheitsstrafe (Kassationsbeschwerde)
 23. Art. 127 Abs. 1, Art. 130 Abs. 1, Art. 155 Abs. 1, Art. 185 Abs. 1 Bst. c, Art. 186 Abs. 1 MStP; Beschwerdelegitimation des Obergerichtspräsidenten bei mangelhafter Verteidigung, Abwesenheitsverfahren (Hauptverhandlung), wirksame Verteidigung, Anwesenheitspflicht des Verteidigers (Kassationsbeschwerde)
 24. Art. 155, Art. 184 Abs. 1 Bst. c, Art. 185 Abs. 1 Bst. c, Art. 186 Abs. 1 Satz 1 Satz 1 MStP; Beschwerdelegitimation des Obergerichtspräsidenten, Abwesenheitsverfahren, wirksame Verteidigung (Kassationsbeschwerde)
 25. Art. 42 Bst. d, Art. 46, Art. 131 Ziff. 1 und 5, Art. 144b MStG; aufrichtige Reue; Betroffenheit des Täters durch seine Tat; natürliche Handlungseinheit, leichter Fall (Kassationsbeschwerde)
 26. Art. 185 Abs. 1 Bst. c, Art. 156 MStP; wesentliche Verfahrensvorschriften; Recht des Angeklagten auf eine wirksame Verteidigung; Wiederaufnahme (Kassationsbeschwerde)
 27. Art. 185 Abs. 1 Bst. c MStP; Qualifiziertes Rügeprinzip (Kassationsbeschwerde)

28. Art. 193 Abs. 1 StGB i.V.m. Art. 8 MStG; Art. 185 Abs. 1 Bst. e, Art. 185 Abs. 1 Bst. f MStP; Ausnützung einer Notlage; Begründungspflicht, Beweiswürdigung, «in dubio pro reo», Willkürprüfung (Kassationsbeschwerde)
29. Art. 43 Abs. 1 und Art. 43 Abs. 1bis, Art. 73 Ziff. 2, Art. 124 Ziff. 1 Abs. 2 MStG; Art. 149 Abs. 1, Art. 153, Art. 185 Abs. 1 Bst. e MStP; Fahrlässige Körperverletzung (leichter Fall), Verschleuderung von Material (leichter Fall), Strafzumessung (Anwendung des Asperationsprinzips), unzureichende Entscheidungsgründe (Kassationsbeschwerde)
30. Art. 40 Abs. 1 und Art. 43 MStG; Nichtbewährung; Bildung einer Gesamtstrafe; bedingter Strafvollzug (Kassationsbeschwerde)
31. Art. 171c Abs. 1 al. 2 MStG; Rassendiskriminierung, öffentliches Verbreiten von Ideologien, die auf die systematische Herabsetzung oder Verleumdung der Angehörigen einer Rasse, Ethnie oder Religion gerichtet sind; tatbestandsmerkmale der Öffentlichkeit und des Verbreitens; Art. 193 i.V.m. Art. 183 Abs. 1 Satz 2 MStP; Kosten des Kassationsbeschwerdeverfahrens bei einer Rechtsfrage von präjudizieller Bedeutung (Kassationsbeschwerde)
32. Art. 13 Abs. 2, Art. 55 Abs. 1 und 3, Art. 78 Ziff. 1 MStG; Art. 101 Abs. 1, Art. 185 Abs. 1 Bst. c, d und f MStP; Fälschung dienstlicher Aktenstücke, Eventualvorsatz, Verfolgungsverjährung, Zuständigkeit zur Anordnung der Voruntersuchung, Kassationsgrund der willkürlichen Sachverhaltsfeststellung (Kassationsbeschwerde)
33. Art. 94 MStG; fremder Militärdienst, Strafzumessung bei einer Dienstleistung in der französischen Fremdenlegion (Kassationsbeschwerde)
34. Art. 143 Abs. 1, Art. 181 Abs. 3 sowie Art. 185 Abs. 1 Bst. d und f MStP; Zuständigkeit der Militärjustiz bei Angehörigen des Grenzwachtkorps, Versuchte Tötung, Eventualvorsatz, Rechtfertigung, Kassationsgründe der willkürlichen Sachverhaltsfeststellung und der Verletzung des Strafgesetzes (Kassationsbeschwerde)

Liste des arrêts selon les numéros

Vol. 14

1. Art. 82 al. 1 let. b et al. 2 CPM ; art. 25 al. 1 let. c et 63 al. 1 let. a LAAM ; insoumission, tir obligatoire hors-service, cas de peu de gravité (poursi en cassation)
2. Art. 155 al. 2, 185 al. 1 let. c, e et f et al. 2 PPM, art. 82 al. 1 let. b CPM ; ajournement de la procédure par défaut, appréciation des preuves (poursi en cassation)
3. Art. 131 ch. 2, 144b CPM, art. 115 let. b, 185 al. 1 let. c et al. 2 PPM ; vol au préjudice d'un camarade, respectivement vol dans un logement de la troupe, cas de peu de gravité, principe d'accusation (poursi en cassation)
4. Art. 21 al. 1 en relation avec art. 121, art. 80 ch. 1 et 2 CPM, art. 115 let. b PPM ; tentative de lésion corporelle grave, ivresse, principe d'accusation (poursi en cassation)
5. Art. 200 PPM ; motifs de révision (demande de révision)
6. Art. 81 al. 1 let. b, art. 82 al. 1 let. b CPM, art. 51, art. 114 s., art. 125, art. 131, art. 147, art. 148 PPM ; multiples refus de servir partiels, insoumission intentionnelle, citation de l'accusé, procédure par défaut, modification de la qualification juridique, principe d'accusation (poursi en cassation)
7. Art. 82 al. 1 let. b CPM, art. 16 ss. OCoM ; congé pour l'étranger, insoumission (poursi en cassation)
8. Art. 41 al. 1, art. 42, art. 44 al. 1, art. 46 al. 1, art. 47 CO, art. 172 al. 2 PPM ; prétentions civiles, réparation du dommage par lésions corporelles, causalité adéquate, détermination du dommage, motifs de réduction, remboursement des frais d'avocat, tort moral (recours)
9. Art. 72 al. 1, art. 130 ch. 1 et 2 CPM ; art. 185 al. 1 let. e, art. 185 al. 1 let. f PPM ; inobservation des prescriptions de service, appropriation illégitime qualifiée (d'une grenade d'exercice 85), motivation insuffisante de la décision, arbitraire dans l'établissement des faits (contraire aux actes), appréciation des preuves arbitraire, principe *in dubio pro reo* (poursi en cassation)
10. Art. 19, art. 82 al. 2, art. 94 al. 1 et 2 CPM ; erreur sur l'illicéité, insoumission (cas de peu de gravité), service à l'étranger (poursi en cassation)
11. Art. 81 al. 1 let. b CPM, art. 185 al. 1 let. f PPM ; refus de servir multiples, arbitraire dans l'établissement des faits (poursi en cassation)
12. Art. 73 ch. 1 CPM, art. 90 al. 1 LCR ; abus et dilapidation de matériel, infraction simple aux règles de la circulation, concours (poursi en cassation)
13. Art. 131 ch. 1 CPM ; vol (poursi en cassation)
14. Art. 82 CPM, art. 84 aCPM ; art. 46 al. 4, art. 148 al. 2, art. 187 al. 2 PPM ; inobservation d'une convocation au service militaire (selon l'ancien droit), délai légal non prolongeable pour le dépôt des observations, changement de qualification juridique, principe d'accusation, réparation du manquement devant le Tribunal militaire d'appel (poursi en cassation)
15. Art. 12, art. 20, art. 25 et art. 41 al. 1, al. 3 LAAM ; art. 14 OOMi (aRS 512.21 ; abrogé au 1er janvier 2018) et annexe 3 de l'OOMi ; art. 1 et art. 82 CPM ; notion de « service militaire », réévaluation de l'aptitude au service, ordre de se présenter devant la CVS, principe de la légalité, insoumission (poursi en cassation)

16. Art. 36 al. 4, art. 43 al. 1, art. 60c CPM ; sursis à l'exécution de la peine et amende (poursi en cassation)
17. Art. 72 al. 2 CPM (en lien avec le ch. 297 let. a et c du Règlement 51.030 Prescriptions générales de sécurité pour les exercices d'engagement et les tirs de combat; état au 1er janvier 2015) ; Art. 185 al. 1 let. d PPM ; violation des prescriptions de service, prescriptions de sécurité concernant l'emploi de pétards, en particulier pour la simulation des effets des armes sur leur cible ; faits et moyens de droit nouveaux, renvoi en raison d'une constatation incomplète des faits (poursi en cassation)
18. Art. 90 al. 1 (cum art. 32 al. 1) LCR ; art. 43 al. 1 et 2, art. 180 al. 2 let. b, art. 182 al. 4, art. 188 let. a CPM ; amende disciplinaire, concours rétrospectif, comblement d'une lacune : cadre légal pour la peine d'ensemble en cas de peine complémentaire (poursi en cassation)
19. Art. 73 ch.1 CPM ; abus et dilapidation du matériel militaire (par négligence, manquement grave) ; devoir de prudence concernant le dépôt du fusil d'assaut (poursi en cassation)
20. Art. 73 ch. 1, art. 76 ch. 1, art. 128a, art. 150 al. 1 CPM ; art. 109 al. 2, art. 185 al. 1 let. e PPM ; abus et dilapidation du matériel (cas de peu de gravité), délits de garde, agression, contrainte ; degré de motivation : acceptabilité et limites des renvois, motivation insuffisante ; défense obligatoire durant l'enquête ordinaire : conséquences d'une violation en la matière (poursi en cassation)
21. Art. 72 al. 1, art. 77 ch. 1 al. 1 CPM ; règl. 51.024 OSI ; règl. 52.059 SI ; inobservation des prescriptions de service (interdiction de prise de vue et de publication), violation du secret de service (discours du chef de l'Armée [CdA]) (poursi en cassation)
22. Art. 186 al. 1 PPM; art. 81 al. 1 let. a CPM; poursi en cassation par l'Auditeur en chef ; refus de servir réalisé avant le recrutement; quotité de la peine privative de liberté (poursi en cassation)
23. Art. 127 al. 1, art. 130 al. 1, art 155 al. 1, art. 185 al. 1 let. c, art. 186 al. 1 PPM ; qualité pour se pourvoir en cassation de l'Auditeur en chef en cas de manquements de la défense, procédure par défaut, défense efficace, devoir du défenseur d'assister aux débats (poursi en cassation)
24. Art. 155, art. 184 al. 1 let. c, art. 185 al. 1 let. c, art. 186 al. 1 1ère phrase PPM ; qualité pour se pourvoir en cassation de l'Auditeur en chef, procédure par défaut, défense efficace (poursi en cassation)
25. Art. 42 let. d, art. 46, art. 131 ch. 1 et 5, art. 144b CPM; repentir sincère ; atteinte subie par l'auteur à la suite de son acte ; unité naturelle d'actions, cas de peu de gravité (poursi en cassation)
26. Art. 185 al. 1 let. c, art. 156 PPM ; dispositions essentielles de la procédure ; droit de l'accusé à une défense concrète et effective ; relief (poursi en cassation)
27. Art. 185 al. 1 let. c PPM ; principe d'allégation qualifié (poursi en cassation)
28. Art. 193 al. 1 CP en lien avec l'art. 8 CPM ; art. 185 al. 1 let. e et f PPM ; abus de la détresse ; obligation de motiver, appréciation des preuves, « *in dubio pro reo* », examen de l'arbitraire (poursi en cassation)
29. Art. 43 al. 1 et al. 1bis, art. 73 ch. 2, art. 124 ch. 1 al. 2 CPM ; art. 149 al. 1, art. 153, art. 185 al. 1 let. e PPM ; lésions corporelles simples par négligence (cas de peu de gravité), abus et dilapidation du matériel (cas de peu de gravité), fixation de la peine

- (application du principe de l'aggravation), jugement insuffisamment motivé (poursi en cassation)
30. Art. 40 al. 1 et art. 43 CPM ; échec de la mise à l'épreuve ; fixation d'une peine d'ensemble ; sursis à l'exécution de la peine (poursi en cassation)
 31. Art. 171c par. 1 al. 2 CPM ; discrimination raciale, propagation publique d'idéologies visant à rabaisser ou à dénigrer de façon systématique des personnes en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse ; éléments constitutifs du caractère public et de la propagation ; Art. 193 *cum* art. 183 al. 1 2ème phrase PPM ; frais d'une procédure en cassation impliquant une question juridique ayant une portée préjudicielle (poursi en cassation)
 32. Art. 13 al. 2, art. 55 al. 1 et 3, art. 78 ch. 1 CPM ; art. 101 al. 1, art. 185 al. 1 let. c, d et f PPM ; faux dans les documents de service, dol éventuel, prescription de l'action pénale, compétence pour ordonner l'enquête ordinaire, motif de cassation de la constatation arbitraire des faits (poursi en cassation)
 33. Art. 94 CPM ; service militaire étranger, fixation de la peine en raison d'une prise de service au sein de la Légion étrangère française (poursi en cassation)
 34. Art. 3 al. 1 ch. 6, art. 13 al. 2, art. 15 et art. 115 CPM ; art. 143 al. 1, art. 181 al. 3 et art. 185 al. 1 let. d et f PPM ; compétence de la justice militaire concernant les membres du Corps des gardes-frontière, tentative de meurtre, dol éventuel, fait justificatif, motifs de cassation de la constatation arbitraire des faits et de la violation de la loi pénale (poursi en cassation)

Lista delle sentenze ordinate per numero

Vol. 14

1. Art. 82 cpv. 1 lett. b e cpv. 2 CPM; art. 25 cpv. 1 lett. c et art. 63 cpv. 1 lett. a LM; omissione del servizio, tiro obbligatorio fuori servizio; caso di lieve gravità (ricorso per cassazione)
2. Art. 155 cpv. 2, art. 185 cpv. 1 lett. c, e et f nonché cpv. 2 PPM, art. 82 cpv. 1 lett. b CPM; aggiornamento della procedura contumaciale, apprezzamento delle prove (ricorso per cassazione)
3. Art. 131 cifra 2, 144b CPM, art. 115 lett. b, 185 cpv. 1 lett. c ed cpv. 2 PPM; furto ad un camerata rispettivamente nell'alloggio, caso poco grave, principio accusatorio (ricorso per cassazione)
4. Art. 21 cpv. 1 combinato con art. 121, art. 80 cifre 1 e 2 CPM, art. 115 lett. b PPM; lesioni personali gravi tentate, ebbrezza, principio accusatorio (ricorso per cassazione)
5. Art. 200 PPM; motivi di revisione (domanda di revisione)
6. Art. 81 cpv. 1 lett. b, art. 82 cpv. 1 lett. b CPM, art. 51, art. 114 s., art. 125, art. 131, art. 147, art. 148 PPM; ripetuto rifiuto parziale del servizio, omissione di servizio intenzionale, citazione dell'accusato, procedura contumaciale, mutamento della qualificazione giuridica, principio accusatorio (ricorso per cassazione)
7. Art. 82 cpv. 1 lett. b CPM, art. 16 ss. OCoM; congedo per l'estero, omissione di servizio (ricorso per cassazione)
8. Art. 41 cpv. 1, art. 42, art. 44 cpv. 1, art. 46 cpv. 1, art. 47 CO, art. 172 cpv. 2 PPM; Pretese civili, risarcimento danni per lesione corporale, causalità adeguata, determinazione del danno, motivi di riduzione, risarcimento dell'onorario dell'avvocato, torto morale (ricorso)
9. Art. 72 cpv. 1, art. 130 cifre 1 e 2 CPM; art. 185 cpv. 1 lett. e, art. 185 cpv. 1 lett. f PPM; Inosservanza di prescrizioni di servizio, appropriazione indebita qualificata (di granate d'esercizio 85), mancanza di sufficienti motivi della decisione, arbitrio nell'accertamento dei fatti (contrario agli atti), arbitrio nell'apprezzamento delle prove, principio in dubio pro reo (ricorso per cassazione).
10. Art. 19, art. 82 cpv. 2, art. 94 cpv. 1 und 2 CPM; e, omissione del servizio (caso poco grave), Servizio straniero (ricorso per cassazione)
11. Art. 81 cpv. 1 lett. b CPM, art. 185 cpv. 1 lett. f PPM; rifiuto del servizio ripetuto, arbitrio nell'accertamento dei fatti (ricorso per cassazione)
12. Art. 73 cifra. 1 CPM, art. 90 cpv. 1 LCStr; abuso e sperpero di materiali, infrazione semplice alle norme della circolazione, concorso (ricorso per cassazione)
13. Art. 131 cifra 1 CPM ; furto (ricorso per cassazione)
14. Art. 82 CPM, art. 84 vCPM, art. 46 cpv. 4, 148 cpv. 2, 187 cpv. 2 PPM; inosservanza di una chiamata in servizio (secondo il diritto previgente), termine legale non prorogabile per insinuare le osservazioni, mutamento della qualificazione giuridica, principio accusatorio, sanatoria del pregiudizio dinanzi al Tribunale militare d'appello (ricorso per cassazione)

15. Art. 12, art. 20, art. 25 e art. 41 cpv. 1 e 3 LM; art. 14 OOPSM (vRS 512.21; abrogato al 1° gennaio 2018) e allegato 3 dell'OOPSM; art. 1 e art. 82 CPM; nozione di "servizio militare", rievualazione dell'idoneità al servizio, ordine di presentarsi dinanzi alla CVS, principio della legalità, omissione del servizio (ricorso per cassazione)
16. Art. 36 cpv. 4, art. 43 cpv. 1, art. 60c CPM; sospensione condizionale della pena e multa (ricorso per cassazione)
17. Art. 72 cpv. 2 CPM (in relazione alla cifra 297 let. a e c del regolamento 51.030 Prescrizioni generali di sicurezza per gli esercizi d'impiego e i tiri di combattimento; stato 1° gennaio 2015); art. 185 cpv. 1 let. d PPM; inosservanza di prescrizioni di servizio, prescrizioni di sicurezza per l'utilizzo di petardi, segnatamente per la simulazione dell'effetto di armi sul bersaglio, nova di fatto e di diritto, rinvio a causa dell'accertamento lacunoso dei fatti (ricorso per cassazione)
18. Art. 90 cpv. 1 (in combinato disposto con l'art. 32 cpv. 1) LCStr; art. 43 cpv. 1 e 2, art. 180 cpv. 2 let. b, art. 182 cpv. 4, art. 188 let. a CPM; art. 185 cpv. 1 let. d PPM; multa disciplinare, concorrenza retrospettiva, colmare le lacune: quadro legale per la pena unica in presenza di pene complementari (ricorso per cassazione)
19. Art. 73 cpv. 1 CPM; Abuso e sperpero di materiali (per negligenza, diniego di un caso poco grave); Obblighi di diligenza in materia di custodia del fucile d'assalto (ricorso per cassazione)
20. Art. 73 cifra 1, art. 76 cifra 1, art. 128a, art. 150 cpv. 1 CPM; art. 109 cpv. 2, art. 185 cpv. 1 let. e PPM; abuso e sperpero di materiali (caso poco grave), reato di guardia, aggressione, coazione; grado di motivazione: liceità e limiti dei rinvii, motivazione della decisione insufficiente; difesa necessaria durante l'istruzione preparatoria: conseguenze della sua violazione (ricorso per cassazione)
21. Art. 72 cpv. 1, art. 77 cifra 1 cpv. 1 CPM ; regolamento 51.024 OSI ; regolamento 52.059 SI; inosservanza di prescrizioni di servizio (divieto di riprendere e di pubblicare), violazione del segreto di servizio (discorso del Capo dell'esercito) (ricorso per cassazione)
22. Art. 186 cpv. 1 PPM; art. 81 cpv. 1 let. a CPM; ricorso per cassazione dell'Uditore in capo; rifiuto del servizio prima del reclutamento, comminazione della pena privativa della libertà (ricorso per cassazione)
23. Art. 127 cpv. 1, art. 130 cpv. 1, art. 155 cpv. 1, art. 185 cpv. 1 let. c, art. 186 cpv. 1 PPM; legittimazione a ricorrere dell'Uditore in capo in presenza di una difesa insufficiente, procedura contumaciale, difesa efficace, dovere di presenza del difensore durante l'intero dibattimento (ricorso per cassazione)
24. Art. 155, art. 184 cpv. 1 let. c, art. 185 cpv. 1 let. c, art. 186 cpv. 1 prima frase PPM; legittimazione a ricorrere per cassazione dell'Uditore in capo, procedura contumaciale, difesa efficace (ricorso per cassazione)
25. Art. 42 lett. d, art. 46, art. 131 cifra 1 e 5, art. 144b CPM; sincero pentimento; danno subito dall'autore del reato come conseguenza del suo atto; unità naturale dell'atto, caso di poca gravità (ricorso per cassazione)
26. Art. 185 cpv. 1 lett. c, art. 156 PPM; disposizioni essenziali di procedura; diritto dell'accusato a una difesa concreta ed effettiva; revoca (ricorso per cassazione)
27. Art. 185 cpv. 1 lett. c PPM; principio dell'allegazione qualificata (ricorso per cassazione)

28. Art. 193 cpv. 1 CP in combinato disposto con l'art. 8 CPM; art. 185 cpv. 1 lett. e e f PPM; abuso di una situazione di necessità; obbligo di motivazione, apprezzamento delle prove, «in dubio pro reo», esame dell'arbitrio (ricorso per cassazione)
29. Art. 43 cpv. 1 e cpv. 1 bis, art. 73 cifra 2, art. 124 cifra 1 cpv. 2 CPM; art. 149 cpv. 1, art. 153, art. 185 cpv. 1 lett. e PPM; lesioni corporali semplici per negligenza (caso di poca gravità), abuso e sperpero di materiale (caso di poca gravità), fissazione della pena (applicazione del principio dell'aggravamento), sentenza insufficientemente motivata (ricorso per cassazione)
30. Art. 40 cpv. 1 e art. 43 CPM; insuccesso del periodo di prova; fissazione di una pena complessiva; sospensione condizionale dell'esecuzione della pena (ricorso per cassazione)
31. Art. 171c cpv. 1 al. 2 CPM; discriminazione razziale, propagazione pubblica di un'ideologia intesa a discreditarne o calunniare sistematicamente delle persone per la loro razza, etnia o religione; elementi costitutivi del carattere pubblico e della propagazione
Art. 193 cum art. 183 cpv. 1 2a frase PPM; spese di una procedura per cassazione che implicano una questione giuridica di portata pregiudiziale
32. Art. 13 cpv. 2, art. 55 cpv. 1 e 3, art. 78 cifra 1 CPM; art. 101 cpv. 1, art. 185 cpv. 1 lett. c, d e f PPM; falsità in documenti di servizio, dolo eventuale, prescrizione dell'azione penale, competenza per ordinare l'inchiesta ordinaria, motivo di cassazione nell'accertamento arbitrario dei fatti (ricorso per cassazione)
33. Art. 94 CPM; servizio militare straniero, fissazione della pena a seguito dell'aver preso servizio in seno alla Legione straniera francese (ricorso per cassazione)
34. Art. 3 cpv. 1 cifra 6, art. 13 cpv. 2, art. 15 e art. 115 CPM; art. 143 cpv. 1, art. 181 cpv. 3 e art. 185 cpv. 1 lett. d e f PPM; competenza della giustizia militare concernente i membri del Corpo delle guardie di confine, tentato omicidio, dolo eventuale, motivi giustificativi, motivi di cassazione dati dalla constatazione arbitraria dei fatti e dalla violazione della legge penale (ricorso per cassazione)

Sach- und Gesetzesregister

MGKE Band 14 (Nr. 1-34)

	N°		N°
Abwesenheitsverfahren		Beweiswürdigung	
- allgemein	23 E. 3a, 24 E. 3c	- Willkür	28 E. 1e/bb
- Hauptverhandlung	2 E. 3c	Bundesverfassung BV	
- Kassationsgründe	6 E. 3	- Art. 29	2 E. 4, 3 E. 4b, 28 E. 1d
Aktenwidrigkeit		- Art. 32 Abs. 1	28 E. 1e/cc
- Kassationsgründe	9 E. 2c	- Art. 32 Abs. 2	3 E. 4b
Aneignungsabsicht		Diebstahl	
- beim Diebstahl	13 E. 2.6	- an Kameraden	3 E. 3b
Anklagegrundsatz		- Aneignungsabsicht	13 E. 2.6
- allgemein	3 E. 4b, 6 E. 5b, 14 E. 2a f.	- Bereicherungsabsicht	13 E. 2.7
- subjektiver Tatbestand	4 E. 3b	- Gewahrsam	3 E. 5a f.
Anklageschrift		- leichter Fall	3 E. 5c, 25 E. 3b
- Ergänzung	6 E. 5, 34 E. 5b	- Munition	25 E. 2
Anwaltskosten		- Sturmgewehr	19 E. 3c
- Bemessung	8 E. 3.3.2	Dienstgeheimnis	
- Ersatz	8 E. 3.2.1	- allgemein	21 E. 4
Asperationsprinzip		Disziplinarstrafe	
- Disziplinarstrafe	29 E. 2c	- Asperationsprinzip	29 E. 2c
Ausbildungsdienste		Disziplinarstrafordnung	
- allgemein	15 E. 4	- Verhältnis zu AT MStG	18 E. 3a
Auslandurlaub		Einvernahme	
- Militärdienstversäumnis	7 E. 2.4	- schriftlicher Bericht	2 E. 4
Bereicherungsabsicht		Europäische Menschenrechtskonvention EMRK	
- beim Diebstahl	13 E. 2.7	- Art. 6 Ziff. 1	3 E. 4b
Beschwerdelegitimation		- Art. 6 Ziff. 3	3 E. 4b
- des Obergerichtes	22 E. 1, 23 E. 1, 24 E. 3b, 26 E. 1b	- Art. 6 Ziff. 3 lit. c	2 E. 4
Betroffenheit durch Tat		Eventualvorsatz	
- allgemein	25 E. 5	- Abgrenzung	32 E. 5f/bb
		- allgemein	34 E. 4b

Fälschung dienstlicher Aktenstücke

- subjektiver Tatbestand 32 E. 5f

Fremder Militärdienst

- allgemein 10 E. 4a
- Schutzobjekt 33 E. 6.1
- Strafzumessung 33 E. 6 ff.
- Vollendung 33 E. 4.1.3

Gefechtsübung

- Sorgfaltspflichten 17 E. 3c

Gehörschutz

- Sorgfaltspflichten 17 E. 5a

Genugtuung

- Bemessung 8 E. 3.3.2

Gesamtstrafe

- Begründungspflicht 29 E. 2d
- bei Nichtbewährung 30 E. 2

Gewahrsam

- bei Abwesenheit 3 E. 5a f.
- gelockerter 3 E. 5a f.

Grenzwachtkorps GWK

- Aufgaben 34 E. 6c/aa
- Militärgerichtsbarkeit 34 E. 1b

Handlungseinheit

- natürliche 25 E. 3b

Hauptverhandlung

- Abwesenheitsverfahren 2 E. 3c
- persönliches Erscheinen 6 E. 3
- Verschiebung 6 E. 3

Heilungskosten

- Schadenersatz 8 E. 3.1.2

in dubio pro reo

siehe Unschuldsvermutung

Irrtum

- über Rechtswidrigkeit 10 E. 4a f.

Kameradendiebstahl

- allgemein 3 E. 3b

Kassationsbeschwerde

- Aktivlegitimation OA 26 E. 1b

- Eintretensvoraussetzungen 27 E. 3d

- Interessensnachweis 27 E. 3d

- Kognition 9 E. 2a

- Natur 9 E. 2a

- Rechtsnachteil 27 E. 3d

Kassationsgründe

- Abgrenzung 9 E. 2d, 28 E. 1f

- Abwesenheitsverfahren 6 E. 3

- Aktenwidrigkeit 9 E. 2c

- fehlende Entscheidungsgr.

9 E. 2b, 28 E. 1d, 29, 29 E. 5

- rechtliche Würdigung 6 E. 2c

- relative 2 E. 2

- Unschuldsvermutung 9 E. 2c

- Willkür 9 E. 2c, 28 E. 1e/aa

Konkurrenz

- allgemein 29 E. 2c

- Missbr. u. Verschl. von Mat. 12 E. 5b f.

- retrospektive 18 E. 3b/4b

- Verletz. von Verkehrsreg. 12 E. 5b f.

Körperverletzung

- durch Blendung 20 E. 3b/bb

- einfache 20 E. 3b/bb

- fahrlässige 29 E. 3a

- leichter Fall 29 E. 3a

- Schadenersatz 8 E. 3.1

- schwere 4 E. 3

Kosten

- Verteidigung 8 E. 3.3.2

leichter Fall

- Begründungspflicht 29 E. 3d

- Definition 25 E. 3b, 29 E. 2g

- Diebstahl 3 E. 5c, 25 E. 3b

- Körperverletzung	29 E. 3a	- Art. 43 Abs. 1	18 E. 4b, 29 E. 2c, 30 E. 2
- Militärdienstversäumnis	1 E. 2, 10 E. 2a f.	- Art. 43 Abs. 1bis	29 E. 2c
- Missbr. u. Verschl. von Mat.	29 E. 4	- Art. 43 Abs. 2	18 E. 3b
- Strafzumessung	29 E. 2g	- Art. 46	25 E. 5
Medizinische Untersuchungs- kommission UC		- Art. 72	7 E. 2.2 f.
- Militärdienstversäumnis	15 E. 6 ff.	- Art. 72 Abs. 1	21 E. 5a
Militärdienst		- Art. 72 Abs. 2	17
- Begriff	15 E. 3a	- Art. 73 Ziff. 1	12 E. 3b, 19 E. 3c, 20 E. 3b/bb
Militärdienstversäumnis		- Art. 73 Ziff. 2	29 E. 2g
- Abwesenheitsverfahren	2 E. 3	- Art. 77	21 E. 3
- Auslandurlaub	7 E. 2.1	- Art. 78 Ziff. 1	32 E. 5f
- leichter Fall	1 E. 2, 10 E. 2a f.	- Art. 80	4 E. 4
- Teilnahme an mediz. UC	15 E. 3 f.	- Art. 81 Abs. 1 lit. a	22 E. 3a
- Verbindungsbusse	16 E. 3b	- Art. 81 Abs. 1 lit. b	6 E. 4, 11 E. 3
- Vollendung	11 E. 3	- Art. 82 Abs. 1 lit. b	1 E. 2.1, 2 E. 3, 7 E. 2.1, 15 E. 3a, 16 E. 2 f.
Militärdienstverweigerung		- Art. 82 Abs. 2	1 E. 2.1, 10 E. 2a f.
- Nichtbewährung	30 E. 2	- Art. 94	10 E. 4a, 33 E. 6 ff.
- Strafzumessung	22 E. 3b	- Art. 121	4 E. 3
- Tatbestandsvarianten	22 E. 3a	- Art. 122 Ziff. 1 Abs. 1	29 E. 3a
Militärgerichtsbarkeit		- Art. 122 Ziff. 1 Abs. 2	29 E. 3a
- Grenzwachtkorps GWK	34 E. 1b	- Art. 124 Ziff. 1 Abs. 2	29 E. 2g
Militärgesetz MG		- Art. 130	9
- Art. 12	15 E. 3 ff.	- Art. 131 Abs. 1	13 E. 2, 25 E. 3b
- Art. 20	15 E. 7	- Art. 131 Abs. 2	3 E. 3 ff.
- Art. 25	15 E. 3a	- Art. 144b	3 E. 5c
- Art. 25 Abs. 1 lit. c	1 E. 2.3.1	- Art. 171c Abs. 1 al. 2	31 E. 4
- Art. 27	7 E. 2.3	- Art. 182 Abs. 4	18 E. 3b
- Art. 41 Abs. 1	15 E. 4	- Art. 188 lit. a	18 E. 4a
- Art. 41 Abs. 3	15 E. 5b	Militärstraßprozess MStP	
- Art. 63 Abs. 1 lit. a	1 E. 2.3.1	- Art. 46 Abs. 4	14 E. 1c
Militärstrafgesetz MStG		- Art. 101 Abs. 1	32 E. 4c/cc
- Art. 8	28	- Art. 109 Abs. 2	20 E. 4b/cc
- Art. 19	10 E. 4a f.		
- Art. 36 Abs. 4	16 E. 3a		
- Art. 40 Abs. 1	30 E. 2		
- Art. 42 lit. d	25 E. 4		

- Art. 115 lit. b	3 E. 4b, 4 E. 3b
- Art. 125	6 E. 3
- Art. 127 Abs. 1	23 E. 3a, 24 E. 3b
- Art. 130 Abs. 1	6 E. 3c, 23 E. 3a
- Art. 131 Abs. 2	6 E. 3c
- Art. 148	6 E. 4
- Art. 148 Abs. 2	14 E. 2a f.
- Art. 155	23 E. 3a
- Art. 155 Abs. 2	2 E. 3c
- Art. 156	26 E. 1d
- Art. 172 Abs. 2	8 E. 2
- Art. 185 Abs. 1 lit. c	2 E. 3c, 3 E. 2b, 3 E. 4, 6 E. 2c, 20 E. 4b/bb, 23 E. 3a, 24 E. 3a, 26 E. 1c, 27 E. 3a
- Art. 185 Abs. 1 lit. e	2 E. 3c, 9 E. 2b, 20 E. 2c/aa, 28 E. 1d, 29 E. 5
- Art. 185 Abs. 1 lit. f	2 E. 3b, 9 E. 2c, 11 E. 3c, 28 E. 1e/aa
- Art. 185 Abs. 2	3 E. 2c
- Art. 186	22 E. 1, 23 E. 1, 24 E. 3c/ff, 26 E. 1b
- Art. 187 Abs. 2	4 E. 2b, 14 E. 1c
- Art. 189 Abs. 2	27 E. 2
- Art. 189 Abs. 4	17 E. 1
- Art. 200	5 E. 2
Missbrauch und Verschleuderung von Material	
- allgemein	29 E. 2c, 29 E. 2g
- Konkurrenz	12 E. 5b f.
- leichter Fall	20 E. 3b/bb, 29 E. 4

- Sturmgewehr	19 E. 3c
Munition	
- Diebstahl	25 E. 2
Nichtbefolgung von Dienstvorschriften	
- Adressänderung	7 E. 2.3
- allgemein	21 E. 5a
- fahrlässige	17
- Sicherheitsvorschriften	17 E. 3a
Nichtbewährung	
- Gesamtstrafe	30 E. 2
Noven	
- rechtliche	17 E. 2
- tatsächliche	17 E. 5b
Obligationenrecht OR	
- Art. 46 Abs. 1	8 E. 3.1
Öffentlichkeit	
- Trunkenheit	4 E. 4
Rechtfertigung	
- Schusswaffeneinsatz	34 E. 6d
rechtliche Würdigung	
- Änderung	6 E. 4, 14 E. 2a f.
- Kassationsgründe	6 E. 2c
- Revisionsgründe	5 E. 2
Rassendiskriminierung	
- allgemein	31 E. 4
rechtliches Gehör	
- Begründungspflicht	20 E. 2c/bb
Reglement 51.024 "Organisation der Ausbildungsdienste" (ODA)	
- Ziff. 299	21 E. 5b
- Ziff. 310	21 E. 5b
Reglement 51.030 "Allgemeine Sicherheitsvorschriften für Verbandsausbildung und Schiessen"	
- allgemein	17 E. 3a
- Ziff. 223	17 E. 6b
- Ziff. 297	17 E. 3d

Reglement 52.059 "Integrale Sicherheit" (IS)

- Ziff. 58 21 E. 5b

Reue

- aufrichtige 25 E. 4

Revisionsgründe

- rechtliche Würdigung 5 E. 2

- Strafregistereintrag 5 E. 2

Rügeprinzip

- qualifiziertes 27 E. 2

Schadenersatz

- adäquate Kausalität 8 E. 3.1.1

- Heilungskosten 8 E. 3.1.2

Schiesspflicht

- ausserdienstliche 1 E. 2.3.1, 7 E. 2.2

- Militärdienstversäumnis 2 E. 3

Schusswaffeneinsatz

- Rechtfertigung 34 E. 6d

Sorgfaltspflichten

- Aufbewahrung Sturmgewehr 19 E. 3c

- Petarden 17 E. 3c/6b

- Verantwortlichkeiten 17 E. 6a

Strafbarkeitsbedingung

- objektive 21 E. 6b

Strafgesetzbuch StGB

- Art. 193 Abs. 1 28

- Art. 261^{bis} Abs. 2 31 E. 4

Strafrahmen

- bei Zusatzstrafe 18 E. 4b

Strafregistereintrag

- Revisionsgründe 5 E. 2

Strafzumessung

- allgemein 33 E. 5

- Asperationsprinzip 29 E. 2c

- Gesamtstrafe 29 E. 2c

- Konkurrenz 29 E. 2c

- leichter Fall 29 E. 2g

- Militärdienstverweigerung 22 E. 3b

- Nichtbewährung 30 E. 2

- Verbindungsbusse 16 E. 3a

- Zusatzstrafe 18 E. 4b

Strassenverkehrsgesetz SVG

- Art. 90 Abs. 1 12 E. 3a, 18

Sturmgewehr

- Sorgfaltspflichten 19 E. 3b/cc

Tätlichkeit

- allgemein 29 E. 3a

Trunkenheit

- Öffentlichkeit 4 E. 4

Unschuldsvermutung

- allgemein 28 E. 1e/cc

- Kassationsgründe 9 E. 2c

Untersuchungsbefehl

- Kommandantenwechsel 32 E. 4c/dd

- Zuständigkeit 32 E. 4c/cc

Unverwertbarkeit

- fehlende Verteidigung 20 E. 4b/ff

Urteilsbegründung

- durch blossen Verweis 20 E. 2c/bb

- rechtliches Gehör 20 E. 3b, 28 E. 1d

Verbindungsbusse

- Kumulation 16 E. 3a

Verjährung

- Verfolgung 32 E. 3

Verletzung des Dienstgeheimnisses

- allgemein 21 E. 3

Verletzung von Verkehrsregeln

- Konkurrenz 12 E. 5b f.

Veröffentlichung

- verbotene 21 E. 5

Verschiebung

- Hauptverhandlung 6 E. 3

Verteidigung

- notwendige 24 E. 3b

- wirksame 20 E. 4b/ff, 20
E. 4b, 23 E. 3,
24 E. 3c/ff, 26
E. 1c

Veruntreuung

- Munition 9

**Verordnung über das militärische
Kontrollwesen (VmK)**

- Art. 13 Abs. 2 7 E. 2.3
- Art. 16 Abs. 1 7 E. 2.4

**Verordnung über die Militärstraf-
rechtspflege (MStV)**

- Art. 38 Abs. 1 32 E. 4c/dd

Vorladung

- des Angeklagten zur HV 6 E. 3

Wegzug

- Abwesenheitsverfahren 2 E. 3

Willkür

- Beweiswürdigung 28 E. 1e/bb
- Kassationsgründe 9 E. 2c

Zusatzstrafe

- Disziplinarstraftordnung 18 E. 4b

Zuständigkeit

siehe Militärgerichtsbarkeit

Répertoire des mots clés et des articles de loi

ATMC volume 14 (N° 1-34)

	n°		n°
Abus de confiance		Cas de peu de gravité	
- munition	9	- abus et dilapidation de matériel	29 c. 4
Abus et dilapidation de matériel		- définition	25 c. 3b, 29 c. 2g
- cas de peu de gravité	20 c. 3b/bb, 29 c. 4	- fixation de la peine	29 c. 2g
- concours	12 c. 5b f.	- insoumission	1 c. 2, 10 c. 2a f.
- fusil d'assaut	19 c. 3c	- lésions corporelles	29 c. 3a
- généralités	29 c. 2c, 29 c. 2g	- obligation de motiver	29 c. 3d
Acte d'accusation		- vol	3 c. 5c, 25 c. 3b
- complément	6 c. 5, 34 c. 5b	Citation	
Ajournement		- de l'accusé aux débats	6 c. 3
- débats	6 c. 3	Code des obligations CO	
Amende liée à une peine avec sursis		- art. 46 al. 1	8 c. 3.1
- cumul	16 c. 3a	Code pénal CP	
Appréciation des faits en contradiction avec les pièces du dossier		- art. 193 al. 1	28
- motifs de cassation	9 c. 2c	- art. 261bis al. 2	31 c. 4
Appréciation des preuves		Code pénal militaire CPM	
- arbitraire	28 c. 1e/bb	- art. 8	28
Arbitraire		- art. 19	10 c. 4a f.
- appréciation des preuves	28 c. 1e/bb	- art. 36 al. 4	16 c. 3a
- motifs de cassation	9 c. 2c	- art. 40 al. 1	30 c. 2
Atteinte subie à la suite de l'acte		- art. 42 let. d	25 c. 4
- généralités	25 c. 5	- art. 43 al. 1	18 c. 4b, 29 c. 2c, 30 c. 2
Cadre de la peine		- art. 43 al. 1bis	29 c. 2c
- en cas de peine complémentaire	18 c. 4b	- art. 43 al. 2	18 c. 3b
Caractère public		- art. 46	25 c. 5
- ivresse	4 c. 4	- art. 72	7 c. 2.2 f.
		- art. 72 al. 1	21 c. 5a
		- art. 72 al. 2	17

- art. 73 ch. 1 12 c. 3b, 19 c. 3c, 20 c. 3b/bb
- art. 73 ch. 2 29 c. 2g
- art. 77 21 c. 3
- art. 78 ch. 1 32 c. 5f
- art. 80 4 c. 4
- art. 81 al. 1 let. a 22 c. 3a
- art. 81 al. 1 let. b 6 c. 4, 11 c. 3
- art. 82 al. 1 let. b 1 c. 2.1, 2 c. 3, 7 c. 2.1, 15 c. 3a, 16 c. 2 f.
- art. 82 al. 2 1 c. 2.1, 10 c. 2a f.
- art. 94 10 c. 4a, 33 c. 6 ff.
- art. 121 4 c. 3
- art. 122 ch. 1 al. 1 29 c. 3a
- art. 122 ch. 1 al. 2 29 c. 3a
- art. 124 ch. 1 al. 2 29 c. 2g
- art. 130 9
- art. 131 al. 1 13 c. 2, 25 c. 3b
- art. 131 al. 2 3 c. 3 ff.
- art. 144b 3 c. 5c
- art. 171c par.1 al. 2 31 c. 4
- art. 182 al. 4 18 c. 3b
- art. 188 let. a 18 c. 4a

Commission de visite sanitaire CVS

- insoumission 15 c. 6 ff.

Compétence

voir Juridiction militaire

Concours

- abus et dilapidation de matériel 12 c. 5b f.
- généralités 29 c. 2c
- rétrospectif 18 c. 3b/4b
- violation des règles de la circulation 12 c. 5b f.

Condition de punissabilité

- objective 21 c. 6b

Congé à l'étranger

- insoumission 7 c. 2.4

Constitution fédérale

- art. 29 2 c. 4, 3 c. 4b, 28 c. 1d
- art. 32 al. 1 28 c. 1e/cc
- art. 32 al. 2 3 c. 4b

Convention européenne des droits de l'homme CEDH

- art. 6 ch. 1 3 c. 4b
- art. 6 ch. 3 3 c. 4b
- art. 6 ch. 3 let. c 2 c. 4

Corps des gardes-frontière

- juridiction militaire 34 c. 1b
- tâches 34 c. 6c/aa

Débats

- ajournement 6 c. 3
- comparution personnelle 6 c. 3
- procédure par défaut 2 c. 3c

Défense

- efficace 20 c. 4b/ff, 20 c. 4b, 23 c. 3, 24 c. 3c/ff, 26 c. 1c
- obligatoire 24 c. 3b

Déménagement

- procédure par défaut 2 c. 3

Dessein d'appropriation

- en cas de vol 13 c. 2.6

Dessein d'enrichissement

- en cas de vol 13 c. 2.7

Détention

- en cas d'absence 3 c. 5a f.
- limitée 3 c. 5a f.

Devoirs de prudence

- dépôt d'un fusil d'assaut 19 c. 3c
- pétards 17 c. 3c/6b
- responsabilités 17 c. 6a

Discrimination raciale

- généralités 31 c. 4

Dispositions concernant les fautes disciplinaires

- relation avec la partie générale du CPM 18 c. 3a

Dol éventuel

- distinction 32 c. 5f/bb
- généralités 34 c. 4b

Droit d'être entendu

- obligation de motiver 20 c. 2c/bb

Echec de la mise à l'épreuve

- peine d'ensemble 30 c. 2

Erreur

- sur l'illicéité 10 c. 4a f.

Exercice de combat

- devoirs de prudence 17 c. 3c

Fait justificatif

- usage d'une arme à feu 34 c. 6d

Faux dans les documents de service

- élément subjectif 32 c. 5f

Fixation de la peine

- amende liée à une peine avec sursis 16 c. 3a
- cas de peu de gravité 29 c. 2g
- concours 29 c. 2c
- échec de la mise à l'épreuve 30 c. 2
- généralités 33 c. 5
- peine complémentaire 18 c. 4b
- peine d'ensemble 29 c. 2c
- principe d'aggravation 29 c. 2c
- refus de servir 22 c. 3b

Frais

- défense 8 c. 3.3.2

Frais d'avocat

- fixation 8 c. 3.3.2
- remboursement 8 c. 3.2.1

Frais de guérison

- réparation du dommage 8 c. 3.1.2

Fusil d'assaut

- devoirs de prudence 19 c. 3b/cc

in dubio pro reo

voir Présomption d'innocence

Inexploitabilité

- absence de défense 20 c. 4b/ff

Inobservation des prescriptions de service

- changement d'adresse 7 c. 2.3
- généralités 21 c. 5a
- par négligence 17
- prescriptions de sécurité 17 c. 3a

Inscription au casier judiciaire

- motifs de révision 5 c. 2

Insoumission

- amende liée à une peine avec sursis 16 c. 3b
- cas de peu de gravité 1 c. 2, 10 c. 2a f.
- congé à l'étranger 7 c. 2.1
- participation à la CVS 15 c. 3 f.
- procédure par défaut 2 c. 3
- réalisation 11 c. 3

Interrogatoire

- rapport écrit 2 c. 4

Ivresse

- caractère public 4 c. 4

Juridiction militaire

- Corps des gardes-frontière 34 c. 1b

Lésions corporelles

- cas de peu de gravité 29 c. 3a
- graves 4 c. 3
- par aveuglement 20 c. 3b/bb
- par négligence 29 c. 3a
- réparation du dommage 8 c. 3.1
- simples 20 c. 3b/bb

Loi sur la circulation routière LCR

- art. 90 al. 1 12 c. 3a, 18

Loi sur l'armée LAAM

- art. 12 15 c. 3 ff.
- art. 20 15 c. 7

- art. 25	15 c. 3a
- art. 25 al. 1 let. c	1 c. 2.3.1
- art. 27	7 c. 2.3
- art. 41 al. 1	15 c. 4
- art. 41 al. 3	15 c. 5b
- art. 63 al. 1 let. a	1 c. 2.3.1
Maxime d'accusation	
- élément subjectif	4 c. 3b
- généralités	3 c. 4b, 6 c. 5b, 14 c. 2a f.
Motifs de cassation	
- appréciation des faits en contradiction avec les pièces du dossier	9 c. 2c
- arbitraire	9 c. 2c, 28 c. 1e/aa
- distinction	9 c. 2d, 28 c. 1f
- motivation insuffisante	9 c. 2b, 28 c. 1d, 29, 29 c. 5
- présomption d'innocence	9 c. 2c
- procédure par défaut	6 c. 3
- qualification juridique	6 c. 2c
- relatif	2 c. 2
Motifs de révision	
- appréciation juridique	5 c. 2
- inscription au casier judiciaire	5 c. 2
Motivation du jugement	
- droit d'être entendu	20 c. 3b, 28 c. 1d
- par simple renvoi	20 c. 2c/bb
Munition	
- vol	25 c. 2
Nova	
- faits	17 c. 5b
- moyens de droit	17 c. 2
Ordonnance concernant la justice pénale militaire (OJPM)	
- art. 38 al. 1	32 c. 4c/dd

Ordonnance d'enquête

- changement de commandant	32 c. 4c/dd
- compétence	32 c. 4c/cc

Ordonnance sur les contrôles militaires (OCoM)

- art. 13 al. 2	7 c. 2.3
- art. 16 al. 1	7 c. 2.4

Peine complémentaire

- dispositions concernant les fautes disciplinaires	18 c. 4b
---	----------

Peine d'ensemble

- en cas d'échec de la mise à l'épreuve	30 c. 2
---	---------

- obligation de motiver	29 c. 2d
-------------------------	----------

Pourvoi en cassation

- cognition	9 c. 2a
- conditions d'entrée en matière	27 c. 3d
- légitimation active de l'Auditeur en chef	26 c. 1b
- nature	9 c. 2a
- préjudice juridique	27 c. 3d
- preuve de l'intérêt	27 c. 3d

Prescription

- action pénale	32 c. 3
-----------------	---------

Présomption d'innocence

- généralités	28 c. 1e/cc
- motifs de cassation	9 c. 2c

Principe d'aggravation

- sanction disciplinaire	29 c. 2c
--------------------------	----------

Principe d'allégation

- qualifié	27 c. 2
------------	---------

Procédure par défaut

- débats	2 c. 3c
- généralités	23 c. 3a, 24 c. 3c
- motifs de cassation	6 c. 3

Procédure pénale militaire PPM

- art. 101 al. 1	32 c. 4c/cc
- art. 109 al. 2	20 c. 4b/cc

- art. 115 let. b	3 c. 4b, 4 c. 3b
- art. 125	6 c. 3
- art. 127 al. 1	23 c. 3a, 24 c. 3b
- art. 130 al. 1	6 c. 3c, 23 c. 3a
- art. 131 al. 2	6 c. 3c
- art. 148	6 c. 4
- art. 148 al. 2	14 c. 2a f.
- art. 155	23 c. 3a
- art. 155 al. 2	2 c. 3c
- art. 156	26 c. 1d
- art. 172 al. 2	8 c. 2
- art. 185 al. 1 let. c	2 c. 3c, 3 c. 2b, 3 c. 4, 6 c. 2c, 20 c. 4b/bb, 23 c. 3a, 24 c. 3a, 26 c. 1c, 27 c. 3a
- art. 185 al. 1 let. e	2 c. 3c, 9 c. 2b, 20 c. 2c/aa, 28 c. 1d, 29 c. 5
- art. 185 al. 1 let. f	2 c. 3b, 9 c. 2c, 11 c. 3c, 28 c. 1e/aa
- art. 185 al. 2	3 c. 2c
- art. 186	22 c. 1, 23 c. 1, 24 c. 3c/ff, 26 c. 1b
- art. 187 al. 2	4 c. 2b, 14 c. 1c
- art. 189 al. 2	27 c. 2
- art. 189 al. 4	17 c. 1
- art. 200	5 c. 2
- art. 46 al. 4	14 c. 1c
Protection de l'ouïe	
- devoirs de prudence	17 c. 5a
Publication	
- interdite	21 c. 5

Qualification juridique

- modification	6 c. 4, 14 c. 2a f.
- motifs de cassation	6 c. 2c
- motifs de révision	5 c. 2

Qualité pour recourir

- de l'Auditeur en chef	22 c. 1, 23 c. 1, 24 c. 3b, 26 c. 1b
-------------------------	--------------------------------------

Refus de servir

- échec de la mise à l'épreuve	30 c. 2
- fixation de la peine	22 c. 3b
- variantes	22 c. 3a

Règlement 51.024 "Organisation des services d'instruction de l'armée" (OSI)

- ch. 299	21 c. 5b
- ch. 310	21 c. 5b

Règlement 51.030 "Prescriptions générales de sécurité pour les exercices d'engagement et les tirs de combat"

- ch. 223	17 c. 6b
- ch. 297	17 c. 3d
- généralités	17 c. 3a

Règlement 52.059 "Sécurité intégrale" (SI)

- ch. 58	21 c. 5b
----------	----------

Réparation du dommage

- causalité adéquate	8 c. 3.1.1
- frais de guérison	8 c. 3.1.2

Repentir

- sincère	25 c. 4
-----------	---------

Sanction disciplinaire

- principe d'aggravation	29 c. 2c
--------------------------	----------

Secret de service

- généralités	21 c. 4
---------------	---------

Service militaire

- notion	15 c. 3a
----------	----------

Service militaire étranger

- fixation de la peine 33 c. 6 ff.
- généralités 10 c. 4a
- objet protégé 33 c. 6.1
- réalisation 33 c. 4.1.3

Services d'instruction

- généralités 15 c. 4

Tir obligatoire

- hors du service 1 c. 2.3.1, 7 c. 2.2
- insoumission 2 c. 3

Tort moral

- fixation 8 c. 3.3.2

Unité d'action

- naturelle 25 c. 3b

Usage d'une arme à feu

- fait justificatif 34 c. 6d

Violation des règles de la circulation

- concours 12 c. 5b f.

Violation du secret de service

- généralités 21 c. 3

Voies de fait

- généralités 29 c. 3a

Vol

- au préjudice de camarades 3 c. 3b
- cas de peu de gravité 3 c. 5c, 25 c. 3b
- dessein d'appropriation 13 c. 2.6
- dessein d'enrichissement 13 c. 2.7
- détention 3 c. 5a f.
- fusil d'assaut 19 c. 3c
- munition 25 c. 2

Indice delle parole chiave e delle leggi

STMC volume 14 (n° 1-34)

n°		n°	
Abuso e sperpero di materiali		- omissione del servizio	1 c. 2, 10 E. 2a f.
- caso di lieve gravità	20 c. 3b/bb, 29 c. 4	- uso improprio e sperpero di materiale	29 E. 4
- concorrenza	12 c. 5b f.	Citazione a comparire	
- fucile d'assalto	19 c. 3c	- dell'accusato al dibattimento	6 c. 3
- generale	29 c. 2c, 29 E. 2g	Codice delle obbligazioni CO	
Apprezzamento delle prove		- art. 46 cpv. 1	8 c. 3.1
- arbitrio	28 c. 1e/bb	Codice militare CM	
Apprezzamento giuridico		- art. 12	15 c. 3 ff.
- modifica	6 c. 4, 14 E. 2a f.	- art. 20	15 c. 7
- motivi di cassazione	6 c. 2c	- art. 25	15 c. 3a
- motivi di revisione	5 c. 2	- art. 25 cpv. 1 lett. c	1 c. 2.3.1
Appropriazione indebita		- art. 27	7 c. 2.3
- munizioni	9	- art. 41 cpv. 1	15 c. 4
Arbitrio		- art. 41 cpv. 3	15 c. 5b
- apprezzamento delle prove	28 c. 1e/bb	- art. 63 cpv. 1 lett. a	1 c. 2.3.1
- motivi di cassazione	9 c. 2c	Codice penale CP	
Atto d'accusa		- art. 193 cpv. 1	28
- completamento	6 c. 5, 34 c. 5b	- art. 261bis cpv. 2	31 c. 4
Audizione		Codice penale militare CPM	
- rapporto scritto	2 c. 4	- art. 8	28
Caso di lieve gravità		- art. 19	10 c. 4a f.
- commisurazione della pena	29 c. 2g	- art. 36 cpv. 4	16 c. 3a
- danno corporale	29 c. 3a	- art. 40 cpv. 1	30 c. 2
- definizione	25 c. 3b, 29 E. 2g	- art. 42 lett. d	25 c. 4
- furto	3 c. 5c, 25 E. 3b	- art. 43 cpv. 1	18 c. 4b, 29 E. 2c, 30 c. 2
- obbligo di motivazione	29 c. 3d	- art. 43 cpv. 1bis	29 c. 2c
		- art. 43 cpv. 2	18 c. 3b
		- art. 46	25 c. 5
		- art. 72	7 c. 2.2 f.

- art. 72 cpv. 1 21 c. 5a
- art. 72 cpv. 2 17
- art. 73 cifra 1 12 c. 3b, 19 c. 3c, 20 c. 3b/bb
- art. 73 cifra 2 29 c. 2g
- art. 77 21 c. 3
- art. 78 cifra 1 32 c. 5f
- art. 80 4 c. 4
- art. 81 cpv. 1 lett. a 22 c. 3a
- art. 81 cpv. 1 lett. b 6 c. 4, 11 c. 3
- art. 82 cpv. 1 lett. b 1 c. 2.1, 2 E. 3, 7 c. 2.1, 15 c. 3a, 16 E. 2 f.
- art. 82 cpv. 2 1 c. 2.1, 10 E. 2a f.
- art. 94 10 c. 4a, 33 c. 6 ff.
- art. 121 4 c. 3
- art. 122 cifra 1 cpv. 1 29 c. 3a
- art. 122 cifra. 1 cpv. 2 29 c. 3a
- art. 124 cifra. 1 cpv. 2 29 c. 2g
- art. 130 9
- art. 131 cpv. 1 13 c. 2, 25 E. 3b
- art. 131 cpv. 2 3 c. 3 ff.
- art. 144b 3 c. 5c
- art. 171c cpv. 1 al. 2 31 c. 4
- art. 182 cpv. 4 18 c. 3b
- art. 188 lett. a 18 c. 4a

Commissione per la visita sanitaria CVS

- omissione del servizio 15 c. 6 ff.

Commisurazione della pena

- caso di lieve gravità 29 c. 2g
- concorrenza 29 c. 2c
- generale 33 c. 5
- insuccesso del periodo di prova 30 c. 2
- multa 16 c. 3a
- pena aggiuntiva 18 c. 4b
- pena complessiva 29 c. 2c

- principio di inasprimento della pena 29 c. 2c
- rifiuto a prestare servizio militare 22 c. 3b

Competenza

- v. anche giurisdizione militare

Concorrenza

- generale 29 c. 2c
- retrospettiva 18 c. 3b/4b
- uso improprio e sperpero di materiale 12 c. 5b f.
- violazione di regole della circolazione stradale 12 c. 5b f.

Condizione di responsabilità penale

- oggettiva 21 c. 6b

Congedo per l'estero

- omissione del servizio 7 c. 2.4

Contraddizione con i documenti agli atti

- motivi di cassazione 9 c. 2c

Convenzione europea dei diritti dell'uomo CEDU

- art. 6 cifra 1 3 c. 4b
- art. 6 cifra 3 3 c. 4b
- art. 6 cifra 3 lett. c 2 c. 4

Corpo delle guardie di confine

- compiti 34 c. 6c/aa
- giurisdizione militare 34 c. 1b

Costituzione federale (Cost)

- art. 29 2 c. 4, 3 c. 4b, 28 c. 1d
- art. 32 cpv. 1 28 c. 1e/cc
- art. 32 cpv. 2 3 c. 4b

Danno corporale

- caso di lieve gravità 29 c. 3a
- da abbagliamento 20 c. 3b/bb
- grave 4 c. 3
- negligente 29 c. 3a
- risarcimento 8 c. 3.1
- semplice 20 c. 3b/bb

Dibattimento

- comparizione personale 6 c. 3
- procedura contumaciale 2 c. 3c
- rinvio 6 c. 3

Difesa

- efficace 20 c. 4b/ff, 20 c. 4b, 23 c. 3, 24 c. 3c/ff, 26 c. 1c
- necessaria 24 c. 3b

Diritto di essere sentito

- obbligo di motivazione 20 c. 2c/bb

Discriminazione razziale

- generale 31 c. 4

Dispositivo di protezione dell'udito

- diligenza 17 c. 5a

Dolo eventuale

- distinzione 32 c. 5f/bb
- generale 34 c. 4b

Errore

- sull'illiceità 10 c. 4a f.

Esercitazione di combattimento

- diligenza 17 c. 3c

Essere colpito dalle conseguenze dell'atto

- generale 25 c. 5

Falsificazione di documenti di servizio

- fattispecie soggettiva 32 c. 5f

Fucile d'assalto

- obblighi di diligenza 19 c. 3b/cc

Furto

- a commilitoni 3 c. 3b
- caso di lieve gravità 3 c. 5c, 25 E. 3b
- fucile d'assalto 19 c. 3c
- intenzione di appropriarsi 13 c. 2.6
- intenzione di realizzare un indebito profitto 13 c. 2.7
- munizione 25 c. 2
- possesso 3 c. 5a f.

Giurisdizione militare

- corpo delle guardie di confine 34 c. 1b

Giustificazione

- uso di armi da fuoco 34 c. 6d

In dubio pro reo

- v. presunzione d'innocenza

Inosservanza di prescrizioni di servizio

- cambiamento di indirizzo 7 c. 2.3
- generale 21 c. 5a
- negligente 17
- prescrizioni di sicurezza 17 c. 3a

Insuccesso del periodo di prova

- pena complessiva 30 c. 2

Intenzione di appropriarsi

- nel caso di furto 13 c. 2.6

Intenzione di realizzare un indebito profitto

- nel caso di furto 13 c. 2.7

Inutilizzabilità

- assenza di difesa 20 c. 4b/ff

Iscrizione a casellario giudiziale

- motivi di revisione 5 c. 2

Legge federale sulla circolazione stradale LCStr

- art. 90 cpv. 1 12 c. 3a, 18

Legittimazione a ricorrere

- dell'Uditore in capo 22 c. 1, 23 E. 1, 24 c. 3b, 26 c. 1b

Limite di pena

- in caso di pena aggiuntiva 18 c. 4b

Motivazione della decisione

- diritto di essere sentito 20 c. 3b, 28 E. 1d
- mediante semplice rinvio 20 c. 2c/bb

Motivi di cassazione

- apprezzamento giuridico 6 c. 2c
- arbitrio 9 c. 2c, 28 E. 1e/aa

- carente motivazione della decisione
9 c. 2b, 28 c.
1d, 29, 29 c. 5
- contraddizione con i documenti agli atti
9 c. 2c
- distinzione
9 c. 2d, 28
E. 1f
- presunzione d'innocenza
9 c. 2c
- procedura contumaciale
6 c. 3
- relativo
2 c. 2

Motivi di revisione

- apprezzamento giuridico
5 c. 2
- iscrizione a casellario giudiziale
5 c. 2

Multa

- cumulo
16 c. 3a

Munizioni

- furto
25 c. 2

Nova

- di diritto
17 c. 2
- fattuali
17 c. 5b

Obblighi di diligenza

- custodia del fucile d'assalto
19 c. 3c
- petardi
17 c. 3c/6b
- responsabilità
17 c. 6a

Obbligo di tiro

- fuori servizio
1 c. 2.3.1, 7
E. 2.2
- omissione del servizio
2 c. 3

Obiezione di coscienza

- commisurazione della pena
22 c. 3b
- insuccesso del periodo di prova
30 c. 2
- varianti della fattispecie
22 c. 3a

Omissione del servizio

- caso di lieve gravità
1 c. 2, 10 c. 2a
f.
- congedo per l'estero
7 c. 2.1
- multa
16 c. 3b

- partecipazione alla visita sanitaria
15 c. 3 f.

- procedura contumaciale
2 c. 3

- termine
11 c. 3

Ordinamento disciplinare

- rapporto con la parte generale del codice penale militare
18 c. 3a

Ordinanza concernente la giustizia penale militare OGPM

- art. 38 cpv. 1
32 c. 4c/dd

Ordinanza sui controlli militari OCoM

- art. 13 cpv. 2
7 c. 2.3
- art. 16 cpv. 1
7 c. 2.4

Ordine d'inchiesta

- cambio di comandante
32 c. 4c/dd
- competenza
32 c. 4c/cc

Pena aggiuntiva

- ordinamento disciplinare
18 c. 4b

Pena complessiva

- in caso di mancata buona condotta
30 c. 2
- obbligo di motivazione
29 c. 2d

Pena disciplinare

- principio di inasprimento della pena
29 c. 2c

Pentimento

- sincero
25 c. 4

Possesso

- allentato
3 c. 5a f.
- in caso di assenza
3 c. 5a f.

Prescrizione

- perseguimento
32 c. 3

Presunzione d'innocenza

- generale
28 c. 1e/cc
- motivi di cassazione
9 c. 2c

Principio accusatorio

- fattispecie soggettiva
4 c. 3b
- generale
3 c. 4b, 6 c. 5b,
14 c. 2a f.

Principio dell'allegazione

- qualificata
27 c. 2

Principio di inasprimento della pena

- pena disciplinare 29 c. 2c

Procedura contumaciale

- dibattimento 2 c. 3c

- generale 23 c. 3a, 24
E. 3c

- motivi di cassazione 6 c. 3

Procedura penale militare PPM

- art. 46 cpv. 4 14 c. 1c

- art. 101 cpv. 1 32 c. 4c/cc

- art. 109 cpv. 2 20 c. 4b/cc

- art. 115 lett. b 3 c. 4b, 4 E. 3b

- art. 125 6 c. 3

- art. 127 cpv. 1 23 c. 3a, 24
E. 3b

- art. 130 cpv. 1 6 c. 3c, 23
E. 3a

- art. 131 cpv. 2 6 c. 3c

- art. 148 6 c. 4

- art. 148 cpv. 2 14 c. 2a f.

- art. 155 23 c. 3a

- art. 155 cpv. 2 2 c. 3c

- art. 156 26 c. 1d

- art. 172 cpv. 2 8 c. 2

- art. 185 cpv. 1 lett. c 2 c. 3c, 3
E. 2b, 3 c. 4,
6 c. 2c, 20 c.
4b/bb, 23 c.
3a, 24 c. 3a,
26 E. 1c, 27
E. 3a

- art. 185 cpv. 1 lett. e 2 c. 3c, 9
E. 2b, 20 c.
2c/aa, 28 c.
1d, 29 c. 5

- art. 185 cpv. 1 lett. f 2 c. 3b, 9 c. 2c,
11 c. 3c, 28 c.
1e/aa

- art. 185 cpv. 2 3 c. 2c

- art. 186 22 c. 1, 23 c. 1,
24 c. 3c/ff, 26
c. 1b

- art. 187 cpv. 2 4 c. 2b, 14
E. 1c

- art. 189 cpv. 2 27 c. 2

- art. 189 cpv. 4 17 c. 1

- art. 200 5 c. 2

Pubblicità

- ubriachezza 4 c. 4

Pubblicità

- vietata 21 c. 5

Regolamento 51.024 Organizzazione dei servizi d'istruzione OSI

- cifra 299 21 c. 5b

- cifra 310 21 c. 5b

Regolamento 51.030 Prescrizioni generali di sicurezza per l'istruzione di reparto e il tiro

- cifra 223 17 c. 6b

- cifra 297 17 c. 3d

- generale 17 c. 3a

Regolamento 52.059 Sicurezza integrale SI

- cifra 58 21 c. 5b

Ricorso per cassazione

- cognizione 9 c. 2a

- condizioni di ricevibilità 27 c. 3d

- legittimazione attiva dell'UC
26 c. 1b

- natura 9 c. 2a

- pregiudizio giuridico 27 c. 3d

- prova di interesse 27 c. 3d

Rinvio

- dibattimento 6 c. 3

Riparazione del torto morale

- computo 8 c. 3.3.2

Risarcimento

- causalità adeguata 8 c. 3.1.1

- spese di cura 8 c. 3.1.2

Segreto di servizio

- generale 21 c. 4

Servizi di formazione

- generale 15 c. 4

Servizio militare

- definizione 15 c. 3a

Servizio militare straniero

- commisurazione della pena 33 c. 6 ff.
- generale 10 c. 4a
- oggetto protetto 33 c. 6.1
- termine 33 c. 4.1.3

Spese

- difesa 8 c. 3.3.2

Spese di cura

- risarcimento 8 c. 3.1.2

Spese legali

- computo 8 c. 3.3.2
- sostituzione 8 c. 3.2.1

Trasferimento

- procedura contumaciale 2 c. 3

Ubriachezza

- pubblicità 4 c. 4

Unità d'azione

- naturale 25 c. 3b

Uso di armi da fuoco

- giustificazione 34 c. 6d

Vie di fatto

- generale 29 c. 3a

Violazione del segreto di servizio

- generale 21 c. 3

Violazione di regole della circolazione stradale

- concorrenza 12 c. 5b f.

