



Entscheidungen des MKG, 13. Band / Arrêts du TMC, 13ème volume / Sentenze del TMC, 13° volume

19

Art. 157 Abs. 2 lit. b MStP; Verzicht auf Aufhebung des Abwesenheitsurteils im Wiederaufnahmeverfahren (Rekurs).

Der Entscheid über das unentschuldigte Fernbleiben von einer Hauptverhandlung im Wiederaufnahmeverfahren (Art. 157 Abs. 2 lit. b MStP) obliegt zwingend dem Gesamtgericht (im Sinne von Art. 8 MStP); Feststellung der Nichtigkeit einer entsprechenden Präsidialverfügung von Amtes wegen und Rückweisung zum erstmaligen Entscheid.

Art. 157 al. 2 let. b PPM; renonciation au relief (recours).

La décision sur une absence non excusée à l'audience de relief (art. 157 al. 2 let. b PPM) incombe de manière contraignante au tribunal dans son ensemble (au sens de l'art. 8 PPM); constatation d'office de la nullité d'une décision présidentielle correspondante et renvoi pour nouvelle décision de première instance.

Art. 157 cpv. 2 lett. b PPM; rinuncia alla revoca della sentenza contumaciale nell'ambito della riapertura della procedura (ricorso).

La decisione sull'assenza ingiustificata ad un dibattimento nell'ambito della riapertura della procedura (art. 157 cpv. 2 lett. b PPM) è di competenza cogente del tribunale completo (ai sensi dell'art. 8 PPM); accertamento ex officio della nullità di una relativa decisione presidiale e rinvio per una prima decisione.

Das Militärkassationsgericht hat festgestellt:

- A. Am 10. Juni 2009 sprach das Militärgericht 5 Fw M. H. in Abwesenheit der Militärdienstverweigerung im Sinne von Art. 81 Abs. 1 lit. b MStG schuldig und verurteilte ihn – nach Umwandlung von zwei früheren, am 29. Mai 2007 bzw. am 4. Juni 2007 bedingt ausgesprochenen, auf Geldstrafe lautenden Vorstrafen – im Sinne einer Gesamtstrafe zu einer Freiheitsstrafe von 9 Monaten. Gleichzeitig widerrief es den bedingt gewährten Strafvollzug der beiden obgenannten Urteile sowie eines weiteren, auf eine Gefängnisstrafe von 30 Tagen lautenden Urteils vom 12. Dezember 2005. Schliesslich schloss das Mil Ger 5 Fw M. H. aus der Armee aus und auferlegte ihm die Verfahrenskosten von Fr. 870.–.
- B. Am 30. September 2009 ersuchte Fw M. H. um Aufhebung des Abwesenheitsurteils vom 10. Juni 2009. Mit Schreiben vom 8. Oktober 2009 bezeichnete der Präsident II Mil Ger 5 den 9. Dezember 2009 als möglichen Termin für eine Wiederaufnahme des Verfahrens, worauf Fw M. H. mit Verfügung vom 4. November 2009 auf dieses Verhandlungsdatum vorgeladen wurde. Die Zustellung der Vorladung erfolgte polizeilich erst am 30. November 2009, nachdem Fw M. H. der postalischen Abholungseinladung keine Folge geleistet hatte.

Mit per Fax übermitteltem Schreiben vom 7. Dezember 2009 ersuchte Fw M. H. u.a. um Verschiebung der Hauptverhandlung vom 9. Dezember 2009. Zur Begründung führte er gestützt auf eine Bestätigung seiner Arbeitgeberin aus, wider Erwarten finde vom 5. bis 31. Dezember 2009 in England eine Konzerttournee von Miley Cyrus statt, wo er als Fahrer wie auch als Tontechniker unabkömmlich sei; deshalb sei die Verhandlung auf den Januar 2010 zu verschieben.

Der Präsident II Mil Ger 5 wies dieses Verschiebungsgesuch gleichentags mit der Begründung ab, es treffe zwar zu, dass Miley Cyrus im Dezember 2009 in England auf Tournee sei. Dies habe jedoch keinen direkten Einfluss auf die Frage, ob Fw M. H. deshalb "mit genügendem Grund" nicht an der Wiederaufnahme-verhandlung vom 9. Dezember 2009 teilnehmen könne. Er habe spätestens seit dem 8. Oktober 2009 vom neuen Verhandlungsdatum wissen müssen, weshalb er sich rechtzeitig mit seiner Arbeitgeberin hätte in Verbindung setzen können. Angesichts seines Gesuches um Wiederaufnahme habe er mit einer bald erfolgenden Verhandlung rechnen müssen. Das Verschiebungsgesuch zwei Tage vor der Verhandlung sei ungenügend und darüber hinaus angesichts der Umstände verspätet.

- C. Am 9. Dezember 2009 erschien Fw M. H. nicht zur Hauptverhandlung. In einem als "Protokoll" dieser Verhandlung betitelten Dokument, das einzig vom Gerichtsschreiber unterzeichnet ist, wurde Folgendes festgehalten:

- "1. Der Präsident eröffnet die Verhandlung in Sachen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, vertreten durch den Auditor Maj M. L., gegen den Angeklagten Fw M. H., amtlich verteidigt durch RA B. M., und stellt fest, dass der Angeklagte selbst nicht erschienen ist.
2. Der Präsident führt aus, dass der Angeklagte am 7. Dezember 2009 ein Verschiebungsgesuch für die heutige Hauptverhandlung gestellt habe. Der Präsident führt weiter aus, dass er dieses Gesuch nicht als genügend

erachtet habe. Das heutige unentschuldigtes Fernbleiben von der Hauptverhandlung müsse daher als Verzicht auf Aufhebung des Abwesenheitsurteils angenommen werden.

2. (recte: 3) Die Verhandlung wird geschlossen.

Mündlich eröffnet: 16:45 Uhr."

- D. Mit Verfügung vom 10. Dezember 2009 wertete der Präsident II Mil Ger 5 die Abwesenheit von Fw M. H. als unentschuldigtes Fernbleiben von der Verhandlung, das nach Art. 157 Abs. 2 lit. b MStP als Verzicht auf Aufhebung eines Abwesenheitsurteils gilt. Gleichzeitig stellte der Präsident II Mil Ger 5 fest, das Abwesenheitsurteil vom 10. Juni 2009 sei in Rechtskraft erwachsen.

Zur Begründung führte er aus, am 9. Dezember 2009 sei Fw M. H. im Rahmen des Wiederaufnahmeverfahrens der Hauptverhandlung ferngeblieben. Die im Verschiebungsgesuch vom 7. Dezember 2009 geltend gemachte Unabkömmlichkeit sei bei einem Weltkonzern, wie er hinter der Arbeitgeberin von Fw M. H. stehe, unglaublich. Dieser hätte bei den heute bestehenden Flugverbindungen ganz leicht zu günstigen Preisen für ein oder zwei Tage von England in die Schweiz reisen können, um an der Hauptverhandlung teilzunehmen. Die Begründung des Verschiebungsgesuches sei deshalb ungenügend, weshalb Fw M. H. der Verhandlung unentschuldig ferngeblieben sei.

- E. Mit Rekurs vom 30. Dezember 2009 gelangte Fw M. H. an das Militärkassationsgericht mit den Hauptanträgen, es sei – unter Erteilung der aufschiebenden Wirkung – "der Entscheid des Militärgerichts 5 vom 10. Dezember 2009 betreffend Wiederaufnahme i.S. Fw M. H. (Mil Ger 5 08 223) aufzuheben" und "eine neuerliche Hauptverhandlung zur Neuurteilung des Abwesenheitsurteils vom 10. Juni 2009 betreffend Militärdienstversäumnis i.S.v. Art. 82 Abs. 1 MStG und Widerruf des bedingten Strafvollzuges (MG 5 08 223) anzusetzen".

Zur Begründung führt der Rekurrent im Wesentlichen aus, angefochten sei der vom Präsidenten II des Mil Ger 5 stammende Entscheid vom 10. Dezember 2009, der ausnahmsweise mit Rekurs ans MKG weiterziehbar sei. Durch diesen Entscheid werde er unmittelbar beschwert, da er bei Rechtskraft des Abwesenheitsurteils den Strafvollzug antreten müsste. In materieller Hinsicht substantiierte der Rekurrent im Einzelnen die Gründe für die geltend gemachte Unabkömmlichkeit während der Konzerttournee von Miley Cyrus.

- F. Während der Auditor Mil Ger 5 auf eine Vernehmlassung verzichtete, bestätigte der Präsident II des Mil Ger 5 in seiner Stellungnahme vom 26. Januar 2010 seine Auffassung, wonach die vom Rekurrenten vorgebrachten Beteuerungen weder nachvollziehbar noch glaubhaft seien.

Dazu nahm der Rekurrent am 2. Februar 2010 unaufgefordert Stellung. Auf Einladung des Präsidenten des Militärkassationsgerichts reichte er am 25. März 2010 eine ausführliche Replik ein.

- G. Mit Verfügung vom 12. Februar 2010 erteilte der Präsident des Militärkassationsgerichts dem Rekurs antragsgemäss die aufschiebende Wirkung.

Das Militärkassationsgericht hat erwogen:

1. Das Militärkassationsgericht prüft von Amtes wegen und mit voller Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen für die Behandlung der bei ihm eingereichten Rechtsmittel gegeben sind (Art. 13 MStP).

- a) Nach Art. 157 Abs. 2 lit. b MStP wird der Verzicht auf Aufhebung eines Abwesenheitsurteils angenommen, wenn der in Abwesenheit Verurteilte einer Vorladung des Gerichts zur Hauptverhandlung im Wiederaufnahmeverfahren unentschuldigt keine Folge leistet.

Nach Art. 195 lit. b MStP (gemäss Fassung vom 3. Oktober 2008; vormals lit. d) kann bei einer Verweigerung der Wiederaufnahme des Verfahrens, wie sie hier streitig ist, gegen Entscheide der *Militär- und der Militärappellationsgerichte*, sofern die Appellation oder die Kassationsbeschwerde nicht zulässig ist, Rekurs an das Militärkassationsgericht erhoben werden (vgl. MKGE 12 Nr. 8 E. 1a und Nr. 31 E. 1).

- b) Vorliegend hat der Rekurrent aber nicht den Entscheid eines Militärgerichts angefochten, dessen Spruchkörper nach Art. 8 Abs. 1 MStP aus einem Präsidenten sowie aus vier Richtern und einem Gerichtsschreiber zusammengesetzt sein müsste.

Anfechtungsobjekt ist hier einzig die Verfügung des Präsidenten II Mil Ger 5 vom 10. Dezember 2009, wonach die Abwesenheit des Rekurrenten anlässlich der Hauptverhandlung vom Vortag mangels Entschuldigung nach Art. 157 Abs. 2 lit. b MStP als Verzicht auf Aufhebung des Abwesenheitsurteils vom 10. Juni 2009 zu gelten habe (und dieses Urteil deshalb in Rechtskraft erwachsen sei).

Zu Recht macht keiner der Verfahrensbeteiligten geltend, dass die am 10. Dezember 2009 (d.h. ein Tag nach der Hauptverhandlung) erlassene Verfügung des Präsidenten II Mil Ger 5 eine allfällige Meinungsbildung des Mil Ger 5 widerspiegeln würde. Den Akten lassen sich jedenfalls keine Anhaltspunkte entnehmen, dass am 9. Dezember 2009 das Mil Ger 5 – als Spruchkörper – angesichts des Fernbleibens des Rekurrenten die Frage der Verweigerung der Wiederaufnahme des Verfahrens nach Art. 157 Abs. 2 lit. b MStP erörtert und darüber einen Entscheid gefasst hätte, der – aus welchem Grund auch immer – in die Form einer "Präsidialverfügung gegossen" worden wäre. Insbesondere das als "Protokoll" dieser Verhandlung betitelte (und – in Abweichung von Art. 39 Abs. 3 MStP – nur vom Gerichtsschreiber unterzeichnete) Dokument (act. 156) erlaubt keinerlei verlässliche Schlüsse hinsichtlich dieser Frage, welche eine Zurechnung der angefochtenen Verfügung zum Mil Ger 5 erlauben würde. In diesem "Protokoll" ist ausschliesslich von den Meinungsäusserungen des Präsidenten die Rede.

- c) Angesichts des Wortlauts von Art. 195 lit. b MStP, der den Entscheid eines als Spruchkörper gemäss Art. 8 Abs. 1 MStP zusammengesetzten *Gerichts* voraussetzt, stellt sich vorab die Frage, ob der Präsident II Mil Ger 5 überhaupt befugt war, als Einzelrichter die Entschuldbarkeit der Absenz des Rekurrenten anlässlich der Hauptverhandlung vom 9. Dezember 2009 im Lichte von Art. 157

Abs. 2 lit. b MStP alleine zu würdigen und in der angefochtenen Verfügung zu beurteilen.

aa) Diese Frage ist zu verneinen. Angesichts der prozessualen Tragweite und der materiellen Folgen, welche ein solcher Entscheid für in Abwesenheit Verurteilte bedeuten kann (i.c. der sofortige Antritt einer längeren Freiheitsstrafe), obliegt der Entscheid über die Entschuldbarkeit des Fernbleibens von einer Hauptverhandlung im Wiederaufnahmeverfahren nach Art. 157 Abs. 2 lit. b MStP zwingend dem Gesamtgericht, das alle ihm (in diesem Zeitpunkt) bekannten relevanten Umstände sorgfältig zu würdigen und abzuwägen hat. Deshalb wird in Art. 195 lit. b MStP auch der Entscheid des *Gerichts* (und nicht eines Einzelrichters) als mit Rekurs ans Militärkassationsgericht weiterziehbar erklärt. Diese Kompetenzzuordnung entspricht, wenn auch nie explizit thematisiert, fester Rechtsprechung (vgl. für viele: MKGE 12 Nr. 8 E. 1a; 11 Nr. 86 E. 2; 11 Nr. 81 E. 1; 11 Nr. 62 E. 2b; 10 Nr. 105 E. 1b; 10 Nr. 81 E. 2; im gleichen Sinn auch: ANTONIO ABATE, in: Wehrenberg/Martin/Flachsmann/Bertschi/Schmid [Hrsg.], Kommentar zum Militärstrafprozess, Zürich 2008, N 16 zu Art. 157 MStP; ANDRÉ W. MOSER, Kommentar MStP, a.a.O., N 37 zu Art. 184 MStP). Es wäre mit dem System des Militärstrafprozesses nicht zu vereinbaren, wenn – wie hier – in einer Streitfrage, die anlässlich einer Hauptverhandlung dem tagenden Militärgericht vorlag, nicht das Gesamtgericht, sondern einzig dessen Präsident als Einzelrichter zum Entscheid befugt wäre.

bb) Somit überschritt der Präsident II Mil Ger 5 mit dem Erlass der angefochtenen Verfügung die in den Art. 157 Abs. 2 lit. b MStP und Art. 195 lit. b MStP vorgezeichnete Kompetenzordnung.

Nach Auffassung des Militärkassationsgerichts ist die angefochtene Verfügung – im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. BGE 132 II 342 E. 2.1, S. 346; BGE 118 Ia 336 E. 2a, S. 340, je mit Hinweisen) – nicht nur als anfechtbar, sondern als nichtig zu erachten, weil der ihr anhaftende Zuständigkeitsmangel besonders schwer und zudem leicht erkennbar ist, wobei die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Dieser Verfügung geht somit jede Verbindlichkeit und Rechtswirksamkeit ab (für viele: MKGE 11 Nr. 31 E. 2a, S. 127 f., sowie 10 Nr. 2 E. 1c/bb, S. 8; BGE 132 II 342 E. 2.1, S. 346, je mit Hinweisen).

2. Zusammenfassend war der Präsident II Mil Ger 5 nach der gesetzlichen Ordnung in zumindest leicht erkennbarer Weise nicht zuständig, anstelle des Militärgerichts 5 gestützt auf Art. 157 Abs. 2 lit. b MStP die Frage eines allfälligen Verzichts auf Aufhebung des Abwesenheitsurteils vom 10. Juni 2009 zu prüfen und darüber einen Entscheid zu fällen.

Insofern erweist sich die von ihm am 10. Dezember 2009 erlassene Verfügung als nichtig, was das Militärkassationsgericht von Amtes wegen festzustellen hat (vgl. BGE 132 II 342 E. 2.1, S. 346, mit Hinweisen). Damit fehlt im vorliegenden Verfahren ein vom zuständigen Militärgericht 5 getroffener Entscheid im Sinne von Art. 195 lit. b MStP zur Frage, ob der Rekurrent der Hauptverhandlung im Wiederaufnahmeverfahren unentschuldigt fern blieb, was nach Art. 157 Abs. 2 lit. b MStP die Annahme des Verzichts auf Aufhebung des Abwesenheitsurteils rechtfertigen

könnte. Angesichts der in der Replik vom 25. März 2010 neu vertieft vorgetragenen Argumente bedarf diese Frage sorgfältiger Prüfung.

Kann mangels Anfechtungsobjekt der Rekurs vom Militärkassationsgericht materiell nicht überprüft werden, wie dies Art. 198 MStP voraussetzt, muss die Sache zum erstmaligen Entscheid an das zuständige Militärgericht 5 zurückgewiesen werden.

3. Bei diesem Ergebnis gehen die Kosten des Verfahrens vor dem Militärkassationsgericht zu Lasten des Bundes (Art. 199 MStP in Verbindung mit Art. 183 Abs. 1 MStP).

Das Militärkassationsgericht hat erkannt:

1. Es wird festgestellt, dass die Verfügung des Präsidenten II Mil Ger 5 vom 10. Dezember 2009 nichtig ist.
2. Die Sache geht zum Entscheid an das Mil Ger 5 zurück.
3. Die Kosten des Verfahrens vor dem Militärkassationsgericht gehen zu Lasten des Bundes.

(Nr. 819, 25. Juni 2010, M. H. g. gegen Mil Ger 5)