



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

9

Art. 184 Abs. 1 lit. a, Art. 185 Abs. 1 lit. b und Art. 195 MStP; Anfechtung von Zwischenentscheiden betreffend die Zuständigkeit; Zulässigkeit des Rechtsmittels (Kassationsbeschwerde).

Gegen die Zuständigkeit bejahende Zwischenentscheide von Militärappellationsgerichten steht weder die Kassationsbeschwerde (E. 1 und 2) noch der Rekurs offen (E. 3).

Art. 193 und 195 lit. f MStP; Entschädigung des amtlichen Verteidigers.

Bestätigung der langjährigen Praxis des MKG, wonach die Entschädigung des amtlichen Verteidigers (im Unterschied zu jener des Privatverteidigers) nicht durch das Gesamtgericht im Urteil selber, sondern durch gesonderte Verfügung des Präsidenten erfolgt und daher weder mit Rekurs noch mit einem anderen Rechtsmittel angefochten werden kann (E. 5).

Art. 184 al. 1 let. a, art. 185 al. 1 let. b et art 195 PPM ; contestation d'une décision incidente au sujet de la compétence ; recevabilité (pourvoi en cassation).

Ni le pourvoi en cassation (consid. 1 et 2) ni le recours (consid. 3) ne sont ouverts contre les décisions incidentes par lesquelles un tribunal militaire d'appel admet sa compétence.

Art. 193 et 195 let. f PPM ; indemnité du défenseur d'office.

Confirmation de la jurisprudence constante du TMC selon laquelle l'indemnité du défenseur d'office (à la différence de celle du défenseur de choix) n'est pas fixée par le tribunal dans le jugement même, mais dans le cadre d'une ordonnance séparée du président, laquelle ne peut être attaquée ni par la voie du recours ni par un autre moyen de droit (consid. 5).

Art. 184 cpv. 1 lett. a, art. 185 cpv. 1 lett. b e art. 195 PPM; impugnazione di decisioni incidentali relative alla competenza; ammissibilità del rimedio di diritto (ricorso per cassazione).

Contro le decisioni incidentali dei tribunali militari d'appello con cui questi si

dichiarano competenti non è dato né il ricorso per cassazione (consid. 1 e 2), né il ricorso (consid. 3).

Art. 193 e 195 lett. f PPM; indennità del difensore d'ufficio.

Conferma della prassi pluriennale del TMC secondo cui l'indennità del difensore d'ufficio (a differenza di quella del difensore di fiducia) non viene fissata dal Tribunale nella sentenza medesima, ma con decisione separata del Presidente, motivo per cui non è possibile impugnarla né con ricorso, né con un altro rimedio di diritto (consid. 5).

Das Militärkassationsgericht hat festgestellt:

- A.** Gegen Four A. S. wurde mit Untersuchungsbefehl vom 30. Oktober 2006 eine militärstrafrechtliche Voruntersuchung im Zusammenhang mit "Buchführungs-unregelmässigkeiten in der Kasse des «Kioskvereins» des Flpl Kdo 13 im FDT 2005" eingeleitet und mit Verfügung des Untersuchungsrichters des Militärgerichts 5 vom 4. Januar 2007 formell eröffnet. Mit Anklageschrift vom 3. April 2007 erhob der Auditor Militärgericht 5 gegen Four S. Anklage wegen Veruntreuung, ungetreuer Geschäftsbesorgung, Urkundenfälschung, Unterdrückung von Urkunden und Fälschung dienstlicher Aktenstücke.

Mit Beschluss vom 29. Mai 2007 lehnte das Militärgericht 5 nach gleichentags durchgeführter Hauptverhandlung seine Zuständigkeit von Amtes wegen ab mit der Begründung, Four S. unterstehe im Zusammenhang mit allfälligen Delikten betreffend "Kioskverein Flpl Kdo 13" nicht der Militärgerichtsbarkeit.

- B.** Auf Appellation des Auditors hin hob das Militärappellationsgericht 2 mit Beschluss vom 29. Oktober 2007 den Unzuständigkeitsentscheid des Militärgerichts 5 auf, bei gleichzeitiger Feststellung, dass Four S. der Militärgerichtsbarkeit unterstehe, und wies die Sache zur materiellen Beurteilung an das Militärgericht 5 zurück.

Das Militärappellationsgericht 2 versah seinen Beschluss mit einer Rechtsmittelbelehrung, gemäss welcher innert fünf Tagen seit der mündlichen Eröffnung beim MAG 2 schriftlich die Kassationsbeschwerde zu Händen des Militärkassationsgerichts erklärt werden könne.

- C.** Am 31. Oktober 2007 lässt Four A. S., vertreten durch seinen amtlichen Verteidiger, Kassationsbeschwerde anmelden und mit fristgerechter Eingabe vom 4. Dezember 2007 begründen, verbunden mit dem Antrag, den Beschluss des Militärappellationsgerichts 2 vom 29. Oktober 2007 aufzuheben und festzustellen, dass der Angeklagte der Militärgerichtsbarkeit nicht unterstehe, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Staatskasse. In materieller Hinsicht wird geltend gemacht, dass es an einem unmittelbaren Bezug zur dienstlichen Tätigkeit fehle, weshalb die Zuständigkeit der Militärgerichte zu verneinen sei.
- D.** Der Auditor beantragt mit Vernehmlassung vom 13. Dezember 2007, auf die Kassationsbeschwerde nicht einzutreten, eventualiter diese abzuweisen, unter Kostenfolge zu Lasten des Bundes.

Der Präsident des MAG 2 verzichtet auf die Einreichung eines Berichtes an das Militärkassationsgericht im Sinne von Art. 187 Abs. 2 Satz 2 MStP.

Das Militärkassationsgericht hat erwogen:

I. Zur Zulässigkeit des Rechtsmittels

- 1.** Gemäss Art. 184 Abs. 1 lit. a MStP ist die Kassationsbeschwerde zulässig gegen Urteile und Unzuständigkeitsentscheide der Militärappellationsgerichte.

- 1.1** Bei den Unzuständigkeitsentscheiden im Sinne von Art. 184 Abs. 1 lit. a MStP handelt es sich namentlich um Entscheide betreffend die sachliche Zuständigkeit der Militärgerichte (Militärgerichtsbarkeit im Sinne von Art. 218 ff. MStG), welche im Wesentlichen ihrerseits vom persönlichen Geltungsbereich des Militärstrafrechtes abhängt (Art. 3 ff. MStG, jeweils in den seit 1. Januar 2007 gültigen Fassungen).

Ein mit Kassationsbeschwerde anfechtbarer Unzuständigkeitsentscheid eines Militärappellationsgerichts liegt nach der Rechtsprechung zum einen dann vor, wenn ein MAG (auf Appellation hin) entgegen dem Sachurteil eines Militärgerichts erster Instanz vom Fehlen der Zuständigkeit ausgeht (so etwa die Fallkonstellation in MKGE 10 Nr. 58), und zum anderen dann, wenn das MAG einen erstinstanzlichen Unzuständigkeitsentscheid (im Sinne von Art. 136 Abs. 2 MStP) bestätigt (so MKGE 11 Nr. 30 E. 1a, erster Absatz; vgl. zum Ganzen auch ANDRÉ W. MOSER, in: Wehrenberg/Martin/Flachsmann/Bertschi/Schmid [Hrsg.], Kommentar zum Militärstraftprozess, Zürich 2008, N. 22 zu Art. 184).

- 1.2** Vorliegend angefochten ist der Entscheid eines Militärappellationsgerichts, mit welchem dieses auf Appellation des Auditors hin die sachliche Zuständigkeit der Militärjustiz in Anwendung von Art. 218 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 Ziff. 4 MStG *bejaht* und den (gegenteiligen) Unzuständigkeitsbeschluss eines Militärgerichts erster Instanz aufgehoben hat.

Während es sich bei einem die Zuständigkeit verneinenden Erkenntnis eines Gerichts um einen Endentscheid in der Form eines verfahrensabschliessenden Prozessurteils handelt, stellt ein Gerichtsbeschluss, welcher die Zuständigkeit bejaht, ohne in der Sache selber einen Entscheid (ein Sachurteil) zu fällen, einen blossen Zwischenentscheid dar.

- 1.3** Die in den angefochtenen Entscheid aufgenommene Rechtsmittelbelehrung, welche von der Zulässigkeit der Kassationsbeschwerde (bzw. des Rekurses bei alleiniger Anfechtung des Entscheids über die Kosten- und Entschädigungsfolgen) ausgeht, wurde vom Militärappellationsgericht 2 explizit begründet (E. VI des Beschlusses): Der Militärstraftprozess kenne grundsätzlich keine Möglichkeit, Zwischenentscheide bezüglich der Bejahung der (sachlichen) Zuständigkeit separat weiterzuziehen. Ein solcher Mangel müsse im Rahmen des gegen das Sach- bzw. Prozessurteil gerichteten Rechtsmittels gerügt werden. Es sei aber "nicht restlos klar", ob die Kassationsbeschwerde auch

ausgeschlossen sei, wenn das Militärappellationsgericht die Zuständigkeit der Militärgerichte im Gegensatz zur erster Instanz bejahe und die Sache zur materiellen Behandlung zurückweise. Immerhin bilde die Rüge, ein Straffall gehöre nicht in die Zuständigkeit der Militärgerichte, einen Kassationsgrund gemäss Art. 185 Abs. 1 lit. b MStP.

Aus den nämlichen Überlegungen und unter Bezugnahme auf die genannte Erwägung im angefochtenen Entscheid geht auch der Beschwerdeführer von der Zulässigkeit der Kassationsbeschwerde in der vorliegenden Fallkonstellation aus (S. 5 f., Ziff. 2.1 der Beschwerdebegründung).

- 1.4** Es stellt sich mithin die Frage, ob die Kassationsbeschwerde gemäss Art. 184 Abs. 1 lit. a MStP, deren Anfechtungsobjekt vom Wortlaut her nur (Sach-)Urteile und Unzuständigkeitsentscheide (von Militärappellationsgerichten) bilden können, auch – wie vorliegend – gegen positive Zuständigkeitsentscheide offen steht.

2.

- 2.1** Das Militärkassationsgericht hat sich in MKGE 11 Nr. 30, auf welchen der angefochtene Entscheid Bezug nimmt, mit der Frage der Zulässigkeit der Kassationsbeschwerde gegen Zuständigkeitsentscheide befasst. Dem Entscheid lag folgender Sachverhalt zugrunde: Im Nachgang zu einem rechtskräftigen Strafmandat, mit welchem eine 20-tägige Gefängnisstrafe unter Verweigerung des bedingten Strafvollzuges auferlegt wurde, beantragte der Auditor dem Divisionsgericht den Widerruf einer bedingt ausgesprochenen Gefängnisstrafe der Bezirksanwaltschaft Zürich. Das Divisionsgericht wies die Unzuständigkeitseinrede des Angeeschuldigten ab. Dagegen führte die Verteidigung Rekurs an das MKG.

Das MKG erörterte in genereller Weise, nicht lediglich bezogen auf die Frage des Widerrufs eines bedingten Strafvollzuges, die Frage des zulässigen Rechtsmittels. Es verwarf dabei die Möglichkeit, gegen einen die Zuständigkeit bejahenden Zwischenentscheid ein selbständiges Rechtsmittel ergreifen zu können. Mangels eines verfahrensabschliessenden Prozessurteils sei die Appellation gegen einen positiven Eintretensentscheid (eines erstinstanzlichen Militärgerichts) unzulässig. Der Rekurs gemäss Art. 195 ff. MStP als subsidiäres Rechtsmittel sei nicht gegeben, denn ein Mangel betreffend Zuständigkeit könne im Rahmen der gegen das Sach- bzw. Prozessurteil gerichteten Appellation beim MAG gerügt werden; entsprechende Entscheide des MAG würden sodann der Kassationsbeschwerde unterliegen, weshalb kein Grund bestehe, das bloss subsidiäre Rechtsmittel des Rekurses zuzulassen. Im Gegensatz zu verschiedenen kantonalen Prozessordnungen sehe der Militärstrafprozess keine Möglichkeit vor, Zwischenentscheide bezüglich Bejahung der Zuständigkeit separat weiterzuziehen (zit. MKGE, E. 1a S. 124).

- 2.2** Der im angefochtenen Entscheid ebenfalls zitierte MKGE 10 Nr. 34 befasste sich (in E. 2 S. 111 f.) mit der Frage, zu welchem Zeitpunkt bzw. in welchen Stufen des (Rechtsmittel-)Verfahrens die Unzuständigkeitseinrede (noch) erhoben werden kann. Der Rechtsmittelweg bildete demgegenüber nicht Thema dieses Präjudizes.

In MKGE 10 Nr. 101 hielt das MKG mit Blick auf die Entstehungsgeschichte von Art. 184 Abs. 1 lit. a MStP fest, dass die ausdrückliche Erwähnung der Unzuständigkeitsentscheide nebst den Urteilen nicht zur Folge habe, dass daneben "kein weiteres verfahrensabschliessendes Prozessurteil Gegenstand einer Kassationsbeschwerde soll bilden können" (zit. MKGE, E. 2 S. 338; eingehend dazu MOSER, in: MStP-Kommentar, N. 23 sowie N. 5 ff. zu Art. 184).

2.3 Im Gegensatz zu MKGE 11 Nr. 30 bildet vorliegend nicht der (positive) Zuständigkeitsentscheid eines erstinstanzlichen Militärgerichts Anfechtungsobjekt, sondern jener eines Militärappellationsgerichts. Es scheint dies die Differenz zum zitierten Präjudiz zu sein, auf welche die Vorinstanz offenbar in ihrer Begründung zur Rechtsmittelbelehrung hinweisen will (vgl. oben E. 1.3). Der angefochtene Entscheid schweigt sich allerdings darüber aus, aus welchem Grund dieser Unterschied zu einem anderem prozessrechtlichen Beurteilungsergebnis führen müsste. Die Bejahung der Zuständigkeit der Militärgerichte hat auf Stufe Militärappellationsgericht ebenso wenig verfahrensabschliessenden Charakter wie auf erstinstanzlicher Stufe. Würde das zuständige Militärgericht aufgrund der erfolgten Rückweisung des Verfahrens den Angeschuldigten verurteilen, stünde diesem die Appellation und (bei Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils) die Kassationsbeschwerde offen, mit welcher die fehlende Zuständigkeit gerügt und auch überprüft werden kann (Art. 185 Abs. 1 lit. b MStP; vgl. dazu THEO BOPP, in: MStP-Kommentar, N. 17 ff. zu Art. 185). Die Überlegungen des Militärkassationsgerichts in MKGE 11 Nr. 30 gelten ohne Abstriche auch im vorliegenden Fall: Der Angeschuldigte wird im Falle einer Verurteilung durch Appellation und Kassationsbeschwerde die Möglichkeit haben, im Rahmen der Überprüfung des Sachurteils (evtl. eines das Verfahren abschliessenden Prozessurteils) die Rüge der fehlenden Zuständigkeit zu erheben.

2.4 Die Konzeption des Militärstraftprozesses hinsichtlich der (Nicht-)Anfechtbarkeit von die Zuständigkeit bejahenden (Zwischen-)Entscheiden unterscheidet sich damit nicht nur – wie in MKGE 11 Nr. 30 erwähnt – von verschiedenen kantonalen Strafprozessordnungen, sondern auch grundlegend von jener des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110). Letzteres sieht die Zulässigkeit der Beschwerde gegen selbständig eröffnete Zwischenentscheide über die Zuständigkeit ausdrücklich vor (Art. 92 Abs. 1 BGG) und schliesst demgegenüber eine spätere Anfechtung der (mit selbständig eröffnetem Entscheid) beurteilten Zuständigkeitsfrage in der Hauptsache aus (Art. 92 Abs. 2 BGG; vgl. dazu auch BGE 133 IV 288 E. 2; 133 III 645 E. 2). Gegen andere selbständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide (als die in Art. 92 Abs. 1 BGG genannten) ist die Beschwerde zulässig, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 93 Abs. 1 BGG). Prozessökonomische Überlegungen mögen die im Bundesgerichtsgesetz gewählte und von der Vorinstanz vorliegend zur Diskussion gestellte Lösung als vorteilhafter erscheinen lassen, da bei Gutheissung eines gegen einen positiven Zuständigkeitsentscheid gerichteten Rechtsmittels das Verfahren unmittelbar beendet werden könnte, ohne dass in der Sache selber geurteilt werden müsste.

Verfahrensökonomische Überlegungen allein vermögen allerdings eine Praxisänderung nicht zu begründen. Für die bisherige Praxis spricht neben dem Wortlaut von Art. 184 Abs. 1 lit. a MStP auch die Systematik der Rechtsmittelordnung des Militärstraßprozesses. Danach sind Zwischenentscheide grundsätzlich nicht appellabel bzw. es ist gegen solche Entscheide keine Kassationsbeschwerde möglich (vgl. auch MOSER, in: MStP-Kommentar, N. 10 zu Art. 184). Auch in MKGE 10 Nr. 101 E. 2, wo das MKG festhielt, dass neben den im Gesetz explizit genannten Unzuständigkeitsentscheiden der MAG auch weitere Prozessentscheide dieser Gerichte Gegenstand einer Kassationsbeschwerde bilden könnten (oben E. 2.2), war ausschliesslich von *verfahrensabschliessenden* Entscheiden (also von Endentscheiden) die Rede. Mit der Zulassung der Appellation bzw. Kassationsbeschwerde gegen die Zuständigkeit bejahende Zwischenentscheide würde Unklarheit darüber geschaffen, ob dieser Rechtsmittelweg auch bei anderen Zwischenentscheiden offenstände. Nur mit einer konkreten gesetzlichen Vorgabe liesse sich die vorstehend aufgeworfene Frage nach Kriterien für die Zulässigkeit der Anfechtung von Zwischenentscheiden lösen. Entscheidend ist vorliegend, dass durch den Ausschluss der direkten Anfechtbarkeit dem Angeklagten im Militärstraßprozess unmittelbar kein Rechtsnachteil erwächst, solange ihm in den ordentlichen Rechtsmittelverfahren gegen einen dereinstigen Sachentscheid ermöglicht wird, die Einwendung der fehlenden Zuständigkeit zu erheben, was nach dem Gesagten der Fall ist.

- 2.5** Entgegen dem, was der Begründung der Rechtsmittelbelehrung im vorinstanzlichen Beschluss entnommen werden kann, bietet auch Art. 185 Abs. 1 lit. b MStP keine Veranlassung, von der bisherigen Praxis abzuweichen. Diese Bestimmung beschreibt – wie sich bereits aus der Gesetzessystematik ergibt – ausschliesslich die Kassationsgründe, nicht aber die Zulässigkeit der Kassationsbeschwerde an sich, welche sich allein aus Art. 184 MStP ergibt. Im Übrigen wurde auf diese Bestimmung auch in MKGE 11 Nr. 30 Bezug genommen. Der in der von der Vorinstanz zitierten Literaturstelle (HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Schweiz. Straßprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, § 106 N. 15) enthaltene Hinweis auf MKGE 10 Nr. 34 ist – wie in E. 2.2 dargestellt – unbehelflich. In jenem Entscheid bildete nicht ein Zuständigkeitsbeschluss, sondern ein Sachurteil eines MAG Gegenstand der Kassationsbeschwerde, womit sich der Beschwerdeführer vor MKG auf den Kassationsgrund von Art. 185 Abs. 1 lit. b MStP berufen konnte (vgl. dazu auch BOPP, in: MStP-Kommentar, N. 18 zu Art. 185, insbesondere Fn. 40).
- 2.6** Nach dem Gesagten ergibt sich, dass die Kassationsbeschwerde im Sinne von Art. 184 Abs. 1 lit. a MStP gegen die Zuständigkeit bejahende Zwischenentscheide von Militärappellationsgerichten nicht ergriffen werden kann. Die vom Beschwerdeführer erhobene Kassationsbeschwerde erweist sich somit als unzulässig.
- 3.** Wie bereits in MKGE 11 Nr. 30 E. 1a S. 124 festgehalten wurde, bleibt für die Ergreifung des – im Verhältnis zur Kassationsbeschwerde – subsidiären Rechtsmittels des Rekurses im Sinne von Art. 195 ff. MStP für die Anfechtung von positiven Zuständigkeitsentscheiden kein Raum. Dies muss auch in der vorliegenden Konstellation gelten. Nach der Rechtsprechung des Militärkassationsgerichts bleibt der Rekurs gegen Vor- und Zwischenentscheide

grundsätzlich dann ausgeschlossen, wenn der Angeklagte keine wesentlichen Nachteile in Kauf nehmen muss, falls eine Überprüfung durch eine weitere Gerichtsstanz unterbleibt (vgl. MKGE 12 Nr. 23 S. 126; grundlegend: MKGE 10 Nr. 98 E. 3 und 4). Vorliegend hat der Beschwerdeführer – wie erwähnt – die Möglichkeit, die Unzuständigkeitseinrede im Rahmen eines gegen ein allfälliges Sachurteil offenstehenden Rechtsmittelverfahrens – letztinstanzlich auch vor Militärkassationsgericht – vorzubringen. Von einem wesentlichen Nachteil im Sinne der Rechtsprechung, welcher eine Rekursmöglichkeit als erforderlich erscheinen liesse, kann vorliegend nicht gesprochen werden. Die Kassationsbeschwerde könnte insofern auch nicht als Rekurs entgegen genommen werden.

II. Zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen

4. Nach dem Gesagten ist auf die Kassationsbeschwerde des beschwerdeführenden Angeklagten nicht einzutreten. Bei diesem Ausgang sind die Kosten des Verfahrens vor Militärkassationsgericht nach pflichtgemäßem Ermessen des Gerichts festzusetzen (Art. 193 in Verbindung mit Art. 183 Abs. 1 Satz 2 MStP), was grundsätzlich zur Kostentragung durch den Angeklagten führen würde.

Mit Blick darauf, dass sich der Beschwerdeführer durch die – sich nunmehr als unzutreffend herausstellende – Rechtsmittelbelehrung und die diesbezügliche Begründung im angefochtenen Entscheid in guten Treuen zur Einreichung dieses Rechtsmittels veranlasst sehen konnte, rechtfertigt es sich, praxisgemäss in analoger Anwendung von Art. 151 Abs. 1 Satz 2 MStP von einer Kostenauflegung Abstand zu nehmen (MKGE 10 Nr. 21 E. III S. 73; 11 Nr. 30 E. 2 S. 124 f.). Die Kosten des Verfahrens vor Militärkassationsgericht gehen mithin zulasten des Bundes.

5. Der Beschwerdeführer ist im vorliegenden Verfahren durch einen amtlichen Verteidiger vertreten. Nach bisheriger ständiger Praxis des Militärkassationsgerichts erfolgt die Entschädigung des amtlichen Verteidigers – im Unterschied zu jener des Privatverteidigers – nicht durch das Gesamtgericht und damit nicht im Urteil (bzw. dessen Dispositiv) selber, sondern durch gesonderte Verfügung des Präsidenten des MKG (zuletzt: MKGE 12 Nr. 30, E. 5; zur Publikation als MKGE 13 Nr. 4 vorgesehenes Urteil Nr. 789 vom 24. April 2007, E. 5). Dies gilt unabhängig vom Ausgang sowohl im Falle der Abweisung als auch der Gutheissung des Rechtsmittels. Eine analoge Praxis besteht bei den Militärgerichten erster Instanz und den Militärappellationsgerichten (eingehend zum Ganzen MOSER, in: MStP-Kommentar, N. 21 ff., insbesondere N. 24 zu Art. 193).

Diese Praxis soll vorliegend überprüft werden.

- 5.1 Für die Entschädigung im Verfahren der Kassationsbeschwerde kommt sinngemäss die betreffende Regelung im Appellationsverfahren zur Anwendung (Art. 193 in Verbindung mit Art. 183 MStP; gleiches gilt gemäss Art. 199 MStP für das Rekursverfahren). Die vorerwähnte Praxis, wonach die Zuständigkeit zur Entschädigung des amtlichen Verteidigers nicht beim Gesamtgericht, sondern beim Präsidenten des MKG liegt, findet ihre Stütze in erster Linie im Umkehrschluss aus dem Wortlaut von Art. 183 Abs. 2 MStP, wonach "**das**

Gericht" (in gleicher Weise wie bei den Verfahrenskosten gemäss Abs. 1) über die Zusprechung einer angemessenen Entschädigung für Anwaltskosten des Angeklagten entscheidet, **"sofern dieser nicht amtlich verteidigt ist"**. Vergleichbares gilt gemäss Art. 183 Abs. 2^{bis} MStP bei der Entschädigung für die Anwaltskosten des unentgeltlich vertretenen Geschädigten ("sofern er nicht unentgeltlich verbeiständet ist"). Weitere Bestimmungen betreffend die Entschädigung des amtlichen Verteidigers enthält der Militärstraßprozess weder in der Kosten- und Entschädigungsregel im Verfahren vor erstinstanzlichen Gerichten (Art. 151 sowie Art. 153 Abs. 2 MStP) bzw. im Untersuchungsverfahren (Art. 117 Abs. 3 und 4 MStP) noch in den übrigen, die amtliche Verteidigung betreffenden Normen (Art. 99, Art. 109 bzw. Art. 127 MStP). Immerhin korrespondiert die oben erwähnte Praxis damit, dass auch der Präsident des Gerichts zuständig ist für die Einsetzung des amtlichen Verteidigers (vgl. Art. 127 MStP, wobei für die Rechtsmittelverfahren nichts anderes gilt [vgl. dazu auch THEO BOPP, in: MStP-Kommentar, N. 21 zu Art. 187-189], sowie für das Revisionsverfahren ausdrücklich Art. 204 MStP).

- 5.2** Das Fehlen entsprechender gesetzlicher Bestimmungen dürfte in erster Linie mit der Konzeption der amtlichen Verteidigung im Militärstraßprozess zusammenhängen, welche diese Funktion traditionell vornehmlich als eine dienstliche Verrichtung eines zur Ausübung des Rechtsanwaltsberufes zugelassenen Angehörigen der Armee begreift (vgl. Art. 99 Abs. 2 MStP); entsprechend wird die Entschädigung dieser Tätigkeit von den einschlägigen Bestimmungen des militärischen Rechnungswesens erfasst und geregelt (vgl. MKGE 10 Nr. 66 E. 5 S. 224, Nr. 72 E. 7 S. 248; 12 Nr. 24 E. 1 S. 128).

Die gestützt auf Art. 11 Abs. 1 der Verordnung vom 24. Oktober 1979 über die Militärstrafrechtspflege (MStV; SR 322.2) erlassenen Richtlinien des Truppenrechnungswesens für das Rechnungswesen der Militärjustiz (Stand 1. Mai 2005) sehen vor, dass der amtliche Verteidiger für seine Amtshandlungen, an denen er in Uniform teilnimmt, den Sold (mindestens eines Hauptmannes) und die übrigen Kompetenzen seines Grades bezieht (Ziff. 8 dieser Richtlinien). Im Wesentlichen erfolgt die Entschädigung des amtlichen Verteidigers jedoch nach Zeitaufwand (Ziff. 10 Satz 1). Ziff. 10 (Satz 3) der Richtlinien sieht sodann vor, dass die Bestimmung der Entschädigung des amtlichen Verteidigers – von hier nicht massgeblichen Fallkonstellationen abgesehen – *durch den Gerichtspräsidenten in der Hauptverhandlung* erfolgt. Eine inhaltlich gleich lautende Bestimmung fand sich vormals in Ziff. 4 des Anhangs 3 zur MStV (vgl. AS 1979 1880, S. 1907 ff.); dieser Anhang wurde allerdings per Ende 2003 aufgehoben (Ziff. II Abs. 2 der Verordnung vom 29. Oktober 2003, AS 2003 4541). Die Rückstufung der erwähnten Regelung vom Anhang einer in die Amtliche Sammlung des Bundesrechts (AS) aufgenommenen Rechts- in eine nicht mehr amtlich publizierte blosse Verwaltungsverordnung (wiedergegeben im Handbuch für die Angehörigen der Militärjustiz, Anhang E 5) mag unter dem Blickwinkel der Stufengerechtigkeit der Rechtsetzung zwar wenig zu überzeugen, gibt aber für sich allein noch nicht Anlass, die darin festgeschriebene ständige Praxis der Militärgerichte aufzugeben, zumal die Regelung nur für die amtlichen Verteidiger gilt, die ihr Mandat regelmässig als Wehrmänner ausüben und sich als solche diesen Richtlinien zu unterziehen haben.

- 5.3** Die Festsetzung des Honorars des amtlichen Verteidigers durch separate Verfügung des Präsidenten hat zur Konsequenz, dass nach Massgabe der Rechtsmittelordnung des Militärstrafprozesses dagegen keine Beschwerdemöglichkeit zur Verfügung steht. Da die Entschädigungsfestlegung weder Bestandteil des (Sach- oder Prozess-)Urteils bildet noch die betreffende Verfügung selber Urteilsqualität aufweist, bleibt eine Anfechtung auf dem Wege der primären Rechtsmittel (Appellation und Kassationsbeschwerde) zum Vornherein ausgeschlossen (in Bezug auf die Kassationsbeschwerde: MKGE 10 Nr. 72 E. 7 S. 248 sowie 11 Nr. 48 E. 4 S. 200; in Bezug auf die Appellation: MKGE 10 Nr. 78 E. 1 S. 276, wobei hier eine gesonderte Anfechtung im Entschädigungspunkt bereits mit Blick auf Art. 172 Abs. 2 MStP ausser Betracht fällt). Gemäss Art. 195 lit. f MStP steht der Rekurs an das Militärkassationsgericht zwar (u. a.) auch offen gegen Entscheide über Entschädigungsbegehren. Im Unterschied zur Entschädigung des Privatverteidigers wird jene des amtlichen Verteidigers indessen – wie gesagt – gerade nicht vom Gesamtgericht (im Urteil) festgelegt, sondern erfolgt allein (verfügungsweise) durch den Präsidenten. Insofern kann die betreffende Festsetzung – mangels eines tauglichen Anfechtungsobjekts – auch nicht Gegenstand des (gemäss Art. 195 Ingress MStP gegen "Entscheide der Militär- und Militärappellationsgerichte" gerichteten) Rekurses bilden; auf eine entsprechende Rechtsmitteleingabe eines amtlichen Verteidigers kann daher nicht eingetreten werden (vgl. MKGE 10 Nr. 78 E. 2; bestätigt in MKGE 12 Nr. 24; ferner eingehend dazu das unveröffentlichte Urteil des MKG Nr. 731/732 vom 9. Dezember 1999, E. 3 und 4). Anders sähe die Lage allenfalls dann aus, wenn – entgegen der oben umschriebenen Praxis – nicht der Präsident, sondern das Gericht selber (im Urteilsdispositiv) über die Entschädigung des amtlichen Verteidigers entscheiden würde (vgl. MKGE 10 Nr. 78 E. 3 S. 268, wo das MKG aus diesem Grund ausnahmsweise auf den Rekurs eines amtlichen Verteidigers eingetreten ist).
- 5.4** Aus Sicht des amtlichen Verteidigers, der unter Umständen sogar verpflichtet werden kann, ein Mandat zu übernehmen (Art. 99 Abs. 2 MStP), vermag das Fehlen jeglicher Rechtsmittel gegen die Festsetzung seines Honorars nicht ohne weiteres zu befriedigen. Dass ein Bedürfnis besteht, die entsprechenden Entschädigungen auf ihre Angemessenheit hin überprüfen zu können, zeigt sich mit Blick auf die Grosszahl von Entscheidungen in diesem Bereich in der zivilen Gerichtsbarkeit (vgl. etwa BGE 131 I 217; 122 I 1; 121 I 113; 118 Ia 133; 109 Ia 107; ferner: BGE 132 I 201). Der in der bisherigen Rechtsprechung des MKG herausgestrichene Unterschied zwischen der als dienstliche Verrichtung erkannten – und damit öffentlich-rechtlich determinierten – amtlichen Verteidigung und der im Wesentlichen dem privaten Auftragsrecht unterstellten Privatverteidigung (vgl. MKGE 10 Nr. 66 E. 5 S. 224; 11 Nr. 29 E. 4 S. 120; 12 Nr. 9 E. 2 S. 42) ist bei Lichte besehen ebenso wenig geeignet, den Ausschluss jeglicher Beschwerdemöglichkeit im ersteren Fall zu begründen. So sieht denn auch die neue Schweizerische Strafprozessordnung (StPO; Referendumsvorlage in BBl 2007 S. 6977 ff.) in Art. 135 Abs. 3 ein entsprechendes Rechtsmittel des amtlichen Verteidigers gegen die Festsetzung seiner Entschädigung vor (und legt zudem die Zuständigkeiten in Abs. 2 auf Gesetzesstufe fest). Es wäre wünschbar, wenn der Gesetzgeber eine analoge Regelung, welche auch den amtlichen Verteidigern vor Militärgerichten die Anfechtung der sie betreffenden Entschädigungsfestsetzungen ermöglichen würde, in den Militärstrafprozess aufnehmen würde. Nach der dargestellten

Rechtslage unter dem geltenden Recht erscheint es derzeit indessen nicht angezeigt, durch Abänderung einer klaren und ständigen diesbezüglichen Praxis des MKG (und der unteren Gerichte) einer solchen Gesetzesänderung in dem Sinne vorzugreifen, dass die Zuständigkeit zur Festsetzung der Entschädigung des amtlichen Verteidigers vom Präsidenten an das Gesamtgericht übertragen würde, um damit ein vom Gesetz (noch) nicht vorgesehenes Beschwerderecht einzuführen.

- 5.5** Nach dem Gesagten ist es somit auch weiterhin Sache des Präsidenten des jeweiligen Militärgerichts, die Entschädigung des amtlichen Verteidigers im Militärstraßprozess festzulegen. An der bisherigen Praxis ist festzuhalten.
- 5.6** Entsprechend erfolgt die Entschädigung des amtlichen Verteidigers des Beschwerdeführers für das vorliegende Verfahren vor Militärkassationsgericht durch separate Verfügung des Präsidenten des MKG.

Das Militärkassationsgericht hat erkannt:

- 1.** Auf die Kassationsbeschwerde wird nicht eingetreten.
- 2.** Die Kosten des Verfahrens vor Militärkassationsgericht gehen zu Lasten des Bundes.

(Nr. 801, 16. April 2008, A.S. c MAG 2)