



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

21

Art. 36 Abs. 1 und Art. 81 Abs. 1 und 1^{bis} MStG; Gewährung des bedingten Strafvollzugs bei Militärdienstverweigerung (Kassationsbeschwerde).

Die Grundsätze betreffend Gewährung des bedingten Strafvollzugs nach neuem Sanktionenrecht (insbesondere Vermutung einer günstigen Prognose über das künftige Legalverhalten) gelten auch in Bezug auf den Straftatbestand der Militärdienstverweigerung (E. 3). Die Prognose ist auf der Grundlage einer Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen. Soweit es um die Beurteilung der Frage geht, ob der Verurteilte den Dienst künftig wieder verweigern würde, darf die günstige Prognose nicht mehr von einem eigentlichen (Gegen-) Beweis des Verurteilten abhängig gemacht werden; ein besonderer Tatbeweis kann aber geeignet sein, das Gericht vom ernsthaften Willen zu einem künftigen Wohlverhalten zu überzeugen (E. 4).

Art. 36 al. 1 et art. 81 al. 1 et 1^{bis} CPM; octroi du sursis à l'exécution de la peine en cas de refus de servir (poursuite en cassation).

Les principes concernant l'octroi du sursis à l'exécution de la peine selon le nouveau droit des sanctions (en particulier la présomption d'un pronostic favorable sur le comportement futur) valent aussi dans le domaine de l'infraction de refus de servir (consid. 3). Le pronostic doit se faire sur la base d'une appréciation d'ensemble de toutes les circonstances essentielles. En ce qui concerne l'appréciation de la question de savoir si le condamné fera à nouveau défaut au service à l'avenir, le pronostic favorable ne peut plus dépendre d'une véritable (contre-)preuve apportée par le condamné ; une preuve par l'acte peut cependant être de nature à convaincre le tribunal d'une volonté sérieuse d'adopter un bon comportement à l'avenir (consid. 4).

Art. 36 cpv. 1 e art. 81 cpv. 1 e 1^{bis} CPM; riconoscimento della sospensione condizionale in caso di rifiuto del servizio (ricorso per cassazione).

I principi del riconoscimento della sospensione condizionale secondo il nuovo diritto delle sanzioni (in particolare la presunzione di una prognosi favorevole circa un comportamento legale futuro) valgono anche per quanto riguarda la fattispecie penale di rifiuto del servizio (consid. 3). La prognosi va effettuata sulla base di una valutazione complessiva di tutte le circostanze rilevanti. Nella misura in cui si tratta di valutare se il condannato rifiuterà di nuovo il servizio in futuro, la prognosi favorevole non deve dipendere da un'effettiva (contro-)prova del condannato; tuttavia, una prova di fatto particolare può essere atta a convincere il tribunale dell'intenzione seria di mantenere un buon comportamento futuro (consid. 4).

Das Militärkassationsgericht hat festgestellt:

A. Mit Urteil vom 13. Februar 2009 fand das Militärgericht 6 A. T. der Militärdienstverweigerung gemäss Art. 81 Abs. 1 lit. b MStG schuldig, weil er nicht in die Uem/Fu RS 62-3 vom 29. Oktober 2007 bis 4. April 2008 eingerückt sei, und bestrafte ihn mit acht Monaten Freiheitsstrafe. Den Vollzug der Strafe schob es auf und setzte die Probezeit auf zwei Jahre fest. Gegen dieses Urteil reichten sowohl der Angeklagte wie auch der Auditor die Appellation ein.

Anlässlich seiner Hauptverhandlung vom 24. Juni 2009 stellte das Militärappellationsgericht 2 fest, dass die Appellation des Angeklagten zufolge Ausbleibens trotz ordnungsgemässer Vorladung verwirkt sei. Hinsichtlich der Appellation des Auditors bestätigte es mit gleichentags ergangenem Abwesenheitsurteil den Schuldspruch und die Strafe der Vorinstanz, ohne jedoch den Vollzug der Freiheitsstrafe aufzuschieben.

B. Hiegegen liess A. T. am 29. Juni 2009 Kassationsbeschwerde anmelden. Nachdem er am 29. Juli 2009 beim Militärappellationsgericht 2 zudem um Aufhebung des Abwesenheitsurteils vom 24. Juni 2009 und Neuurteilung der Strafsache im ordentlichen Verfahren ersucht hatte, setzte der Präsident des Militärkassationsgerichts dieses Kassationsbeschwerdeverfahren mit Verfügung vom 18. August 2009 aus.

C. a) Mit Beschluss vom 2. Oktober 2009 hob das Militärappellationsgericht 2 sein Abwesenheitsurteil vom 24. Juni 2009 bezüglich der Appellation des Auditors auf, wogegen es ein Begehren des Angeklagten um Widerruf der Verwirkung bezüglich der von ihm erhobenen Appellation abwies. Gleichzeitig erwog es, dass die Neuurteilung der Appellation des Auditors, die sich einzig gegen die Gewährung des bedingten Strafvollzugs richte, im ordentlichen Verfahren statfinde (Art. 180 i.V.m. Art. 156 Abs. 3 MStP).

b) Mit Urteil vom 2. Oktober 2009 im ordentlichen Neuurteilungsverfahren stellte das Militärappellationsgericht 2 fest, dass Ziff. 1 und 2 des Urteils des

Militärgerichts 6 vom 13. Februar 2009, wonach A. T. sich der Militärdienstverweigerung im Sinne von Art. 81 Abs. 1 lit. b MStG schuldig gemacht habe und mit acht Monaten Freiheitsstrafe zu bestrafen sei, in Rechtskraft erwachsen seien (Rechtsspruch Ziff. 1). Den Vollzug der Freiheitsstrafe von acht Monaten schob es in Bestätigung des Urteils des Militärgerichts 6 bedingt auf, dies bei einer Probezeit von zwei Jahren (Rechtsspruch Ziff. 2).

- D. Gegen dieses Urteil meldet der Auditor des Militärgerichts 6 am 6. Oktober 2009 Kassationsbeschwerde an, die er mit Eingabe vom 28. Dezember 2009 begründet. Dabei beantragt er, das Urteil des Militärappellationsgerichts 2 vom 2. Oktober 2009 sei mit Ausnahme von Rechtsspruch Ziff. 1 aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das Militärappellationsgericht 2 sei anzuweisen, A. T. zu einer unbedingt vollziehbaren Freiheitsstrafe von acht Monaten zu verurteilen.

In seiner Vernehmlassung vom 29. Januar 2010 schliesst A. T. auf Abweisung der Kassationsbeschwerde.

Der Präsident des Militärappellationsgerichts 2 verzichtet in seiner Eingabe vom 11. Februar 2010 auf eine Stellungnahme zur Sache. Ergänzend weist er darauf hin, dass der Beschluss des Militärappellationsgerichts 2 vom 2. Oktober 2009, mit welchem dem Antrag auf Widerruf der Verwirkung der Appellation des Angeklagten nicht stattgegeben wurde, offenkundig in Rechtskraft erwachsen sei. Eine Kopie der Eingabe wurde dem Privatverteidiger von A. T. und dem Auditor am 18. Februar 2010 zur Kenntnisnahme zugestellt.

Das Militärkassationsgericht hat erwogen:

1.

- 1.1 Die Kassationsbeschwerde ist zulässig gegen Urteile der Militärappellationsgerichte (Art. 184 Abs. 1 lit. a MStP). Auf die fristgerecht angemeldete und begründete (Art. 186 Abs. 2 sowie Art. 187 Abs. 1 MStP), den Formerfordernissen entsprechende Beschwerde des zur Ergreifung dieses Rechtsmittels legitimierten Auditors (Art. 186 Abs. 1 MStP) ist einzutreten. Zuständig für die Behandlung des Rechtsmittels ist das Militärkassationsgericht (Art. 13 MStP).

- 1.2 Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet – wie zuvor im angefochtenen Urteil des Militärappellationsgerichts 2 bezüglich der nur auf diesen Punkt beschränkten Appellation des Auditors – einzig die Frage der Gewährung des bedingten Strafvollzugs; die rechtliche Würdigung des Verhaltens des Angeklagten sowie die Dauer der Strafe stehen nicht zur Diskussion.

Unter Berufung auf den Kassationsgrund von Art. 185 Abs. 1 lit. d MStP rügt der Auditor die Verletzung von Art. 36 Abs. 1 MStG. In diesem Fall ist das Militärkassationsgericht nicht an die Beschwerdebegründung gebunden (Art. 189 Abs. 4 MStP).

2.

- 2.1 Gemäss Art. 36 MStG in der vorliegend anwendbaren, seit 1. Januar 2007 geltenden Fassung gemäss revidiertem Allgemeinen Teil des Militärstrafgesetzes schiebt das Gericht den Vollzug einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (Abs. 1). Wurde der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat zu einer bedingten oder unbedingten Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten oder zu einer Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen verurteilt, so ist der Aufschub nur zulässig, wenn besonders günstige Umstände vorliegen (Abs. 2).

Unbestritten ist, dass der Angeklagte die objektiven Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs gestützt auf Art. 36 Abs. 1 MStG erfüllt, wurde er doch innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat nicht zu einer Freiheits- oder Geldstrafe verurteilt. Zu prüfen bleibt somit einzig, ob eine unbedingte Strafe notwendig erscheint, um ihn von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten.

- 2.2 Unbestritten ist der Sachverhalt insofern, als es sich beim Angeklagten im Zeitpunkt des Aufgebotes um einen Totalverweigerer handelte, der im zivilen Leben einen tadellosen Leumund geniesst. Weiter steht fest, dass der Angeklagte, welcher die Rekrutenschule noch nicht bestanden hat, mittlerweile aufgrund seines Alters von Gesetzes wegen nicht mehr Militärdienst leisten muss (Art. 49 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 3. Februar 1995 über die Armee und die Militärverwaltung [Militärgesetz, MG; SR 510.10]).

Das Militärappellationsgericht 2 hat dem Angeklagten im Einklang mit dem Militärgericht 6 – allerdings im Gegensatz zu seinem eigenen Abwesenheitsurteil vom 24. Juni 2009 – den bedingten Strafvollzug im Wesentlichen mit folgender Begründung gewährt: Da der Angeklagte in den letzten fünf Jahren weder zu einer Freiheits- noch zu einer Geldstrafe verurteilt worden sei, erfordere die Gewährung des bedingten Strafvollzugs keine besonders günstigen Umstände (Art. 36 Abs. 2 MStG). Vielmehr sei die Strafe – in Anlehnung an den Gesetzeswortlaut (Art. 36 Abs. 1 MStG) – als Regelfall aufzuschieben, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheine, um den Angeklagten von weiteren Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Im Rahmen des ordentlichen Verfahrens habe es einen persönlichen Eindruck des Angeklagten gewonnen, was für die Beurteilung der Voraussetzungen für die Erteilung des bedingten Strafvollzugs von wesentlicher Bedeutung und bei der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen sei. Der Angeklagte habe das Gericht von seiner positiven Einstellung gegenüber dem Militär überzeugt. Insbesondere habe er glaubhaft machen können, dass seine Auffassung, im Alter von 26 Jahren nicht mehr dienstpflichtig gewesen zu sein, für seinen Entschluss, nicht in die Rekrutenschule einzurücken, den Ausschlag gegeben habe. Überdies sei er bereit, ein Gesuch um freiwilliges Leisten der Rekrutenschule als Durchdiener einzureichen; darauf wolle er sich auch behaften lassen. Schliesslich berücksichtigte das Militärappellationsgericht 2 das bis anhin tadellose Vorleben sowie den Charakter des Angeklagten, woraus sich unter diesen Umständen eine günstige Prognose ableiten lasse.

2.3 In seiner Beschwerdebegründung rügt der Auditor die Sachverhaltsdarstellung im angefochtenen Entscheid grundsätzlich nicht. Er trägt zur Hauptsache indes vor, es könne beim Angeklagten nicht von einer guten Prognose ausgegangen werden, welche die Gewährung des bedingten Strafvollzugs ermögliche. Das Militärappellationsgericht 2 habe sich nicht zur Frage geäußert, unter welchen Voraussetzungen unter der Herrschaft des neuen Allgemeinen Teil des MStG der bedingte Strafvollzug gewährt werden könne. Der Auditor räumt in der Folge ein, dass Art. 36 Abs. 1 MStG – so wie Art. 42 StGB – das Vorliegen einer günstigen Prognose vermute. Bei Militärdienstverweigerern könne diese Vermutung aber nicht Geltung beanspruchen. Nach dem Willen des Gesetzgebers müsse die an sich zu vermeidende kurze unbedingte Freiheitsstrafe bei Militärdienstverweigerern angewendet werden. Bei diesen sei die unbedingte Freiheitsstrafe – insbesondere auch die kurze – gerade nicht die ultima ratio, wie im übrigen Strafrecht seit der Revision des Allgemeinen Teils. Totalverweigerer würden nach der Rechtsprechung in der Regel aus der Armee ausgeschlossen, weshalb gestützt auf Art. 81 Abs. 1^{bis} MStG nur eine Freiheitsstrafe ausgesprochen werden könne. Da diese von Gesetzes wegen bis zu sechs Monaten einzig unbedingt ausgesprochen werden könne, sei es der Wille des Gesetzgebers, Totalverweigerer mit einer unbedingten Freiheitsstrafe zu bestrafen. Der Ausschluss aus der Armee nach Art. 49 Abs. 2 MStG und die damit verbundene Befreiung von künftigen Dienstleistungen ändere nichts an der weiterhin schlechten Prognose eines Dienstverweigerers. Damit vergleichbar sei die Situation des Angeklagten: Aus der Tatsache, dass dieser aufgrund seines Alters nicht mehr militärdienstpflichtig sei, dürfe nicht auf das Vorliegen einer guten Prognose geschlossen werden, zumal er bei bestehender Dienstpflicht mit grösster Wahrscheinlichkeit aus der Armee hätte ausgeschlossen werden müssen. Somit werde bei Dienstverweigerung eine schlechte Prognose vermutet, was einzig durch das Vorliegen besonderer Umstände beseitigt werden könne. Solche seien beim Angeklagten nicht auszumachen. Er habe einzig mündlich dargelegt, einem künftigen Aufgebot Folge leisten zu wollen. Der gute Leumund sei kein taugliches Kriterium zur Beseitigung der schlechten Prognose, zumal im vorliegenden Fall der Angeklagte immer wieder den Vorrang der zivilen Karriere betont habe. Einen Tatbeweis für seine angeblich bestehende künftige Einrückungsbereitschaft sei angesichts der bloss mündlichen Beteuerung nicht erbracht. Einzig unter dem Eindruck der Appellationsverhandlung habe er im nachhinein ein Gesuch um nachträgliches Leisten der Rekrutenschule gestellt. Er habe sich überdies nie um Zivilschutz- oder andere Leistungen im Dienste der Allgemeinheit bemüht.

Dem hält der Angeklagte zusammengefasst entgegen, mit der Änderung des Militärstrafgesetzes sei der frühere Art. 32 Ziff. 1 durch Art. 36 Abs. 1 MStG ersetzt worden. Diesem sei der Vorrang der Spezialprävention und – im Gegensatz zum alten Recht – die Vermutung der guten Prognose zu entnehmen. Es komme dazu, dass die Praxis bereits unter der Herrschaft des alten Rechts bei Militärdienstverweigerern eine bedingte Strafe habe aussprechen können. Es sei durchaus denkbar, dass der Täter im Zeitpunkt des Nichteintrückens eine Verweigerungsabsicht gehabt habe, er danach aber seine Einstellung geändert habe. Der vom Auditor angerufene Art. 81 Abs. 1^{bis} MStG sage nichts über die Frage des bedingten Strafvollzugs aus und komme mangels Ausschlusses des Angeklagten aus der Armee nicht zur Anwendung. Da vorliegend eine Freiheitsstrafe von acht Monaten zur Frage stehe, sei nicht weiter zu prüfen, ob kurze Freiheitsstrafen bis zu sechs Monaten nur noch unbedingt zu vollziehen

seien. Die Vorinstanz habe ihm zu Recht eine günstige Prognose gestellt und mit guten Gründen auf seine mündlichen Beteuerungen abgestellt, in Zukunft Militärdienst leisten zu wollen. Ein gewisser Vorrang für seine zivile Ausbildung könne ihm nicht vorgeworfen werden. Er habe seine Bereitschaft, in den Dienst einzurücken, durch sein schriftliches Gesuch vom 5. Oktober 2009 um nachträgliche Leistung der Rekrutenschule untermauert.

3. Einer näheren Überprüfung zu unterziehen ist zunächst die Frage, ob die Revision des Allgemeinen Teils des Militärstrafgesetzes Auswirkungen auf die Gewährung des bedingten Strafvollzugs hat, insbesondere wenn es um Fälle von Militärdienstverweigerung geht.
- 3.1 Nach bisherigem Recht konnte der Richter den Vollzug einer Freiheitsstrafe aufschieben, wenn Vorleben und Charakter des Verurteilten erwarten liessen, er werde dadurch von weiteren Verbrechen oder Vergehen abgehalten (Art. 32 MStG in der bis Ende 2006 gültigen Fassung). Die Rechtsprechung hat daraus geschlossen, dass bei einer Dienstverweigerung grundsätzlich von der Regel einer ungünstigen Prognose im Fall einer inskünftig zu befürchtenden Widerhandlung gegen irgendeine Strafbestimmung der gesamten Rechtsordnung auszugehen sei, indes die Möglichkeit des Gegenbeweises offen bleiben müsse (vgl. MKGE 12 Nr. 30 E. 4b, Nr. 26 E. 8, Nr. 7 E. 3a, Nr. 6 E. 3.1; 11 Nr. 26).
- 3.2 Nach dem seit 1. Januar 2007 in Kraft stehenden neuen Art. 36 MStG schiebt das Gericht den Vollzug einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum gleich formulierten Art. 42 StGB genügt heute das Fehlen einer ungünstigen Prognose, während früher eine günstige Prognose erforderlich war. Dies komme einer Vermutungsumkehr gleich, mit der das Hauptgewicht weiter zu Gunsten des bedingten Vollzuges verlagert werden solle. Nach der Auffassung des Bundesgerichts setzt die Gewährung des Strafaufschubes nicht mehr die positive Erwartung voraus, der Täter werde sich bewähren, sondern es genügt die Abwesenheit der Befürchtung, dass er es nicht tun werde. Der Strafaufschub sei deshalb die Regel, von der grundsätzlich nur bei ungünstiger Prognose abgewichen werden dürfe (BGE 134 IV 1 E. 4.2.2 S. 6 mit Hinweisen).

Auch das Militärkassationsgericht hat sich in einem Entscheid vom 10. Dezember 2009 in Bezug auf den neuerechtlichen Art. 36 MStG zu diesen Grundsätzen bekannt. Dabei hat es – in einer ebenfalls eine Dienstverweigerung betreffenden Sache – festgehalten, dass die Gewährung des bedingten Strafvollzugs auch nach neuem Sanktionenrecht eine Prognose über das künftige Verhalten des Täters voraussetze, welche aufgrund einer Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen sei. Neurechtlich bilde der Strafaufschub die Regel, von der nur bei ungünstiger Prognose abgewichen werden dürfe, da ein künftiges Wohlverhalten gesetzlich vermutet werde. Dabei

könnten aber wesentliche Sachumstände diese Vermutung im Einzelfall widerlegen (MKGE 13 Nr. 18, E. 3; vgl. auch bereits MKGE 13 Nr. 12 E. 2b).

- 3.3 Der Auditor stellt sich auf den Standpunkt, dass im Fall von Dienstverweigerern grundsätzlich von einer ungünstigen Prognose auszugehen sei. Er räumt zwar ein, dass Art. 36 MStG mit seiner gleich lautenden Formulierung wie Art. 42 StGB das Vorliegen einer günstigen Prognose vermuten lasse, doch sei diese "Regelvermutung" im Militärstrafrecht gerade bei Dienstverweigerern ausser Kraft gesetzt. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden.
- 3.3.1 Dass der fehlende Wille zum künftigen Wohlverhalten bezüglich militärischer Pflichten – wie der Auditor vorbringt – ein subjektives Tatbestandselement der Militärdienstverweigerung im Sinne von Art. 81 Abs. 1 MStG darstellt, ändert nichts am klaren Wortlaut des Gesetzes, welches – wie zu zeigen sein wird – für Dienstverweigerer keine spezielle Regelung zur Frage des bedingten Strafvollzugs kennt. Dies ergibt sich entgegen der Auffassung des Auditors auch nicht aus Art. 81 Abs. 1^{bis} MStG. Gemäss dieser Bestimmung ist für eine strafbare Handlung nach Absatz 1 eine Geldstrafe oder eine gemeinnützige Arbeit bei gleichzeitigem Ausschluss aus der Armee nach Art. 49 MStG ausgeschlossen. Der Angeklagte ist vom Militärappellationsgericht 2 nicht aus der Armee ausgeschlossen worden, wovon hier einzig auszugehen ist. Es ist unzulässig, zu seinen Lasten darüber zu spekulieren, ob er mit grösster Wahrscheinlichkeit aus der Armee auszuschliessen wäre, wenn er nicht bereits aufgrund seines Alters von der Dienstpflicht befreit wäre. Art. 81 Abs. 1^{bis} MStG ist deshalb auf den Fall des Angeklagten von vorneherein nicht anwendbar. Es kommt hinzu, dass sich vorliegend die Frage einer möglicherweise unbedingt vollziehbaren Freiheitsstrafe von weniger als sechs Monaten (Art. 34a MStG) nicht stellt, da der Angeklagte vom Militärappellationsgericht 2 zu einer Freiheitsstrafe von acht Monaten verurteilt worden ist und dieses Strafmass nicht Gegenstand der Beurteilung vor dem Militärkassationsgericht bildet.
- 3.3.2 An dieser Stelle stellt sich die grundsätzliche und sinngemäss auch vom Auditor aufgeworfene Frage, ob es dem gesetzgeberischen Wille entspricht, den bedingten Strafvollzug im Militärstrafrecht – zumindest bei Dienstverweigerern – anders zu handhaben als im bürgerlichen Strafrecht. Der Auditor geht zutreffend davon aus, dass der Gesetzeswortlaut von Art. 36 Abs. 1 MStG und Art. 42 Abs. 1 StGB übereinstimmt. Für eine anders lautende Auslegung besteht hingegen kein Anlass. Im Gegenteil ist der bundesrätlichen Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes vom 21. September 1998 das Bestreben zu entnehmen, die Übereinstimmung der beiden Gesetze so weit als möglich zu bewahren. Abweichungen sind bloss dort vorgesehen, wo sie wegen militärspezifischer Normen – wie z.B. Ausschluss aus der Armee oder Degradation – nicht zu vermeiden sind (BBl 1999 S. 2201). Die Kommentierung der einzelnen Bestimmungen des Militärstrafgesetzes erfasst in der Folge einzig diejenigen Bestimmungen, die vom bürgerlichen Strafgesetzbuch abweichen. Bezeichnenderweise erübrigen sich in der Folge bundesrätliche Ausführungen zur Frage des bedingten Strafvollzugs; vielmehr wird ausführlich begründet, dass der Primat der Freiheitsstrafe im Militärstrafrecht zurückgedrängt werden soll und vermehrt dem Gesichtspunkt

der Spezialprävention Beachtung zu schenken sei (BBI 1999 S. 2206 ff.). Daran vermag auch die nachträglich seitens der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats auf Vorschlag des Obergerichtsrats eingebrachte Bestimmung von Art. 81 Abs. 1^{bis} MStG (eingefügt gemäss Ziff. IV lit. b der Gesetzesänderung vom 3. Oktober 2003 [Revision der Disziplinarstrafordnung], AS 2004 921; vgl. die betreffende Botschaft vom 13. November 2002, BBI 2002 S. 7892, Fn. 8) nichts zu ändern, wonach Geldstrafen oder gemeinnützige Arbeit bei gleichzeitigem Ausschluss aus der Armee (Art. 49 MStG) ausgeschlossen sind. Die erwähnte Bestimmung, welche nach dem Gesagten in der vorliegenden Konstellation mangels eines solchen Ausschlusses ohnehin nicht zum Tragen käme, äussert sich lediglich zur Strafart, nicht aber dazu, ob die zu verhängende Freiheitsstrafe zu vollziehen ist. Steht eine Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten – und damit *keine* kurze unbedingte Freiheitsstrafe im Sinne von Art. 34a (Abs. 3 in Verbindung mit Art. 81 Abs. 1^{bis}) MStG – zur Diskussion, bliebe die Gewährung des bedingten Strafvollzugs in Anwendung von Art. 36 Abs. 1 MStG auch in einem solchen Fall möglich. Inwiefern Art. 81 Abs. 1^{bis} MStG im Bereich der Dienstverweigerung insofern zu einer Abkehr von der in Art. 36 Abs. 1 MStG allgemein vorgesehenen Vermutung einer günstigen Prognose über das künftige Legalverhalten führen sollte, ist nicht ersichtlich. Die gegenteilige Auslegung des Auditors findet weder im Wortlaut der erwähnten Bestimmungen noch im gesetzessystematischen Kontext eine Stütze.

- 3.4 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der neurechtliche Art. 36 MStG mit dem Wortlaut von Art. 42 StGB übereinstimmt und keine Anhaltspunkte dafür bestehen, denen zufolge die Frage des bedingten Strafvollzugs im Militärstrafrecht im Allgemeinen oder in Bezug auf den Straftatbestand der Militärdienstverweigerung (Art. 81 MStG) im Besonderen anders zu beurteilen wäre als im bürgerlichen Strafrecht. Damit liegen in Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 134 IV 1 E. 4.2.2 S. 6) die Anforderungen an die Prognose der Legalbewährung für den Strafaufschub unter neuem Recht tiefer; das Wohlverhalten wird vermutet. Deshalb stellt der Strafaufschub die Regel dar, von der grundsätzlich nur bei ungünstiger Prognose abgewichen werden darf. Die in zwei jüngeren Entscheiden eingeleitete diesbezügliche Rechtsprechung des Militärkassationsgerichts (MKGE 13 Nr. 18 E. 3b und Nr. 12 E. 2b) ist insofern zu bestätigen.
4. Ist nach dem Gesagten davon auszugehen, dass einer Gewährung des bedingten Vollzugs der achtmonatigen Freiheitsstrafe des Angeklagten von Gesetzes wegen nichts entgegen steht, ist im Folgenden zu prüfen, ob die Vorinstanz das Vorliegen der betreffenden subjektiven Voraussetzungen im konkreten Fall zu Recht als gegeben erachtet hat.
- 4.1 Auch nach aktuellem Sanktionenrecht setzt die Gewährung des bedingten Strafvollzugs gemäss Art. 36 Abs. 1 MStG eine Prognose über das zukünftige Verhalten des Täters voraus, welche vom Sachrichter auf der Grundlage einer – auch unter neuem Recht unabdingbaren – Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen ist (MKGE 13 Nr. 18 E. 3b; BGE 134 IV 1 E. 4.2.1 S. 5). Dass ein künftiges Wohlverhalten gesetzlich vermutet wird, darf insbesondere nicht dazu führen, dass erhebliche Sachumstände, welche geeignet wären, diese

Vermutung umzustossen, unberücksichtigt bleiben (MKGE 13 Nr. 18 E. 3c). Bei der Prüfung, ob der Verurteilte für ein dauerndes Wohlverhalten Gewähr bietet, ist dabei von den bisherigen Prognosekriterien auszugehen.

Nach der Rechtsprechung des Militärkassationsgerichts darf die Frage des bedingten Strafvollzugs nicht schematisch beantwortet werden. Vielmehr sind die konkreten Umstände des Einzelfalles gegeneinander abzuwägen, weshalb das Ergebnis einer umfassenden und ausgewogenen Gesamtwürdigung aller massgeblichen Umstände den Ausschlag für die Beantwortung der Frage nach dem bedingten Strafvollzug gibt (vgl. bereits MKGE 9 Nr. 146). Dabei ist u.a. dem Vorleben und dem Leumund des Verurteilten Rechnung zu tragen, d.h. jeder Tatsache, aus welcher zuverlässige Rückschlüsse auf seinen Charakter und die Möglichkeit seiner Besserung gezogen werden können (MKGE 12 Nr. 7 E. 4a). Die günstige Prognose muss in Bezug auf das ganze Rechtsleben positiv ausfallen und setzt mithin voraus, dass sich der Verurteilte in Bezug auf die Gesamtheit der strafrechtlich sanktionierten Rechtsordnung gesetzeskonform verhalten wird (MKGE 12 Nr. 7 E. 3a, Nr. 26 E. 8; 11 Nr. 26 E. 4 und 5; THEODOR WYDER, Wehrpflicht und Militärdienstverweigerung, 2. Aufl., Bern 1988, S. 177).

Im Falle der Dienstverweigerung muss ein Gericht auch eine Prognose darüber machen, ob der Verurteilte den Dienst künftig wieder verweigern würde. Dabei ist die Erfüllung des subjektiven Tatbestandselements im Zeitpunkt der Tatbegehung (Handeln in der Absicht, den Militärdienst zu verweigern) zu unterscheiden von der Prognose bezüglich eines allfälligen künftigen Wohlverhaltens im Zeitpunkt der Urteilsfällung. Ergibt sich auch in letztgenannter Hinsicht aufgrund einer Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände, dass der Verurteilte den Dienst erneut (umfassend) verweigern würde, ist – unabhängig vom künftigen Legalverhalten in der übrigen Rechtsordnung – grundsätzlich auf eine ungünstige Prognose zu schliessen und von einer Gewährung des bedingten Strafvollzugs abzusehen. Eine strenge Haltung erscheint namentlich auch insofern gerechtfertigt, als eigentliche Härtefälle, wie sie früher bei Dienstverweigerern aus schwerer Gewissensnot auftraten (dazu eingehend: MKGE 11 Nr. 26 E. 4 und 5), dank der heute bestehenden Möglichkeit, anstelle des Militärdienstes einen zivilen Ersatzdienst zu leisten, zum Vornherein vermieden werden können. Eine ungünstige Prognose, welche darauf beruht, dass der Verurteilte einen Dienst auch künftig wieder verweigern würde, bleibt zudem grundsätzlich auch dann bestehen, wenn der Täter im Sinne von Art. 49 MStG aus der Armee ausgeschlossen wird (zur Neuausrichtung dieser Nebenstrafe im neuen Sanktionenrecht: MKGE 13 Nr. 16 E. 5; vgl. zum Ganzen auch die Überlegungen in MKGE 12 Nr. 26). Dass sich der Verurteilte in einem solchen Fall einzig aus objektiven, von ihm nicht beeinflussbaren Gründen keiner Dienstverweigerung mehr schuldig machen kann, bietet für sich allein keine genügende Gewähr für ein dauerndes künftiges Wohlverhalten, solange Anhaltspunkte dafür bestehen, welche gegen eine gleichzeitige innere Umkehr in Bezug auf das fehlbare Verhalten sprechen.

- 4.2 Das Militärkassationsgericht greift in das dem Sachrichter in diesem Zusammenhang zustehende Ermessen nur ein, wenn er dieses überschritten oder missbraucht hat, indem er sich nicht auf sachlich haltbare Gründe gestützt oder willkürlich streng bzw. milde entschieden hat, oder indem er von rechtlich irrelevanten Gesichtspunkten ausgegangen ist respektive in der Norm selbst

liegende Grundsätze ausser Acht gelassen hat (MKGE 12 Nr. 6 E. 3.2.c, Nr. 7 E. 4c; 10 Nr. 14 E. 1).

- 4.3 In seinem ersten Abwesenheitsurteil vom 24. Juni 2009 hielt das Militärappellationsgericht 2 noch unter Hinweis auf MKGE 12 Nr. 26 E. 8 dafür, vor dem Hintergrund der vermuteten schlechten Prognose vermöge der Angeklagte keine besonderen Umstände für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs geltend zu machen. Nach der zweiten, in Anwesenheit des Angeklagten durchgeführten Verhandlung vom 2. Oktober 2009 und aufgrund des von ihm gewonnenen persönlichen Eindrucks kam es insofern zu einem gegenteiligen Schluss, als es die günstige Prognose nunmehr bejahte.

Der Auditor rügt das Vorgehen der Vorinstanz. Diese habe zu Unrecht einzig auf die mündlichen Beteuerungen des Angeklagten abgestellt, wonach er einem künftigen Aufgebot zum Militärdienst Folge leisten würde; vielmehr sei ein darüber hinausgehender Tatbeweis zu verlangen. Zudem stellt der Auditor sich auf den Standpunkt, der gute zivile Leumund des Angeklagten, der seiner zivilen Karriere stets den Vorrang gegeben habe, sei kein taugliches Kriterium. Damit könne er die Vermutung der schlechten Prognose nicht umstossen.

- 4.4 Entgegen der Auffassung des Auditors ist – unter Hinweis auf E. 3 hievor – vorweg festzuhalten, dass die gute Prognose gemäss Art. 36 Abs. 1 MStG zu vermuten ist und es nicht (bzw. nicht in erster Linie) Aufgabe des Angeklagten ist, sie durch einen (Gegen-)Beweis erst noch zu begründen. Ein vom Angeklagten erbrachter besonderer Tatbeweis kann aber geeignet sein, das Gericht vom ernsthaften Willen zu einem künftigen Wohlverhalten zu überzeugen und allfällige Zweifel am Vorliegen einer günstigen Prognose zu zerstreuen.

Das Militärappellationsgericht 2 hat sich anlässlich seiner dreieinhalb Stunden dauernden Verhandlung vom 2. Oktober 2009 überaus einlässlich mit dem Angeklagten befasst, wovon das Befragungsprotokoll zeugt. Dem von der Vorinstanz vom Angeklagten gewonnenen subjektiven Eindruck durfte ohne Weiteres eine grössere Bedeutung für die Entscheidungsfindung beigemessen werden (vgl. MKGE 11 Nr. 21). Kein Ermessensmissbrauch kann ihr insbesondere insofern vorgeworfen werden, als sie der Beteuerung des Angeklagten, die Rekrutenschule – allenfalls auch als Durchdiener – nachträglich zu absolvieren, als Kriterium für eine günstige Prognose Rechnung getragen hat. Wohl wäre unter dem Gesichtspunkt der Prognosestellung zu begrüssen gewesen, wenn ein entsprechender Tatbeweis schon im Vorfeld der vorinstanzlichen Verhandlung oder in einem noch früheren Zeitpunkt (und nicht erst durch Einreichung eines solchen Ersuchens im Anschluss an die Verhandlung des MAG 2) erbracht worden wäre. Von zentraler Bedeutung ist hier aber die für die Vorinstanz glaubhaft versicherte Bereitschaft. Sein Angebot ist denn auch kein leeres Wort, sondern rechtlich möglich: Gemäss Art. 27 Abs. 4 der Verordnung vom 19. November 2003 über die Militärdienstpflicht (MDV; SR 512.21) bewilligt der Führungsstab der Armee Rekrutierten, die am Ende des Jahres, in dem sie das 26. Altersjahr vollendet haben, die Rekrutenschule noch nicht bestanden haben, die spätere Absolvierung, sofern die Gesamtdienstleistungspflicht noch erfüllt werden kann und ein Bedarf der

Armee gegeben ist. Im vorliegenden Zusammenhang unerheblich ist, ob die Militärverwaltung seinem Ersuchen tatsächlich stattgeben wird. Eine allfällige Ablehnung kann dem Angeklagten nicht angelastet werden. Durch die nach den Feststellungen der Vorinstanz glaubhaft versicherte (und alsdann auch durch entsprechende Gesuchseinreichung bekundete) Bereitschaft, die bis anhin nicht absolvierte militärische Grundausbildung nachzuholen und sich damit den diesbezüglichen Entfall der Dienstpflicht aufgrund seines Alters (Art. 49 Abs. 2 MG) gerade nicht zu Nutze zu machen, durfte der Tatbeweis vom Militärappellationsgericht 2 ohne Verletzung von Bundesrecht als erbracht erachtet werden. Im Übrigen könnte sich der Angeklagte, wenn seinem Ersuchen stattgegeben würde, einem Aufgebot nicht einfach wieder entziehen, lebt doch im Falle der Bewilligung der späteren Absolvierung der Rekrutenschule durch die Militärbehörden die Militär- mitsamt der Ausbildungsdienstpflicht wieder auf.

Nicht zu beanstanden ist sodann, wenn die Vorinstanz den unbestritten guten zivilen Leumund des Angeklagten in die Gesamtwürdigung mit einbezogen hat (vgl. MKGE 12 Nr. 7 E. 4). Dass der Angeklagte bis anhin seiner zivilen Laufbahn gegenüber der militärischen Pflichterfüllung den Vorrang einräumte und seiner Wehrpflicht auch nicht in Form des Zivildienstes nachzukommen versuchte, ist wohl aktenkundig und unbestritten. Dieser Umstand musste aber nicht als sonderlich schwerwiegend eingestuft werden, nachdem der Vorinstanz mit dem angebotenen Tatbeweis ernsthafte Indizien vorlagen, welche den Schluss zuließen, der Angeklagte habe seine diesbezügliche Haltung im für die Prognosestellung massgeblichen Zeitpunkt der Urteilsfindung grundlegend geändert.

- 4.5 Zusammenfassend ergibt sich, dass das Militärappellationsgericht 2 insgesamt weder sein Ermessen überschritten oder missbraucht noch in anderweitiger Weise das Strafgesetz verletzt hat, wenn es dem gut beleumundeten Angeklagten aufgrund des von ihm gewonnenen persönlichen Eindrucks eine günstige Prognose stellte bzw. die in Art. 36 Abs. 1 MStG vermutete günstige Prognose insofern bestätigt sah.
5. Nach dem Gesagten ist die Kassationsbeschwerde des Auditors als unbegründet abzuweisen.

Bei diesem Ausgang gehen die Kosten des Verfahrens vor Militärkassationsgericht zu Lasten des Bundes. Dieser hat zudem den privat verteidigten Beschwerdegegner angemessen zu entschädigen (Art. 193 in Verbindung mit Art. 183 Abs. 1 und 2 MStP).

Das Militärkassationsgericht hat erkannt:

1. Die Kassationsbeschwerde wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens vor dem Militärkassationsgericht gehen zu Lasten des Bundes.
3. Der Bund hat den Beschwerdegegner mit Fr. 1'500.-- zuzügl. MWST zu entschädigen.

(Nr. 821, 25. Juni 2010, Aud MG 6 gegen A. T.)