

# 1

## *Art. 47 Abs. 1 MStP; Wiederherstellung der Appellationsfrist zugunsten des Auditors*

Wird ein Fristwiederherstellungsgesuch eines Auditors gemäss Art. 47 Abs. 1 MStP von der zuständigen Instanz abgewiesen, ist auf die gleichzeitig angehobene Appellation nicht einzutreten, da bei einer verpassten Rechtsmittelfrist bereits von Anbeginn eine Prozessvoraussetzung fehlt (E. 1.).

Die Appellationserklärung muss weder begründet noch «verfasst» werden. Es reicht vielmehr auch eine entsprechende Erklärung per Telefon oder SMS. Es genügt, dass der Absender eindeutig eruiert werden kann. Dass der Auditor innerhalb der fünftägigen Appellationsfrist im vorliegenden Fall nicht in der Lage war, eine solche Erklärung abzugeben, wird von ihm nicht vorgebracht und ist auch nicht ersichtlich (E. 3.6).

Art. 47 Abs. 1 MStP schliesst eine Wiederherstellung der Frist zugunsten des Auditors zwar nicht schlechterdings aus; diese Bestimmung wurde jedoch in erster Linie für den Angeklagten geschaffen (E. 3.6).

## *Art. 47 al. 1 PPM; restitution du délai d'appel en faveur de l'auditeur*

Lorsqu'une demande de restitution de délai d'un auditeur formulée en application de l'art. 47 al. 1 PPM est rejetée par l'instance compétente, il convient de déclarer irrecevable l'appel interjeté dans le même temps, étant donné qu'en cas d'irrespect du délai d'appel, une condition de recevabilité fait d'emblée défaut (consid. 1).

La déclaration d'appel ne doit ni être motivée, ni être "rédigée". Au contraire, une simple déclaration par téléphone ou par SMS est suffisante, pourvu que l'auteur de la déclaration puisse être clairement identifié. Le fait que, dans le cas d'espèce, l'auditeur n'ait pas été en mesure de formuler une telle déclaration d'appel n'est pas allégué par lui et ne ressort pas non plus du dossier (consid. 3.6).

L'art. 47 al. 1 PPM n'exclut pas absolument la restitution du délai en faveur de l'auditeur ; cette disposition n'en a pas moins été promulguée en premier lieu pour l'accusé (consid. 3.6).

*Art. 47 cpv. 1 PPM; restituzione del termine d'appello a favore dell'uditore*

Nel caso in cui la domanda di restituzione del termine d'appello di un uditore giusta l'art. 47 cpv. 1 PPM venga respinta dall'autorità competente, l'appello inoltrato contemporaneamente risulta inammissibile, ritenuto che in caso di inosservanza del termine ricorsuale un presupposto processuale già dal principio non risulta adempiuto (consid. 1).

La dichiarazione d'appello non deve essere né motivata né «redatta». È infatti sufficiente una dichiarazione corrispondente per telefono o SMS. È sufficiente che il mittente possa essere identificato con chiarezza. Nel caso in esame, l'uditore non ha sostenuto che egli non era in grado di fornire una tale dichiarazione entro il termine d'appello di cinque giorni, ciò che non risulta (consid. 3.6).

L'art. 47 cpv. 1 PPM non esclude in maniera assoluta una restituzione del termine a favore dell'uditore; tale norma è tuttavia stata concepita in primo luogo per l'accusato (consid. 3.6).

**Sachverhalt:**

**A.**

B.\_\_\_\_\_ wird laut Anklageschrift des Auditors der Auditorenregion 2 vom 18. Oktober 2021 vorgeworfen, anlässlich einer Verschiebung in der Rekrutenschule am 2. Februar 2021 um ca. 0750 Uhr zwischen Montigny-la-Ville und Léchelles (Fahrtrichtung Grolley) in fahrunfähigen Zustand (Sekundenschlaf) von der Strasse abgekommen zu sein.

Mit Urteil vom 27. Januar 2023 sprach das Militärgericht 2 B.\_\_\_\_\_ der Verletzung von Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 31 des Strassenverkehrsgesetzes vom 19. Dezember 1958 (SVG; SR 741.01) schuldig, verurteilte ihn zu einer Busse von CHF 200.-- bzw. einer ersatzweisen Freiheitsstrafe von zwei Tagen und auferlegte ihm die Kosten des Verfahrens von insgesamt CHF 620.--, bestehend aus der Gerichtsgebühr von CHF 600.-- und den übrigen Kosten von CHF 20.--.

**B.**

Gegen dieses Urteil erklärte der Auditor am 2. Februar 2023 Appellation, wobei er gleichzeitig ein Gesuch um Wiederherstellung der Appellationsfrist stellte.

Mit Beschluss vom 28. Juni 2023 wies das Militärappellationsgericht 2 das Gesuch um Fristwiederherstellung ab und schrieb das Appellationsverfahren ab.

Das Militärappellationsgericht 2 führte aus, unbestrittenermassen sei die Appellationsfrist von Art. 174 Abs. 1 des Militärstrafprozesses vom 23. März 1979 (MStP; SR 322.1) nicht eingehalten worden. Das durch den Auditor unter Berufung auf Art. 47 MStP eingereichte

Wiederherstellungsgesuch sei seinerseits zwar rechtzeitig – innert zehn Tagen nach Wegfall des geltend gemachten Hindernisses – eingereicht und die versäumte Handlung (Appellationserklärung) nachgeholt worden. Von einem Fristwiederherstellungsgrund sei aber nicht auszugehen, da nicht davon gesprochen werden könne, der Gesuchsteller oder sein Vertreter habe die Frist unverschuldet nicht einhalten können. Dieser Beschluss wurde schriftlich mit begründetem Entscheid eröffnet.

### **C.**

Am 10. August 2023 erhob der Auditor (nachfolgend: Beschwerdeführer) gegen dieses Urteil begründete Beschwerde an das Militärkassationsgericht. Er beantragt, den Beschluss des Militärappellationsgerichts 2 vom 28. Juni 2023 aufzuheben und das Gesuch um Wiederherstellung der Appellationsfrist vom 2. Februar 2023 gutzuheissen.

Mit Schreiben vom 26. Februar 2024 verzichtet der Verteidiger von B. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Angeklagter) auf eine Vernehmlassung. Der Präsident des Militärappellationsgerichts 2 verzichtet auf einen Bericht zur Beschwerde.

### **Erwägungen:**

#### **1.**

Das Militärkassationsgericht ist u.a. zuständig für die Behandlung von Beschwerden gegen die ein Fristwiederherstellungsgesuch ablehnenden Entscheide des Militärappellationsgerichts (Art. 47 Abs. 4 lit. c MStP). Die fristgerecht eingereichte Beschwerde des zur Ergreifung dieses Rechtsmittels legitimierten Beschwerdeführers erweist sich als zulässig (Art. 47 Abs. 4 Ingress MStP); auf die Beschwerde ist einzutreten. Daran ändert nichts, dass das Militärappellationsgericht 2 das Verfahren nicht hätte abschreiben dürfen. Auf die Appellation wäre vielmehr nicht einzutreten gewesen, da bei einer verpassten Rechtsmittelfrist bereits von Anfang an eine Prozessvoraussetzung fehlt.

#### **2.**

Die Beschwerde gemäss Art. 47 Abs. 4 lit. c MStP steht – wie die Beschwerde gestützt auf Art. 167 lit. d MStP – ausserhalb des «üblichen Systems» der Anrufung des Militärkassationsgerichts, welches gemäss seiner sachlichen Zuständigkeit Kassationsbeschwerden gemäss Art. 184 MStP und Rekurse gemäss Art. 195 MStP behandelt (Art. 13 MStP). Folgerichtig keine Anwendung findet Art. 189 Abs. 2 MStP, wonach das Militärkassationsgericht an den Umfang der mit der Kassationsbeschwerde gestellten Anträge gebunden ist und in der Beschwerdebegründung unter Hinweis auf den Kassationsgrund darzulegen ist, welche Bestimmungen als verletzt angesehen werden und inwiefern das angefochtene Urteil die Verletzung begehen soll. Dass der Beschwerdeführer keinen Kassationsgrund im Sinne von Art. 185 MStP anruft, schadet mithin nicht. Ob deshalb alle tatsächlichen und rechtlichen Mängel des Beschlusses des Militärappellationsgerichts 2 gerügt werden können, wie der Beschwerdeführer unter Berufung auf Literaturstellen (MARTIN BERTSCHI, in: Wehrenberg/Martin/Flachsmann/Bertschi/Schmid [Hrsg.], Kommentar zum Militärstrafprozess, Zürich 2008 [im

Folgenden: MStP-Kommentar], Art. 47 N. 13; BEAT HIRT, MStP-Kommentar, Art. 166 N. 12) dafürhält, braucht mangels Relevanz im vorliegenden Verfahren nicht weiter abgehandelt und abschliessend entschieden zu werden.

### 3.

3.1 Im vorliegenden Verfahren ist einzig zu beurteilen, ob das Militärappellationsgericht 2 das bei ihm eingereichte Gesuch um Wiederherstellung der Appellationsfrist (Frist zur Einreichung der Appellationserklärung gemäss Art. 174 Abs. 1 MStP) zu Recht abgewiesen und Art. 47 Abs. 1 MStP richtig angewendet hat. Konkret geht es dabei um die Beantwortung der Frage, wann ein Fristversäumnis als vom Gesuchsteller oder seinem Vertreter unverschuldet («sans sa faute», «senza sua colpa») gelten kann. Einschlägige Rechtsprechung des Militärkassationsgerichts zur Konturierung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs findet sich nur spärlich. Immerhin bereits festgehalten hat das Militärkassationsgericht, dass bei Vorliegen von Fahrlässigkeit – wie leicht diese auch immer gewesen sein mag – nicht mehr von einem unverschuldeten Verhalten gesprochen werden kann (MKGE 10 Nr. 62 E. 2).

3.2 Eine reichhaltige Kasuistik findet sich dagegen in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Pendant zu Art. 47 MStP im bürgerlichen Recht, nämlich zu Art. 94 der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO; SR 312.0). Auch dieser Artikel verlangt (neben weiteren Voraussetzungen), dass die um Fristwiederherstellung ersuchende Partei an der Säumnis kein Verschulden («n'est imputable à aucune faute», «non aver colpa») trifft. Den diesbezüglichen Urteilen, welche – soweit ersichtlich – ausnahmslos vom Angeklagten bzw. dessen Vertreter eingereichte Gesuche um Fristwiederherstellung betrafen, ist ein strenger Massstab zu entnehmen. So kann nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts die Wiederherstellung nur bei klarer Schuldlosigkeit gewährt werden. Jedes Verschulden einer Partei, ihres Vertreters oder beigezogener Hilfspersonen, so geringfügig es auch sein mag, schliesst die Wiederherstellung aus (Urteil 6B\_1367/2020 vom 9. Februar 2021 E. 3 mit Verweis auf BGE 143 I 284 E. 1.3). Die im bürgerlichen Recht existierenden Ausnahmen von diesem Grundsatz betreffen Konstellationen notwendiger Verteidigung, wenn das Recht der beschuldigten Person auf eine effektive und wirksame Verteidigung der Anrechnung eines schwerwiegenden Fehlers des Anwalts entgegensteht und sind vorliegend nicht von Belang (vgl. BGE 149 IV 196 E. 1.1). Unverschuldet ist die Säumnis nur, wenn sie durch einen Umstand eingetreten ist, der nach den Regeln vernünftiger Interessenwahrung auch von einer sorgsam Person nicht befürchtet werden muss oder dessen Abwendung übermässige Anforderungen gestellt hätte. Allgemein wird vorausgesetzt, dass es in der konkreten Situation unmöglich war, die Frist zu wahren oder jemanden damit zu betrauen (vgl. etwa Urteil 7B\_8/2021 vom 25. August 2023 E. 5.3.2 mit Hinweisen). Die Rechtskraft eines strafrechtlichen Urteils darf bei alledem nicht leicht durchbrochen werden (vgl. etwa Urteil 6B\_799/2022 vom 3. Oktober 2022 E. 2.2 mit Hinweisen).

3.3 Das Militärappellationsgericht 2 hat der Auffassung des Beschwerdeführers, wonach sein Fristversäumnis unverschuldet erfolgt sei, eine Absage erteilt. Es hat festgehalten, der Umstand, dass der Beschwerdeführer am 31. Januar 2023 Vater geworden sei, könne nicht mit einem unerwarteten Unfall oder einer schweren Krankheit gleichgesetzt werden. Die Geburt eines Kindes könne nur dann ein unverschuldetes, zur Wiederherstellung führendes

Hindernis bilden, wenn und solange die Geburt jegliches auf Fristwahrung gerichtetes Handeln verunmögliche. Die Umstände müssten derart sein, dass «der Rechtssuchende» durch sie davon abgehalten werde, selbst innert Frist zu handeln oder einen Dritten mit der Prozesshandlung zu betrauen. Da solches nicht dargelegt worden und eine Geburt grundsätzlich als voraussehbar anzusehen sei sowie eine Stellvertretung rechtzeitig hätte instruiert werden können, könne – mangels geltend gemachter ausserordentlicher Umstände – nicht von Schuldlosigkeit gesprochen werden, zumal an die Appellationserklärung keine besonderen Anforderungen geknüpft sei.

3.4 Der Beschwerdeführer hält die Auffassung des Militärappellationsgerichts 2 für unzutreffend. Seiner Ansicht nach bildet die (leicht vortermينية) Geburt des eigenen Kindes des Anklagevertreters per «kurzfristig angeordnetem Kaiserschnitt» kurz vor Ablauf der Rechtsmittelfrist einen Paradefall für aussergewöhnliche Umstände, die ein unverschuldetes Versäumnis begründen, umso mehr, wenn diese Rechtsmittelfrist über ein Wochenende gelaufen und damit von vornherein nur drei Tage der bloss fünftägigen Frist überhaupt Arbeitstage gewesen seien. Die vom Militärappellationsgericht 2 gestellten Anforderungen an ein unverschuldetes Versäumnis im Kontext der Geburt des Kindes des Anklagevertreters würden im Ergebnis derart realitätsfremd hoch angesetzt, dass eine Geburt und deren Begleitumstände für den in die Kinderbetreuung involvierten Kindsvater de facto nie aussergewöhnliche Umstände darstellen und somit de facto nie einen Wiederherstellungsgrund bedeuten könnten. Dies widerspreche Sinn und Zweck von Art. 47 Abs. 1 MStP. Es sei ihm schlicht nicht möglich bzw. zumutbar gewesen, unmittelbar nach der Geburt vom 31. Januar 2023 am 1. Februar 2023 «eine Appellationserklärung zu verfassen», da sowohl die Betreuung der Mutter, des Neugeborenen sowie der älteren Tochter gleichzeitig hätten sichergestellt werden müssen. Bei alledem habe das Militärappellationsgericht 2 die tatsächlichen Gegebenheiten und Besonderheiten des Militärstrafrechts ausser Acht gelassen, insbesondere die gegenüber dem bürgerlichen Recht viel kürzeren Rechtsmittelfristen und die Vertretungsfeindlichkeit der Appellationserklärung.

3.5 Bevor auf die durch den Beschwerdeführer geäusserte Kritik zur Würdigung im angefochtenen Beschluss betreffend unverschuldetes Versäumnis einzugehen ist, sind vorab – soweit vorliegend bedeutsam – die Aufgaben und die Organisation der militärischen Strafverfolgungsbehörden in Erinnerung zu rufen. Als Teil der Strafverfolgungsbehörden ist es u.a. Aufgabe des Auditors, die Anklage vor Gericht zu vertreten (Art. 4b MStP) und Rechtsmittel einzulegen, etwa die Appellation (Art. 173 Abs. 1 MStP). Organisatorisch ist der Auditor Teil einer Auditorenregion, welche je von einer Chefin oder einem Chef «Auditor» geleitet werden (vgl. Art. 17 Abs. 1 und 3 MJV, SR 516.41, i.V.m. Art. 4c MStP). Der Beschwerdeführer ist der deutschsprachigen Auditorenregion 2 zugeteilt, welche aus maximal 60 Auditorinnen und Auditoren besteht (Anhang 5 Ziffer 1 MJV). Ob angesichts dieser Organisationsstruktur, die per 1. Januar 2018 im Rahmen der Weiterentwicklung der Armee geschaffen wurde (BBI 2014 7024), und der stattlichen Anzahl von Auditorinnen und Auditoren in der Auditorenregion 2 die Organisation einer Vertretung derart schwierig gewesen wäre, wie der Beschwerdeführer suggeriert, kann angesichts der nachfolgenden Ausführungen zur unverschuldeten Versäumnis offenbleiben. Zu erwähnen ist an dieser Stelle einzig, dass die entsprechenden Ausführungen des Beschwerdeführers an der massgeblichen Frage vorbeizielen, insoweit sie sich

auf Art. 19 Abs. 2 der Verordnung vom 24. Oktober 1979 über die Militärstrafrechtspflege (MStV; SR 322.2) stützen. Art. 19 MStV betrifft die Vertretung der Anklage vor dem Militärappellationsgericht, welche durch den Auditor erfolgt, der vor Militärgericht tätig war (Abs. 1), bei dessen Verhinderung durch den durch den Oberauditor bezeichneten Vertreter (Abs. 2). Es geht mithin um ein Verfahrensstadium, das zeitlich der Appellationserklärung nachgeht, weshalb daraus schon deshalb für die vorliegende relevante versäumte Handlung nichts abgeleitet werden kann.

3.6 Nichts zu seinen Gunsten abzuleiten vermag der Beschwerdeführer auch aus dem Umstand, dass die Frist zur Einreichung der Appellationserklärung fünf Tage beträgt und «für heutige Massstäbe extrem kurz» sei, wie er es vorbringt. Diese Frist ist seit jeher im Gesetz enthalten (Art. 174 Abs. 1 MStP). Ihre Dauer erklärt sich nicht zuletzt mit der Banalität der innert Frist vorzunehmenden Handlung: Der schriftlichen oder mündlichen Erklärung der Appellation. Eine Begründung ist nicht nötig (so schon BBl 1977 II 100), es reicht ein Telefon oder ein SMS. Es genügt, dass der Absender eindeutig eruierbar ist (BERNHARD ISEN-RING/HANS MATHYS, MStP-Kommentar, Art. 174 N. 2). Diese Einfachheit der eben beschriebenen vorzunehmenden Handlung, auf die zu Recht auch das Militärappellationsgericht 2 hingewiesen hat, ist denn auch der Grund, weshalb von vornherein – und ohne dass weitere Ausführungen nötig wären – nicht davon gesprochen werden kann, dem Beschwerdeführer sei es in der konkreten Situation unmöglich gewesen, die Frist zu wahren. Denn entgegen der Darlegung des Beschwerdeführers war es gerade nicht nötig, eine Appellationserklärung zu verfassen. Dass auch ein niederschwelligeres Handeln unmöglich gewesen wäre, wird vom Beschwerdeführer jedoch zu Recht gar nicht erst geltend gemacht. Dazu kommt, dass der Beschwerdeführer den Verhandlungstermin des Militärgerichts 2 vom 27. Januar 2023 kannte. Er musste mit einer Niederlage rechnen und hätte sich auf diesen Fall vorbereiten können und müssen. Von einem unverschuldeten Versäumnis kann daher nicht gesprochen werden. Dies legt auch die ratio legis von Art. 47 Abs. 1 MStP nahe. Diese Bestimmung schliesst die Wiederherstellung der Frist zugunsten eines Strafverfolgers zwar nicht schlechterdings aus. Es ist jedoch nicht zu verkennen, dass sie in erster Linie für den Angeklagten geschaffen wurde. Damit ist der vorinstanzliche Entscheid im Ergebnis zu bestätigen.

#### 4.

Der Auditor unterliegt mit seiner Beschwerde. Die Kosten trägt der Bund (Art. 171 MStP; ebenso Art. 199 i.V.m Art. 183 Abs. 1 MStP).

(936, 16. März 2024, B. gegen Militärappellationsgericht 2)