

**Zeitschrift:** Allgemeine schweizerische Militärzeitung = Journal militaire suisse =  
Gazetta militare svizzera

**Band:** 79=99 (1933)

**Heft:** 7

**Artikel:** Zu einem Entscheide des Militärkassationsgerichtes

**Autor:** [s.n.]

**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-11713>

### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. [Siehe Rechtliche Hinweise.](#)

### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. [Voir Informations légales.](#)

### **Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. [See Legal notice.](#)

**Download PDF:** 13.03.2025

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

Prozessführung gekommen, nicht etwa so, dass der in Frage stehende Offizier mit der verunfallten Zivilperson hätte prozedieren müssen, sondern so, dass das Departement den Prozess selber geführt hat. Seine damalige Ablehnung der Schadenspflicht wurde durch das Bundesgericht geschützt. Selbst in Fällen, wo dem Bunde die Einrede des Selbstverschuldens der Geschädigten zur Verfügung gestanden wäre, hat er häufig aus Billigkeitsrücksichten doch Entschädigungen ausbezahlt. Die Frage ist noch zu erwägen, ob der Truppenkommandant, insbesondere der Instruktionsoffizier, sich nicht, wie z. B. der Arzt, gegen Haftpflichtschaden versichern soll, wie dies z. B. der Redaktor dieser Zeitung getan hat.

### **Zu einem Entscheide des Militärkassationsgerichtes.**

(Eine Erwiderung auf die Kritik des Herrn Major Leo Eberle in St. Gallen in Nr. 2, 79. Jahrgang der Allgemeinen Schweizerischen Militärzeitung.)

Von Justizhauptmann *Hans Roth*, Lausanne.

Mit Urteil vom 24. August 1932 hat das Divisionsgericht 5a den Mitr. E. wegen Fälschung eines Standblattes der Fälschung dienstlicher Aktenstücke (Art. 78 MStG) schuldig erklärt und zu vierzehn Tagen Gefängnis mit militärischem Strafvollzug verurteilt. Die Zubilligung des von der Verteidigung beantragten bedingten Strafvollzuges (gemäss Art. 32 MStG) verweigerte es, weil der Angeschuldigte nach reiflicher Ueberlegung gehandelt habe. E. beschwerte sich daraufhin beim Militärkassationsgericht (MKG), welches ihm mit Urteil vom 31. Oktober 1931, in Abweichung vom Entscheide des Divisionsgerichtes, den bedingten Strafvollzug zuerkannte.

Diesen Entscheid hat Herr Major Eberle in Nr. 2 des laufenden Jahrganges dieser Zeitung (S. 108 ff.) als bedenklich bezeichnet, indem er sich im wesentlichen auf folgenden Standpunkt stellte: die Frage der Gewährung oder Verweigerung des bedingten Strafvollzuges sei eine solche des freien richterlichen Ermessens. Wo aber der Gesetzgeber dem Richter nicht ein bestimmtes Verhalten vorschreibe, die Urteilsfindung vielmehr dessen Ermessen anheimstelle, sei der Sachrichter frei, so oder anders zu entscheiden. Im gleichen Umfange sei aber auch sein Urteil der Ueberprüfung durch den Kassationsrichter unter dem Gesichtspunkte der Verletzung materiellen Rechtes entzogen; denn das nach freiem Ermessen gebildete Urteil könne nicht an sich eine Gesetzesverletzung bedeuten. Selbst wenn sich daher das von E. im vorliegenden Falle an den Tag gelegte Verhalten mit den Voraussetzungen, von welchen Art. 32 MStG die Zubilligung des bedingten Strafvollzuges abhängig mache, vereinbaren lasse, so habe das Divisionsgericht diese nicht gewähren *müssen*, es habe nach seinem freien Ermessen dem Verurteilten diese Rechtswohltat zubilligen oder verweigern können.

Diese Kritik trifft bei näherer Betrachtung den Kern der Sache nicht. Nach Art. 32 MStG kann der Richter den Vollzug einer Gefängnisstrafe von nicht mehr als einem Jahr aufschieben, «wenn der Verurteilte innerhalb der letzten fünf Jahre vor Verübung der Tat weder in der Schweiz noch im Auslande wegen eines vorsätzlichen Verbrechens oder Vergehens eine Freiheitsstrafe erlitten hat, wenn überdies sein Vorleben und sein Charakter und, falls es sich um einen Dienstpflichtigen handelt, seine militärische Führung erwarten lassen, er werde durch diese Massnahme von weitem Verbrechen oder Vergehen abgehalten und wenn er den gerichtlich oder vergleichsweise festgestellten Schaden, soweit es ihm zuzumuten ist, ersetzt hat.» Diese Vorschrift stellt, wie Herr Major Eberle mit Recht hervorgehoben hat, die Zubilligung des bedingten Strafvollzuges in das Ermessen des Richters; denn Art. 32 MStG sagt ausdrücklich, dass der Richter, wenn die vorerwähnten Voraussetzungen gegeben sind, den Vollzug einer Gefängnisstrafe von nicht mehr als einem Jahre aufschieben *kann*, nicht *muss*. Die Zuerkennung dieser Rechtswohlthat ist also auch beim Vorliegen der in Art. 32 MStG ausdrücklich aufgeführten Voraussetzungen immer noch Ermessensfrage; denn das Gesetz wendet in den Fällen, wo es dem Richter ein bestimmtes Verhalten gebietet, ständig und konsequent den Indikativ an (vgl. z. B. Art. 44, 50 MStG), und nur, wo es seinem Ermessen Raum lassen will, spricht es von *können* (vgl. Art. 29 Abs. 2, 30, 31, 32, 35, 40, 45 MStG). Bis hierher ist der Auffassung des Kritikers (die sich übrigens mit derjenigen, die das MKG selber in dem fraglichen Entscheide vertreten hat, deckt) durchaus beizupflichten. Unzutreffend ist aber, wenn Herr Major Eberle hieraus den Schluss ziehen will, dass demnach der Sachrichter bei der Beurteilung, ob er den bedingten Strafvollzug gewähren will, völlig frei sei und dass daher bei derartigen Entscheiden eine vom MKG überprüf- und korrigierbare Gesetzesverletzung gar nicht in Frage kommen könne.

Der Richter, der sein Ermessen walten lässt, darf nicht alles Beliebige wollen, sondern er soll das Richtige wollen, d. h. er soll den Grundgedanken und den Zwecken des Gesetzes gerecht werden. Er soll sich fragen, wie der Gesetzgeber verfügt hätte, wenn er den konkreten Fall, statt durch eine allgemeine elastische Norm, durch eine Sondervorschrift geregelt hätte; dabei hat er auch allfällige abweichende persönliche Auffassungen über das richtige Recht denjenigen unterzuordnen, die dem Gesetze unterliegen. Beachtet man diese Gesichtspunkte bei der Auslegung des Art. 32 MStG, so ist zu berücksichtigen, dass die eingehende Regelung, die der Gesetzgeber in dieser Vorschrift getroffen hat, zwar in erster Linie eine Beschränkung der Gewährung des bedingten Strafvollzuges darstellt, dass daraus aber

gleichzeitig auch gewisse positive Direktiven für das Ermessen des Richters fliessen. Der Gesetzgeber hat damit die *generellen* Voraussetzungen, deren Vorhandensein er normalerweise als notwendig erachtet, genannt. Er soll daher aber auch, wenn diese gegeben sind, den Strafaufschub in der Regel gewähren, und der Richter darf nicht von sich aus über diese gesetzlichen Voraussetzungen hinaus Anforderungen stellen, die zu einer weiteren wesentlichen Beschränkung des Anwendungsgebietes des bedingten Strafvollzuges führen, wie sie den Intentionen des Gesetzgebers nicht entsprechen kann (vgl. auch Kirchhofer, Fragen des neuen Militärstrafrechtes, in der Schweizerischen Zeitschrift für Strafrecht 42. Jahrgang S. 13 ff.; den Entscheid des Zürcher Kassationsgerichtes vom 10. November 1930, abgedruckt in den Blättern für zürcherische Rechtsprechung Band 30 neue Folge Nr. 152 S. 309 f.).

Das hat jedoch das Divisionsgericht im Falle E. getan; denn der Grund, warum es dem Verurteilten den bedingten Strafvollzug nicht zubilligen wollte, bestand, wenn man die Motive seines Entscheides richtig würdigt, lediglich darin, dass E. die Fälschung vorsätzlich begangen hatte. Die Erwägung des Divisionsgerichtes lief somit darauf hinaus, dass für die Vorsatzdelikte allgemein (abgesehen etwa von den aus Ueberzeugung begangenen) der bedingte Strafvollzug nicht zu gewähren sei. Damit hatte es aber das Anwendungsgebiet des Art. 32 MStG. in einer Weise eingeengt, die ganz offenbar dem Sinn und Geist des Gesetzes nicht entsprach. Sein Entscheid stellte sich demnach in dieser Richtung als eine *Ermessensüberschreitung* dar. Eine Ermessensüberschreitung ist aber eine Gesetzesverletzung, die daher sehr wohl im Wege der Kassationsbeschwerde (Art. 188 Ziff. 1 MStGO) angefochten werden kann. Wenn infolgedessen das MKG den fraglichen Entscheid in diesem Punkte kassierte, so hat es durchaus im Rahmen der ihm vom Gesetze zugewiesenen Kompetenz gehandelt. Nachdem die Kassation ausgesprochen war, hatte es dann aber gemäss Art. 194 MStGO selber das dem Gesetz entsprechende Urteil zu fällen, d. h. es hatte nun nach seinem eigenen Ermessen zu urteilen, ob auf Grund des vom Divisionsgericht festgestellten Tatbestandes die Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges gegeben seien.

Herr Major Eberle hat in seiner Kritik noch ausgeführt: neben den rechtlichen Bedenken rufe der angeführte Entscheid des MKG auch solchen praktischer Art, namentlich unter dem Gesichtspunkte seiner präjudiziellen Wirkung. Und als Beispiel hat er dann den Fall der Einstellung von Dienstverweigerern in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit angeführt. Diese Strafe, deren

Anwendung ebenfalls im Ermessen des Richters liege, werde von den Divisionsgerichten in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle auf Dienstverweigerer aus Gewissensgründen angewendet. Es liege nun ausserordentlich nahe, dass solche Delinquenten sich unter Berufung auf das vorliegende Urteil des MKG in Sachen E. auf den Standpunkt stellen werden, die Dienstverweigerung aus Gewissensgründen eigne sich nicht für eine Strafverschärfung, wie sie in der Einstellung in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit liege.

Auch dieser Einwand hält einer nähern Prüfung nicht stand. Ich habe vorgehend dargetan, dass das MKG im Falle E. nicht in den Bereich des dem Divisionsgericht zustehenden freien Ermessens eingegriffen hat. Es hat jenen Entscheid nur deshalb aufgehoben, weil das Divisionsgericht sein Ermessen *überschritten* hatte. Und nachdem die Kassation ausgesprochen war, war es dann allerdings verhalten, den Fall nach seinem eigenen Ermessen zu entscheiden. Ein Verurteilter, der wegen aus Gewissensgründen begangener Dienstverweigerung mit der Nebenstrafe der Einstellung in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit bestraft worden ist, könnte sich daher hiegegen nur dann mit Erfolg zur Wehr setzen, wenn in der Anordnung dieser Strafe auf derartige Delinquenten eine Ermessensüberschreitung bzw. ein Ermessensmissbrauch erblickt werden müsste. Das hat aber das MKG in seinem Urteile in Sachen B. vom 14. Dezember 1931 bereits mit eingehender Begründung verneint, da die Verhängung dieser Nebenstrafe in solchen Fällen grundsätzlich keineswegs dem Sinn und Geist des Gesetzes widerspreche. Es würde zu weit führen, die in jenem Urteil hierüber angestellten Erwägungen hier im einzelnen wiederzugeben.

Die Fälle, wo wirklich eine Ermessensüberschreitung bzw. ein Ermessensmissbrauch vorliegt und daher eine bezügliche Kassationsbeschwerde begründet erscheint, werden äusserst selten sein. Wenn aber einmal eine solche vorkommt, ist es durchaus zu begrüessen und im Interesse der Rechtssicherheit geradezu notwendig, dass das MKG hiegegen auf Beschwerde hin einschreiten kann. Es ist ohnehin bedauerlich, dass gerade mit Bezug auf die Anwendung des Institutes des bedingten Strafvollzuges die Praxis der verschiedenen Divisionsgerichte so sehr voneinander abweicht. Insoweit sich diese Entscheide innerhalb des Rahmens des den Divisionsgerichten zustehenden freien Ermessens halten, lässt sich diesem Misstande nicht abhelfen. So soll man aber doch froh sein, dass das MKG wenigstens dann eingreifen kann, wenn ein Gericht in Missbrauchung oder Ueberschreitung des ihm vom Gesetzgeber zuerkannten freien Ermessens geurteilt hat.