

Auszug aus dem

Kommentar zum Militärstrafprozess

Commentaire de la Procédure pénale militaire

Herausgegeben von/Edité par

Stefan Wehrenberg, Jean Daniel Martin,
Stefan Flachsmann, Martin Bertschi,
Stefan G. Schmid

Bernhard Isenring

Art. 38–39 (mit Stefan Flachsmann)

Art. 172 (mit Hans Mathys)

Art. 173 (mit Hans Mathys und Reto Casutt)

Art. 174–178 (mit Hans Mathys)

Art. 181–182 (mit Hans Mathys)

Schulthess § 2008

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2008
ISBN 978-3-7255-5341-9

www.schulthess.com

Dritter Abschnitt: Protokolle

Section 3: Procès-verbaux

Sezione 3: Processi verbali

Art. 38 Inhalt und Form

- ¹ Die Aussagen einvernommener Personen sind ihrem wesentlichen Inhalt nach zu protokollieren, ebenso wichtige Fragen des Untersuchungsrichters.
- ² Am Schluss der Einvernahme ist das Protokoll von der einvernommenen Person zu lesen oder ihr vorzulesen. Darauf ist es mit allfälligen Berichtigungen und Ergänzungen von ihr, vom Untersuchungsrichter und vom Protokollführer zu unterzeichnen.
- ³ Wird die Unterzeichnung des Protokolls verweigert oder kann sie aus anderen Gründen nicht erfolgen, so ist dies unter Angabe der Gründe zu vermerken.
- ⁴ In Ausnahmefällen können Aussagen mit Einwilligung aller Beteiligten nicht nur im Protokoll, sondern auch auf Tonträgern festgehalten werden.

Art. 38 Teneur et forme

- ¹ Au procès-verbal d'audition sont consignées en substance les déclarations des personnes entendues, ainsi que les questions importantes qu'a posées le juge d'instruction.
- ² L'audition terminée, le procès-verbal est lu ou donné à lire à la personne entendue. Il est ensuite signé par celle-ci, par le juge d'instruction et par le greffier, après rectifications ou adjonctions éventuelles.
- ³ Lorsqu'une personne refuse de signer ou qu'elle ne le peut pas pour d'autres raisons, mention en est faite avec indication des motifs.
- ⁴ Exceptionnellement et avec l'accord de tous les intéressés, des déclarations peuvent être enregistrées sur des porteurs de son, en sus du procès-verbal.

Art. 38 Contenuto e forma

- ¹ Le deposizioni delle persone udite, nonché importanti domande del giudice istruttore, devono essere verbalizzate nel loro contenuto essenziale.
- ² Terminata l'audizione, il processo verbale dev'essere dato da leggere o letto alla persona udita. In seguito, eseguite le eventuali rettifiche e aggiunte, dev'essere firmato dalla persona udita, dal giudice istruttore e dall'estensore.
- ³ Se una persona rifiuta di firmare o se la firma del processo verbale non può avvenire per altri motivi, ne sarà fatta menzione con indicazione dei motivi.
- ⁴ In casi eccezionali, col consenso di tutti gli interessati, le deposizioni, oltre che ad essere verbalizzate, possono essere registrate su un supporto del suono.

Ausgewählte Materialien

Botschaft MStP; Botschaft StPO CH.

Ausgewählte Literatur

DEL GIUDICE BALÁS LUDOVICA, Der Gehörsanspruch der angeschuldigten Person im Vorverfahren nach der Strafprozessordnung des Kantons Basel-Landschaft vom 3. Juni 1999, Diss. Basel 2003, Liestal 2004; DONATSCH/SCHMID; GEERDS FRIEDRICH, Vernehmungstechnik, 5. Auflage des von Franz Meinert begründeten Werkes, Lübeck 1976; GOMM PETER/ZEHNTNER DOMINIK (Hrsg.), Kommentar zum Opferhilfegesetz, 2. Auflage, Bern 2005; HAEFLIGER; HAUSER ROBERT, Die Protokollierung im schweizerischen Prozessrecht, ZStR 1966, S. 158–196; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN; KRAUSS DETLEF, Der Umfang der Straftakte, BJM 1983, S. 49–64; LUTZ MARTIN J., Die Verwendung von Tonbandgeräten im Zivilprozess, SJZ 1966, S. 101–108; MEINERT FRANZ, Vernehmungstechnik, 4. Auflage, Lübeck 1956 (5. Auflage: siehe Geerds); MÜLLER JÖRG PAUL, Grundrechte in der Schweiz im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK, 3. Auflage, Bern 1999; NÄPFLI PHILIPP, Das Protokoll im Strafprozess – Unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfs zur Schweizerischen Strafprozessordnung und der Zürcherischen Strafprozessordnung, Diss. Zürich, Visp 2007; OBERHOLZER; ORTLIEB DIETER, Der Anspruch auf rechtliches Gehör und seine Bedeutung im Strafverfahren, Diss. Freiburg i.Br., München 1964; PFENNINGER HANS FELIX, Die Protokollierung in der Hauptverhandlung, SJZ 1952, S. 149–156; SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, Ergänzungsband zur dritten Auflage des gleichnamigen Werks von Jörg Paul Müller, Bern 2005; SCHMID NIKLAUS in Donatsch/Schmid; WALDER HANS, Die Vernehmung des Beschuldigten: Dargestellt am Beispiel des zürcherischen und deutschen Strafprozessrechtes, Habil. Zürich, Hamburg 1965; WALDNER WOLFRAM, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, 2. Auflage, Köln 2000.

Inhaltsübersicht

	N.
I. Die Protokollierungspflicht als Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör	1
II. Funktion und Bedeutung des Protokolls.....	6
III. Inhalt und Form des Protokolls	10
A. Materielle Protokollierungsgrundsätze	11
B. Formelle Protokollierungsgrundsätze.....	16
1. Insbesondere: Bestätigung der Richtigkeit	22
2. Nachträgliche Berichtigung	28
C. Der zwingende Charakter der Protokollierungsvorschriften	29
D. Einsatz technischer Hilfsmittel.....	30
1. Im Allgemeinen gemäss MStP bzw. StPO CH.....	30
2. Im Besonderen gemäss OHG.....	35
IV. Ausblick auf die Schweizerische Strafprozessordnung.....	39

I. Die Protokollierungspflicht als Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör

- 1 Aus Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK lässt sich ein Anspruch auf Protokollierung der *wesentlichen* bzw. *entscheidrelevanten* Aussagen sämtlicher einvernommener Personen ableiten.¹ In einem materiell² wie formell³ einwandfreien Protokoll sind mithin nicht nur die wichtigen Aussagen des Beschuldigten oder Tatverdächtigen, sondern auch jene von Zeugen, Auskunftspersonen oder Sachverständigen festzuhalten.⁴ Überdies gelten die im Folgenden darzulegenden Protokollierungsgrundsätze nicht nur für Einvernahmen vor dem militärischen Untersuchungsrichter, sondern grundsätzlich auch für Befragungen vor Militärgericht⁵ und durch die (Militär-)Polizei.⁶
- 2 Die vorliegend interessierende Pflicht zur Protokollierung von Einvernahmen stellt einen Teilaspekt der im Strafverfahren umfassend geltenden *Dokumentationspflicht* dar,⁷ gemäss welcher die einzelnen Beweiserhebungen und der Verfahrensablauf möglichst genau zu protokollieren und damit aktenkundig zu machen sind.⁸
- 3 Da der ebenfalls aus dem rechtlichen Gehör fließende Anspruch des Beschuldigten, Tatverdächtigen und Verteidigers⁹ auf Akteneinsicht¹⁰ nur dann wirksam gewährt bzw. ausgeübt werden kann, wenn die massgeblichen Aussagen einvernommener Personen vorher protokolliert worden sind, stellt die Protokollierung auch eine notwendige Bedingung zur späteren Ausübung der Akteneinsicht dar.¹¹

¹ Dieser in BGE 124 V 389, E. 3a und E. 4 für das Verwaltungsverfahren festgelegte Anspruch wurde im Entscheid des BGer vom 24.11.1999, 1P.312/1999 = Pra 2000 Nr. 190 explizit für den Strafprozess übernommen. Vgl. auch den Entscheid des Kassationsgerichts St. Gallen vom 11. 8. 1999, GVP 1999, Nr. 75, sowie HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 44 N. 24a und ferner MÜLLER, S. 531.

² Dazu unten N. 11 ff.

³ Dazu unten N. 16 ff.

⁴ BGE 126 I 15; 124 V 389, E. 4.

⁵ Vgl. Art. 39 Abs. 3 Satz 2 MStP und die Kommentierung zu Art. 39 MStP; vgl. ferner auch den Entscheid des Kassationsgerichts St. Gallen vom 11.8.1999, GVP 1999 Nr. 75.

⁶ So auch im st.-gallischen Recht, vgl. Anklagekammer SG, 12.10.1990, GVP 1990 Nr. 77 und OBERHOLZER, N. 956; abweichend für das Zürcher Recht SCHMID in: Donatsch/Schmid, § 32 N. 2, wonach die in § 32 StPO ZH geregelten Protokollierungsgrundsätze nicht zwingend auch für die polizeilichen Befragungen gelten. Im Entscheid vom 10. Mai 2004 in Sachen H.M. hält das KassGer ZH diesbezüglich fest (E. 2c): «Nach gefestigter Praxis des Kassationsgerichts gilt die Bestimmung von § 32 Abs. 1 StPO erst im Untersuchungsverfahren, während die Protokollierung im polizeilichen Ermittlungsverfahren nicht zwingend vorgeschrieben ist ...».

⁷ SCHMID in: Donatsch/Schmid, § 32 N. 1.

⁸ OBERHOLZER, N. 953; vgl. diesbezüglich auch Art. 40 f. MStP.

⁹ Vgl. Art. 110 Abs. 3 MStP. Soweit zur Geltendmachung von Zivilansprüchen notwendig, steht auch dem *Geschädigten* ein Akteneinsichtsrecht zu; vgl. dazu Art. 164 Abs. 1 MStP.

¹⁰ MÜLLER, S. 525 ff.

¹¹ Vgl. NÄPFLI, S. 9.

Ein Verstoß gegen den Anspruch auf Protokollierung ist aufgrund des Dargelegten als Verletzung des verfassungsmässig garantierten Anspruchs auf rechtliches Gehör i.S.v. Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK zu qualifizieren, und zwar unabhängig davon, ob man den Protokollierungsanspruch direkt aus Art. 29 Abs. 2 BV ableitet oder – gewissermassen indirekt – aus dem ebenfalls aus Art. 29 Abs. 2 BV fließenden Recht auf Akteneinsicht. 4

Da der Anspruch auf rechtliches Gehör formeller Natur ist, führt eine Verletzung der Protokollierungspflicht grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides,¹² und zwar unabhängig davon, ob der fragliche Mangel überhaupt einen Einfluss auf das Ergebnis hatte.¹³ 5

II. Funktion und Bedeutung des Protokolls

Die Lehre unterscheidet drei verschiedene Aufgaben, welche das Protokoll im Strafverfahren erfüllt.¹⁴ Es sind dies: 6

- Gedächtnisfunktion;
- Beurkundungsfunktion;
- Garantiefunktion.

Dass einem Einvernahmeprotokoll *Gedächtnisfunktion* zukommt, erscheint ohne weiteres verständlich. Nur wenn eine anlässlich einer Einvernahme gemachte Aussage auch tatsächlich protokolliert worden ist, steht sie im weiteren Verfahren zur Verfügung. Aufgrund des im Militärstrafprozess geltenden Unmittelbarkeitsprinzips bei der Hauptverhandlung¹⁵ kommt der Protokollierung von Einvernahmen im Untersuchungsstadium zwar grundsätzlich eine geringere Bedeutung zu, als dies bei einem nach dem Mittelbarkeitsprinzip konzipierten Gerichtsverfahren der Fall ist.¹⁶ 7

¹² HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 44 N. 24a: «Eine entsprechende Rüge ist indessen nur begründet, wenn substantiiert dargetan wird, welche Aussagen des Angeklagten nicht protokolliert wurden und inwiefern sie entscheidend relevant gewesen wären (GVP 1999 Nr. 75).» Vgl. ferner MÜLLER, S. 516 m.w.H., sowie zum zwingenden Charakter der Protokollierungsvorschriften auch unten N. 29.

¹³ MÜLLER, S. 516 m.w.H. In BGE 124 V 389, E. 5 hat das Bundesgericht die Möglichkeit der *Heilung* einer Verletzung der Protokollierungspflicht im letztinstanzlichen Verfahren abgelehnt, «weil eine nachträgliche Beibringung des Protokolls ausgeschlossen ist...».

Allerdings kann das den Militärstrafprozess beherrschende Unmittelbarkeitsprinzip zu einer Heilung des Mangels führen.

¹⁴ Vgl. HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 44 N. 21; NÄPFLI, S. 1 f., der allerdings den Begriff «Orientierungsfunktion» jenem der «Garantiefunktion» vorzieht; OBERHOLZER, N. 954.

¹⁵ Vgl. aber immerhin Art. 124 Satz 2 MStP.

¹⁶ OBERHOLZER, N. 953.

Gleichwohl ist die Gedächtnisfunktion des Protokolls aber auch im Militärstrafprozess von nicht zu unterschätzender Relevanz, denn die Einvernahmeprotokolle ermöglichen dem Auditor das Verfassen der Anklageschrift bzw. den Erlass eines Strafmandates, dienen dem Verteidiger zur Vorbereitung und Durchführung einer wirksamen Verteidigung und den Richtern zum Fällen eines Urteils. Überdies können durch Vorhalt protokollierter Einvernahmen allfällige Widersprüche während der Gerichtsverhandlung aufgedeckt werden.

- 8 Die *Beurkundungs-* und die *Garantiefunktion* des Protokolls hängen eng miteinander zusammen. Da auch sämtliche Belehrungen im Protokoll festzuhalten – mithin zu *beurkunden* – sind,¹⁷ trägt die Protokollierungspflicht dazu bei, dass Angeschuldigte, Tatverdächtige, Zeugen, Auskunftspersonen und Sachverständige auch tatsächlich auf ihre Rechte und Pflichten aufmerksam gemacht werden. Gemäss Art. 143 Abs. 2 StPO CH ist im Protokoll explizit zu vermerken, dass die einvernommene Person umfassend über ihre Rechte und Pflichten informiert worden ist.
- 9 Gemäss HAUSER/SCHWERI/HARTMANN ergibt sich aus einem korrekt erstellten Protokoll die *Vermutung*, dass alle darin enthaltenen Vorgänge im Verlaufe des Verfahrens geschehen sind.¹⁸ Auch NÄPFLI vertritt die Ansicht, dass «das Protokoll grundsätzlich zum (vollen) Beweis dafür geeignet [ist], dass die darin enthaltenen Vorgänge stattfanden und die protokollierten Aussagen anlässlich der Einvernahme gemacht wurden».¹⁹ Demgegenüber hält OBERHOLZER fest, dass das Protokoll – wie jedes andere Beweismittel auch – der freien richterlichen Beweiswürdigung unterliege.²⁰

III. Inhalt und Form des Protokolls

- 10 Im Folgenden wird zwischen materiellen und formellen Protokollierungsgrundsätzen unterschieden. Erstere legen fest, welche Aussagen und Fragen in ein Einvernahmeprotokoll gehören und auf welche Weise diese zu protokollieren sind, Letztere, wie ein Einvernahmeprotokoll «äusserlich» aussehen, insbesondere, aus welchen Bestandteilen es bestehen muss

¹⁷ Vgl. unten N. 18.

¹⁸ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 44 N. 26.

¹⁹ NÄPFLI, S. 3 f., der allerdings betont, dass auch mit dem Protokoll keine unumstössliche Beweisvermutung geschaffen werde, sondern der Beweis der Unrichtigkeit des Protokolls möglich sei.

²⁰ OBERHOLZER, N. 961.

A. Materielle Protokollierungsgrundsätze

Der MStP verlangt – im Einklang mit den sich aus Art. 29 Abs. 2 BV ergebenden Mindestvoraussetzungen²¹ wie auch im Einklang mit der in den meisten Kantonen üblichen Praxis²² – *kein* Wortprotokoll. Gemäss Art. 38 Abs. 1 MStP müssen die Aussagen einvernommener Personen lediglich ihrem *wesentlichen Inhalt* nach und auch nur die *wichtigen* Fragen des Untersuchungsrichters genau protokolliert werden.²³ Ins Protokoll gehören mithin die *für den Verfahrensausgang wesentlichen Aussagen*.²⁴ 11

Damit ist es auch im Militärstrafprozess grundsätzlich zulässig, ein bloss sinngetreues Protokoll zu erstellen, mithin unter Weglassung «unwichtiger» Fragen nur die Antworten oder sogar zusammenfassend mehrere Antworten zu protokollieren.²⁵ Während eine derartige Vorgehensweise bei Einvernahmen zur Sache u.E. in aller Regel vermieden werden sollte,²⁶ mag sie bei Einvernahmen zur Person in gewissen Konstellationen angezeigt sein. So ist es grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn etwa bei der Frage nach den besuchten Schulen oder den bisherigen Ausbildungen mehrere Antworten zusammengefasst bzw. nicht jedes Nachhaken – z.B. nicht jedes «und dann?» – des Einvernehmenden protokolliert werden. Bei der Frage: «Welche Schulen haben Sie besucht?» kann damit in einer Antwort zusammenfassend protokolliert werden, was der Einvernommene allenfalls in zwei oder drei «Anläufen» sagt.²⁷ Eine nicht zu unterschätzende Gefahr dieser Vorgehensweise liegt allerdings darin, dass damit eine in Tat und Wahrheit mühsam und schleppend verlaufene Einvernahme aufgrund des Protokolls als flüssig und problemlos erscheint bzw. ein schweigsamer, unkooperativer Einvernommener anhand des Protokolls fälschlicherweise als mitteilungsfreudig und kooperativ beurteilt wird. Derartige Verfälschungen sind unbedingt zu verhindern. 12

Der einvernehmenden Person ist es u.E. jedenfalls nicht verwehrt, generell oder im Einzelfall auch ein *Wortprotokoll* zu führen, denn Art. 38 MStP legt lediglich den *Mindeststandard* für die Protokollierung von Einvernahmen fest. Solange die *wesentlichen Aussagen* des Einvernommenen und die *wichtigen* Fragen des Befragenden im 13

²¹ Aus dem verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich lediglich ein Anspruch auf Protokollierung der *entscheidrelevanten Aussagen*; vgl. oben N. 1.

²² Vgl. Botschaft StPO CH, BBl 2006, 1156.

²³ Ebenso beispielsweise auch Art. 70 lit. f StP SG: Aus dem Protokoll müssen die «wesentlichen Aussagen der befragten Personen» ersichtlich sein.

²⁴ So auch die herrschende Lehre und Rechtsprechung; vgl. etwa OBERHOLZER, N. 956 mit Hinweis auf BGE 126 I 16.

²⁵ Gemäss NÄPFLI, S. 52 werden «Einvernahmen in der heutigen Praxis regelmässig nicht wörtlich, sondern ihrem wesentlichen Inhalt nach bzw. sinngetreu protokolliert [...]». Vgl. ferner NÄPFLI, S. 65 sowie Botschaft StPO CH, BBl 2006, 1156.

²⁶ Vgl. unten N. 15.

²⁷ Keinesfalls sollte die Einvernahme zur Person allerdings als «Fliesstext» protokolliert werden, mithin unter Weglassung sämtlicher Fragen; vgl. dazu auch unten N. 15.

Protokoll erscheinen, liegt es in dessen Ermessen, inwieweit und auf welche Art und Weise er noch weitere Aussagen oder Fragen protokollieren will.²⁸

- 14 Die Entscheidung des Gesetzgebers, sich an den verfassungsrechtlichen Mindestgarantien²⁹ zu orientieren, und damit die militärischen Strafverfolgungsbehörden lediglich zu verpflichten, *wesentliche* Aussagen und *wichtige* Fragen zu protokollieren, erscheint nicht unproblematisch, und die oft gehörte Begründung, ein Wortprotokoll wäre zu unübersichtlich,³⁰ vermag kaum zu überzeugen. Zu beachten ist nämlich, dass sich oftmals erst ganz am Schluss eines Verfahrens beurteilen lässt, welche anlässlich einer Einvernahme gemachten Aussagen oder Fragen die entscheidenden waren. Für das Untersuchungsverfahren erscheint die Unterscheidung zwischen wichtigen und unwichtigen Fragen bzw. Antworten jedenfalls nicht sachgerecht. Überdies ist es u.E. von grösster Bedeutung zu wissen, *wie* eine Frage formuliert wurde und *wie* eine Einvernahme insgesamt verlaufen ist, *wie* sie sich *entwickelt* hat. So ist es beispielsweise entscheidend, dass sich anhand des Protokolls genau nachvollziehen lässt, auf welche Art und Weise bzw. unter welchen Voraussetzungen ein Geständnis zustande gekommen ist,³¹ aber auch, ob die Einvernahme insgesamt schleppend oder flüssig vonstatten ging. Gerade dies lässt sich aber unter Umständen nachträglich nicht mehr eruieren, wenn im Protokoll gewisse Antworten und Fragen nach Gutdünken des Einvernehmenden weggelassen worden sind³² oder Antworten zusammengefasst und damit nur sinngemäss wiedergegeben wurden.³³
- 15 Aufgrund des eben Dargelegten und getreu der von WALDER vertretenen Maxime «lieber zu viel als zu wenig»,³⁴ sind u.E. deutlich höhere Ansprüche an ein Einvernahmeprotokoll zu stellen, als von Art. 29 Abs. 2 BV³⁵ und Art. 38 MStP³⁶ im Sinne einer Mindestgarantie gefordert. Folgende Protokollierungsgrundsätze sollten im (militärischen) Strafverfahren unbedingt beachtet werden:³⁷

²⁸ BGE 122 IV 103, E. I.3 mit Bezug auf die BStP; OBERHOLZER, N. 956.

²⁹ Vgl. oben N. 1.

³⁰ Vgl. etwa NÄPFLI, S. 52 m.w.H.

³¹ Vgl. dazu auch NÄPFLI, S. 107, der festhält, dass Protokollierungsmängel – namentlich eine nicht wortgetreue Formulierung sowie das Weglassen von Fragen und Vorhalten – die Überprüfung von Geständnissen verunmöglichen.

³² Vgl. dazu WALDER, S. 180: «Es wäre auch falsch, Momente wegzulassen, welche zum Zusammenhang gehören und zum Verständnis des ganzen Vorganges beitragen.»

³³ Bei zusammenfassend wiedergegebenen Antworten wird u.U. der schleppende Gang der Einvernahme verwischt und insgesamt ein falsches Bild vermittelt; vgl. dazu auch oben N. 12.

³⁴ Vgl. WALDER, S. 180.

³⁵ Vgl. dazu oben N. 1.

³⁶ Vgl. dazu oben N. 11 f.

³⁷ Vgl. dazu auch Art. 71 Abs. 1 StP SG.

- *Sämtliche* Fragen und Antworten sind stets *gesondert* und *genau* zu protokollieren,³⁸ und zwar in *direkter Rede*.³⁹ Dabei ist auf eine Darstellung zu achten, welche eine deutliche Unterscheidung zwischen Frage und Antwort zulässt. Dies könnte etwa folgendermassen aussehen:

Frage UR: Warum sind Sie am 16. Oktober 2006 nicht in den ADF 2006 mit Ihrer Einteilungseinheit eingerückt?

Antwort Beschuldigter: Es ist diese alte leidige Geschichte. Ich habe mit dem Militärdienst nichts am Hut. Es wäre mir noch so recht, wenn ich nicht Militärdienst leisten müsste. Ich bin jetzt schon seit fast 10 Jahren mit der Militärjustiz im Clinch, und wäre eigentlich froh, wenn ich das bald einmal hinter mir hätte.

- Grundsätzlich ist ein *Wortprotokoll* zu erstellen;⁴⁰ keinesfalls dürfen Fragen des Untersuchungsrichters oder Antworten des Befragten einfach weggelassen werden. Es ist u.E. nicht Aufgabe des Einvernehmenden, bereits während der Einvernahme zu entscheiden, welche Fragen und Antworten für das später zu fällende Urteil wesentlich und welche unwichtig sind. Zu einer derartigen Selektion ist der Einvernehmende noch gar nicht in der Lage.⁴¹
- Aussagen sind mit den Worten des Einvernommenen im Protokoll festzuhalten, wobei auf eine wahrheitsgetreue Formulierung zu achten ist.⁴² Dies schliesst – zumindest bei Einvernahmen zur Sache⁴³ – grundsätzlich auch aus, dass mehrere Antworten zu einer einzigen zusammengefasst werden, denn derartige Zusammenfassungen geben die Aussagen des Einvernommenen im besten Fall lediglich sinngemäss wieder, nicht aber mit dessen Worten.
- Soweit es für das Verständnis notwendig ist, sind Aussagen in *Dialektform* zu protokollieren.⁴⁴

³⁸ Ebenso NÄPFLI, S. 57 f., mit der Begründung, dass die Wiedergabe der Fragen im Protokoll für das spätere Verständnis der Aussagen entscheidend sei; WALDER, S. 181 hält zu Recht fest, dass gewisse Antworten des Beschuldigten nur dann richtig verstanden werden können, wenn die Frage des Vernehmenden bekannt ist. Vgl. auch SCHMID, N. 565, der fordert, dass «im Ermittlungs-, Untersuchungs- und Gerichtsverfahren generell Fragen und Antworten vermehrt möglichst wortgetreu protokolliert werden.»

³⁹ Nicht in Berichtform oder indirekter Rede. Vgl. WALDER, S. 180 mit Hinweis auf MEINERT, S. 236. Vgl. auch Handbuch, Ziff. 22 Abs. 3.

⁴⁰ Auch NÄPFLI, S. 106, fordert eine möglichst wortgetreue Wiedergabe der Aussage des Einvernommenen im Protokoll.

⁴¹ Ebenso NÄPFLI, S. 105, der festhält, dass «[...] es während der laufenden Einvernahme sehr selten möglich ist, festzustellen, ob ein Aussageteil – dies gilt erst recht im Vorverfahren – im weiteren Verfahren wesentlich und deshalb nun zu protokollieren ist».

⁴² HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 44 N. 23; NÄPFLI, S. 99, der zu Recht darauf hinweist, dass ein Protokoll im Gegensatz zum Urteil sprachlich gerade nicht einwandfrei, sondern wahrheitsgetreu sein müsse.

⁴³ Vgl. bezüglich Einvernahmen zur Person oben N. 12.

⁴⁴ Vgl. auch Handbuch, Ziff. 22 Abs. 1.

- Fertigt der Beschuldigte während der Einvernahme eine *Skizze* an, so ist diese vorschriftsgemäss signieren zu lassen⁴⁵ und an geeigneter Stelle – z.B. als Anhang⁴⁶ – dem Protokoll hinzuzufügen.
- Grundsätzlich ist auch die «non-verbale Kommunikation» festzuhalten. Aus dem Protokoll sollte ersichtlich sein, ob der Einvernommene vor einer Antwort beispielsweise lange überlegt oder zögert, ob er bei einer bestimmten Frage oder Antwort Emotionen zeigt oder während der Einvernahme zu schwitzen, stottern, zittern etc. beginnt. Nicht angezeigt ist es allerdings, diese non-verbale Zeichen auch bereits in einer bestimmten Weise zu deuten,⁴⁷ z.B. im Protokoll zu schreiben: «Der Beschuldigte schwitzt und stottert stark und zeigt damit Lügensymptome». Die korrekte Interpretation der «non-verbale Kommunikation» ist zudem – weil viele Symptome mehrdeutig sind – äusserst schwierig⁴⁸ und überdies nicht Sache des Einvernehmenden. Im Protokoll ist somit auf eine wertneutrale Formulierung zu achten, etwa: «Der Beschuldigte brach während der Beantwortung der letzten Frage in Tränen aus.»

B. Formelle Protokollierungsgrundsätze

- 16 Das Einvernahmeprotokoll besteht aus folgenden Teilen:⁴⁹
- Eingang (Ingress)
 - Formeller Teil
 - Materieller (sachlicher) Teil
 - Bestätigung der Richtigkeit
- 17 Der *Eingang (Ingress oder Protokollkopf)* umfasst namentlich Angaben über Ort und Zeit (Beginn) der Einvernahme sowie über die Personalien der einvernommenen Person und gibt über sämtliche an der Einvernahme mitwirkenden bzw. anwesenden Personen Auskunft, nennt mithin deren Namen und Funktion. Macht beispielsweise bei einer Zeugeneinvernahme der Beschuldigte oder Tatverdächtige von seinem Teilnahmerecht Gebrauch, so ist seine Anwesenheit im Protokoll zu vermerken. Der Zeitpunkt der Beendigung der Einvernahme ist dann am Ende der Niederschrift anzugeben.⁵⁰

⁴⁵ Vgl. unten N. 22 ff.

⁴⁶ NÄPFLI, S. 67.

⁴⁷ Ebenso NÄPFLI, S. 66: «Es sind jedoch keine rechtlichen Wertungen vorzunehmen.»

⁴⁸ Vgl. WALDER, S. 210: «Eine Angeschuldigte kann in einer Vernehmung zu weinen beginnen, weil sie Angst hat, man werde ihre Tat aufdecken. Sie kann aber auch in Tränen ausbrechen, weil sie befürchtet, man könnte ihr, obwohl sie die Wahrheit sage, nicht glauben.»

⁴⁹ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 44 N. 23; OBERHOLZER, N. 955; vgl. ferner auch Art. 70 StP SG.

⁵⁰ WALDER, S. 183.

Der *formelle Teil*⁵¹ beinhaltet vor allem die an die aussagende Person gerichteten Belehrungen über ihre Rechte (und Pflichten).⁵² Beispielsweise die Belehrung des Angeeschuldigten oder Tatverdächtigen über sein Aussageverweigerungsrecht und sein Recht auf Verteidigerbeizug, oder die Belehrungen des Zeugen gemäss Art. 74 ff. MStP über seine grundsätzliche Zeugnispflicht und ein allfälliges Zeugnisverweigerungsrecht. Weiter muss der formelle Teil des Einvernahmeprotokolls auch über den *Gang der Verhandlung* Auskunft geben; so sind etwa Unterbrechungen der Einvernahme im Protokoll unter Nennung der Gründe festzuhalten, beispielsweise: «15:10 Uhr, die Einvernahme wird unterbrochen, weil der Beschuldigte eine Zigarette rauchen will – 15:15 Uhr, die Einvernahme wird fortgesetzt.» 18

Der *materielle (sachliche) Teil* enthält dann die Fragen der einvernehmenden und die Aussagen der einvernommenen Person, und zwar gemäss den oben dargelegten Grundsätzen.⁵³ 19

Die *Bestätigung der Richtigkeit* bezieht sich auf die in Art. 38 Abs. 2 MStP vorgesehene Unterzeichnung des Protokolls am Schluss der Einvernahme durch die einvernommene Person, den Untersuchungsrichter und den Protokollführer nach vorgängigem Lesen oder Vorlesen und nach Vornahme allfälliger Berichtigungen. Über den Wortlaut von Art. 38 Abs. 2 MStP hinaus wäre es u.E. angezeigt, wenn auch die übrigen, allenfalls an der Einvernahme mitwirkenden Personen – zu denken ist an einen Dolmetscher oder den Verteidiger des Beschuldigten – durch ihre Unterschrift die Richtigkeit des Protokolls bestätigen würden.⁵⁴ Art. 76 Abs. 2 StPO CH hält diesbezüglich jedenfalls fest: «Die protokollführende Person, die Verfahrensleitung und die allenfalls zur Übersetzung beigezogene Person bestätigen die Richtigkeit des Protokolls.» 20

Überdies ist festzuhalten, dass u.E. auch Dritte, welche an der Einvernahme teilnehmen,⁵⁵ berechtigt sind, einen ihrer Ansicht nach bestehenden Mangel der Protokollierung zumindest in aktenkundiger Weise zu rügen. 21

⁵¹ Vgl. dazu eingehend NÄPFLI, S. 45 ff.

⁵² Vgl. oben N. 8 betreffend Garantie- und Beurkundungsfunktion des Protokolls.

⁵³ Vgl. dazu oben N. 11 ff. betreffend materielle Protokollierungsgrundsätze.

⁵⁴ Vgl. OBERHOLZER, N. 960 (unter Bezugnahme auf Art. 72 StP SG): «Im unmittelbaren Anschluss an die Verhandlung unterzeichnen die Beteiligten das Protokoll mit der Bestätigung der korrekten Wiedergabe der Aussagen...». Die Unterschriften eines allenfalls bei der Einvernahme mitwirkenden Dolmetschers oder Verteidigers stellen u.E. allerdings keine Gültigkeitserfordernisse für die Einvernahme dar; vgl. bezüglich Unterschrift des Dolmetschers auch SCHMID in: Donatsch/Schmid, § 32 N. 7.

⁵⁵ Z.B. der Beschuldigte oder das Opfer bzw. deren Verteidiger oder Rechtsvertreter anlässlich der Einvernahme eines Zeugen.

1. Insbesondere: Bestätigung der Richtigkeit

- 22 *Unmittelbar* nach Abschluss der Einvernahme wird das Protokoll der einvernommenen Person gemäss Art. 38 Abs. 2 MStP vorgelesen oder zum Lesen gegeben. Dies muss deshalb *unmittelbar* nach Erstellung des Protokolls geschehen, weil nur dann die Erinnerung des Einvernommenen noch frisch ist und er die Richtigkeit seiner Aussagen auch wirklich bezeugen kann.⁵⁶ Überdies ist die einvernommene Person darüber zu unterrichten, dass sie allfällige Berichtigungen und Ergänzungen anbringen kann. Dasselbe Recht steht selbstverständlich auch dem Untersuchungsrichter zu. Kann das Protokoll aus irgendwelchen Gründen – z.B. infolge technischer Probleme – nicht unmittelbar nach der Einvernahme vorgelesen oder gelesen werden, so ist diese u.E. als ungültig zu qualifizieren und muss wiederholt werden.⁵⁷ Das postalische Nachschicken eines Einvernahmeprotokolls mit der Bitte, dieses sogleich unterzeichnet zurückzusenden, führt mithin zu einem unverwertbaren Beweismittel. Dasselbe gilt für den Fall, dass der Einvernommene auf einen späteren Zeitpunkt nochmals vorgeladen wird, um das Protokoll erst dann durchzulesen und zu signieren. Welcher Zeitrahmen das Kriterium der «Unmittelbarkeit» noch zu erfüllen vermag, lässt sich nicht generell bestimmen; im Normalfall wird das Protokoll jedenfalls innerhalb weniger Minuten nach Einvernahmeende ausgedruckt und der einvernommenen Person zum Lesen gegeben bzw. vorgelesen. Geschieht dies beispielsweise erst am Tag nach der Einvernahme, so ist das Kriterium der Unmittelbarkeit u.E. nicht mehr erfüllt.
- 23 Berichtigungen und Ergänzungen müssen im Protokoll als solche erkennbar sein. Sie sind gesondert – also unmittelbar bei der berichtigten Protokollstelle oder zumindest durch eindeutigen Verweis am Ende des Protokolls – zu unterzeichnen⁵⁸ und überdies so anzubringen, dass die ursprünglich protokollierte Version der Aussage bzw. Frage auch weiterhin ersichtlich bleibt.⁵⁹ Eine vom Befragten vorgenommene Berichtigung wird der Untersuchungsrichter allerdings nur dann mitunterschreiben, wenn er diese für angebracht und richtig hält. Andernfalls unterzeichnet sie lediglich der Befragte. Hingewiesen sei an dieser Stelle darauf, dass der Einvernommene zur Unterzeichnung nicht gezwungen werden kann. Eine allfällige Weigerung ist unter Angabe der Gründe entsprechend zu vermerken.⁶⁰

⁵⁶ Vgl. HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 44 N. 23 und OBERHOLZER, N. 960.

⁵⁷ Gemäss einem älteren Entscheid des KassGer ZH vom 22. 6. 1973 liegt indes keine Nichtigkeit vor, wenn ein Zeuge das Protokoll erst einige Tage nach der Einvernahme unterschreibt (zitiert nach SCHMID in: Donatsch/Schmid, § 32 N. 5, Fn. 14). Vgl. unten N. 27.

⁵⁸ OBERHOLZER, N. 960: «...eingefügte Berichtigungen und Nachträge werden kenntlich gemacht und gesondert unterzeichnet...» Vgl. auch Art. 72 Abs. 2 Satz 2 StP SG.

⁵⁹ Gemäss NÄPFLI, S. 70, ist bei Korrekturen der einvernommenen Person zwischen folgenden beiden Varianten zu unterscheiden: «Dient die Korrektur nur der Verständlichkeit und wird der Inhalt nicht verändert, so kann sie diese anfügen. Will sie demgegenüber sinnverändernde materielle Änderungen anbringen, sind diese am Ende der Einvernahme unter den Ergänzungen festzuhalten.»

⁶⁰ Vgl. sogleich N. 24.

Schliesslich ist das Protokoll nach Vornahme allfälliger Berichtigungen oder Ergänzungen von den an der Einvernahme beteiligten Personen⁶¹ am Schluss (d.h. auf der letzten Seite) zu unterzeichnen, wobei dies allerdings *nicht erzwungen* werden kann. Wird die Unterzeichnung verweigert, so ist dies vielmehr unter Angabe der Gründe auf dem Protokoll entsprechend zu vermerken.⁶² Ein vom Einvernommenen nicht unterzeichnetes, ansonsten aber korrekt erstelltes – namentlich vorgelesenes oder gelesenes – Protokoll unterliegt, sofern die Gründe für die Nichtunterzeichnung vermerkt sind, der freien richterlichen Beweiswürdigung; mithin genau gleich wie ein vom Einvernommenen unterzeichnetes und auch ansonsten korrekt erstelltes Protokoll.⁶³ 24

Hingewiesen sei an dieser Stelle darauf, dass auch jede Seite des Protokolls vom Einvernehmenden, Protokollführer und vom Einvernommenen – unter Vorbehalt des Rechts des Letzteren, die Unterzeichnung des Protokolls zu verweigern – mit der Unterschrift oder den Initialen versehen werden muss.⁶⁴ Dies bietet insbesondere Gewähr, dass nicht behauptet werden kann, es seien Seiten aus dem Einvernahmeprotokoll nachträglich verändert worden, etwa durch Abänderung bestimmter Aussagen und erneutes Ausdrucken der entsprechenden Seite. Bei der Infidierung auf jeder Seite handelt es sich gemäss SCHMID allerdings – im Gegensatz zur Unterzeichnung am Schluss⁶⁵ – «wohl nur um eine Ordnungsvorschrift.»⁶⁶ 25

Ein dem Einvernommenen nach der Einvernahme nicht vorgelesenes bzw. von diesem nicht gelesenes Protokoll ist *ungültig*,⁶⁷ und die darin enthaltenen Aussagen dürfen in der Folge – da eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vorliegt⁶⁸ – auch nicht verwendet werden. Gleiches gilt für den Fall, dass in einem vom Einvernommenen nicht unterzeichneten Protokoll die Gründe für dessen Weigerung nicht angeführt sind.⁶⁹ Ebenso ungültig ist auch ein Protokoll, das am Schluss vom Einvernehmenden und vom Protokollführer nicht unterzeichnet wurde,⁷⁰ wobei darauf hingewiesen sei, dass der Beizug eines Protokollführers bei einer untersuchungsrich- 26

⁶¹ Vgl. oben N. 20.

⁶² Art. 38 Abs. 3 MStP.

⁶³ Vgl. dazu oben N. 9.

⁶⁴ Weniger weitgehend das Handbuch, Ziff. 22 Abs. 4, wo verlangt wird, dass nur die *einvernommene Person* am Schluss jedes Blattes zu unterzeichnen habe.

⁶⁵ Vgl. dazu sogleich N. 26.

⁶⁶ SCHMID in: Donatsch/Schmid, § 32 N. 8; ebenso NÄPFLI, S. 71.

⁶⁷ Vgl. HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 44 N. 24 (betreffend Zeugeneinvernahme) m.w.H. *Ungültig* ist die Einvernahme u.E. aber auch dann, wenn das Vorlesen bzw. Lesen des Protokolls *nicht unmittelbar* nach Einvernahmeende erfolgen kann; vgl. dazu oben N. 22.

⁶⁸ Vgl. dazu oben N. 4 f.

⁶⁹ Ebenso NÄPFLI, S. 71.

⁷⁰ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 44 N. 24; SCHMID in: Donatsch/Schmid, § 32 N. 8 m.w.H. Vgl. auch WALTER, S. 177 m.w.H., der betont, dass das Protokoll ohne Unterschrift des Vernehmenden nichtig sei. Gemäss NÄPFLI, S. 71, ist die Mitunterzeichnung durch den nicht für das Protokoll verantwortlichen Protokollführer demgegenüber lediglich eine Ordnungsvorschrift.

terlichen Einvernahme im MStP nicht zwingend vorgeschrieben ist, der Untersuchungsrichter mithin grundsätzlich auch selber protokollieren kann.

- 27 Im Folgenden soll zusammenfassend aufgezeigt werden, inwieweit die Einhaltung der eben dargelegten Vorschriften als Gültigkeitserfordernis für die Einvernahme zu qualifizieren ist.

	Gültigkeits- erfordernis	Ordnungs- vorschrift
Lesen des Protokolls durch den <i>Einvernommenen</i> bzw. Vorlesen des Protokolls <i>unmittelbar</i> nach Ende der Einvernahme	+	
Unterschrift <i>des Einvernommenen</i> am Ende der Niederschrift bzw. Angabe der Gründe für die Verweigerung der Unterschrift	+	
Unterschrift des <i>Einvernehmenden</i> und des <i>Protokollführers</i> am Ende der Niederschrift	+	
Unterschrift weiterer an der Einvernahme beteiligter Personen – z.B. Dolmetscher oder Verteidiger – am Ende der Niederschrift		+
Infidierung auf jeder Seite		+

2. Nachträgliche Berichtigung

- 28 Im MStP besteht keine explizite rechtliche Grundlage für die nachträgliche Berichtigung eines verlesenen und als richtig bestätigten Protokolls.⁷¹ Art. 79 Abs. 2 StPO CH sieht vor, dass über Gesuche um Protokollberichtigung die Verfahrensleitung entscheidet. Auch in der Lehre wird die Ansicht vertreten, mit einem sog. Protokollberichtigungsbegehren könne geltend gemacht werden, die verlesenen und einst als richtig bestätigten Aussagen seien doch nicht korrekt protokolliert worden.⁷²

C. Der zwingende Charakter der Protokollierungsvorschriften

- 29 Wie bereits erwähnt, müssen sämtliche Beweisaufnahmen protokolliert werden.⁷³ Zur Beweisaufnahme zählen insbesondere die Einvernahmen von Beschuldigten, Tatverdächtigen, Auskunftspersonen, Zeugen und Sachverständigen, wobei das Protokoll hierbei unter Einhaltung der eben dargelegten materiellen und formellen Grundsätze zu erstellen ist. Jede einvernommene Personen hat m.a.W. einen Anspruch darauf,

⁷¹ Vgl. zur Möglichkeit der Berichtigung im unmittelbaren Anschluss an eine Einvernahme oben N. 22 f.

⁷² Vgl. HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 44 N. 27a.

⁷³ Vgl. zur sog. Dokumentationspflicht oben N. 2.

dass über ihre Aussagen ein korrektes Protokoll erstellt wird.⁷⁴ Werden beispielsweise Aussagen eines Beschuldigten nicht in einem Protokoll,⁷⁵ sondern lediglich in einer Aktennotiz festgehalten, so dürfen die derart aktenkundig gemachten Informationen – da eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vorliegt⁷⁶ – im weiteren Verfahren jedenfalls keine Beachtung finden, und die fragliche Aktennotiz ist zu vernichten.⁷⁷ Anlässlich «informeller» Befragungen oder von «Vorgesprächen» gemachte Aussagen sind aufgrund des Dargelegten nicht verwertbar und damit grundsätzlich wertlos.⁷⁸ Dasselbe gilt für Befragungen via Telefon, welche der Untersuchungsrichter nachträglich in einer Aktennotiz festhält. Eine derartige Umgehung der materiellen und formellen Protokollierungsvorschriften führt zu einem – zumindest zuungunsten des Beschuldigten – unverwertbaren Beweismittel.

D. Einsatz technischer Hilfsmittel

1. Im Allgemeinen gemäss MStP bzw. StPO CH

Im Militärstrafprozess ist der Einsatz technischer Hilfsmittel – genannt wird in Art. 38 Abs. 4 MStP lediglich der «Tonträger» – nur *ausnahmsweise* und nur mit *Einwilligung aller Beteiligten* zulässig. Es ist mithin dem Untersuchungsrichter nicht erlaubt, gegen den Willen des Einzuvernehmenden dessen Befragung auf einem Tonträger festzuhalten. Für ein derartiges unilaterales Vorgehen fehlt im MStP die gesetzliche

30

⁷⁴ Vgl. den Entscheid des BGer vom 24.11.1999, 1P.312/1999 = Pra 2000 Nr. 190: «...der aus Art. 4 aBV abgeleitete Anspruch auf rechtliches Gehör [gewährt] den Parteien auch das Recht zu erwirken, dass wenigstens der wesentliche Inhalt entscheidrelevanter Aussagen von Parteien, Zeugen oder Sachverständigen zu Protokoll genommen wird...» Vgl. auch OBERHOLZER, N. 958, der allerdings explizit nur dem *Angeschuldigten* einen «unabdingbaren Anspruch» einräumt, «dass seine Äusserungen zur Person und zur Sache in der Form einer protokollierten Einvernahme und nicht auf anderem Weg erhoben werden.»

⁷⁵ Vgl. zu den Voraussetzungen eines in materieller wie formeller Hinsicht einwandfreien Protokolls oben N. 10 ff.

⁷⁶ Vgl. GVP 1990 Nr. 77 (unten Fn. 77) und oben N. 4 f.

⁷⁷ Dem in GVP 1990 Nr. 77 abgedruckten Entscheid der Anklagekammer des Kantons St. Gallen vom 12. Oktober 1990 lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Ein Polizeibeamter hielt am Tag nach der Einvernahme mit A. eine angeblich von diesem *nach* der Befragung gemachte Äusserung in einer Aktennotiz fest. Die Anklagekammer erkannte darin eine Verletzung des Anspruchs auf Protokollierung und damit eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör i.S.v. Art. 4 Abs. 1 BV 1874 (heute Art. 29 Abs. 2 BV).

⁷⁸ Vgl. zum Ganzen auch BGE 124 V 389, 391 E. 4. Das Bundesgericht hat hier eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör angenommen, weil über entscheidrelevante Aussagen gar kein Protokoll erstellt wurde. Dazu ist zu bemerken, dass sich oft erst am Ende eines Verfahrens herausstellt, welche Aussagen wichtig sind. Daher ist die Unterscheidung zwischen wichtigen und unwichtigen Aussagen für das Untersuchungsverfahren nicht sachgerecht, und als Folge davon sind auch sämtliche Aussagen zu protokollieren; vgl. dazu oben N. 14 f.

Grundlage.⁷⁹ Auf der anderen Seite hat u.E. aber auch der Einzuvernehmende keinen rechtlich durchsetzbaren Anspruch darauf, dass die Einvernahme auf Tonband aufgenommen wird. Eine weniger restriktive Handhabung gilt u.E. für die Aufnahme der Hauptverhandlung auf einen Tonträger.⁸⁰

- 31 Einmal abgesehen von den im OHG⁸¹ spezialgesetzlich geregelten Befragungen kindlicher Opfer⁸², kommt die Tonaufnahme einer Einvernahme etwa dann in Betracht, wenn ein komplizierter Prozessstoff – beispielsweise mit ausführlichen technischen Erklärungen – vorliegt.⁸³
- 32 Eine im Vergleich zum MStP weniger strenge Handhabung technischer Hilfsmittel sieht die StPO CH vor. Gemäss Art. 76 Abs. 4 StPO CH kann die Verfahrensleitung deren Einsatz unter vorgängiger Bekanntgabe an die anwesenden Personen *einseitig anordnen*; und im Gegensatz zum MStP fehlt auch der einschränkende Hinweis, wonach technische Hilfsmittel nur «ausnahmsweise» eingesetzt werden dürften.
- 33 Das Recht am eigenen Bild und an der eigenen Stimme zählt allerdings zu den von Art. 28 ZGB geschützten Persönlichkeitsrechten. Es lässt sich im Verhältnis zwischen Privatpersonen und Staat aus dem in Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 8 EMRK festgehaltenen Anspruch auf Achtung des Privatlebens bzw. aus dem durch besagte Bestimmungen gewährleisteten Schutz der Privatsphäre ableiten.⁸⁴ Dabei wird das Privatleben nicht nur innerhalb privater und geschlossener Räume verfassungsmässig geschützt. In der Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung findet sich in diesem Zusammenhang folgende Aussage: «Tritt eine Person in die Öffentlichkeit, so gibt sie sich Auge und Ohr anderer Personen preis, aber erteilt damit kein Einverständnis, dass ihr Verhalten oder ihre Äusserungen von staatlichen Organen in Schrift, Bild oder Ton festgehalten werden.»⁸⁵ Damit stellt die einseitig angeordnete Video- bzw. Tonaufzeichnung einer Einvernahme einen Eingriff in verfassungsmässig geschützte Rechte des Einvernommenen dar; insbesondere ist der in Art. 13 Abs. 1

⁷⁹ Vgl. zur Regelung der StPO CH unten N. 32 f.

⁸⁰ Vgl. unten Art. 39 N. 6.

⁸¹ Mit dem voraussichtlich im Herbst 2008 in Kraft tretenden totalrevidierten OHG (OHG 2007) werden die besonderen Bestimmungen zum Schutz von Kindern – zusammen mit weiteren OHG-Bestimmungen – in den MStP integriert, und zwar in Art. 84a–84k MStP (BBl 2007, 2315 ff.); vgl. dazu Botschaft Totalrevision OHG, BBl 2005, 7267 f. sowie BBl 2007, 2299 ff. (Referendumsvorlage vom 23.3.2007). Die Integration der Verfahrensbestimmungen des OHG in den MStP wurde notwendig, weil mit Inkrafttreten der eidgenössischen StPO diese Verfahrensbestimmungen aus dem OHG in die eidgenössische StPO überführt werden sollen; vgl. Art. 152 ff. StPO CH.

⁸² Art. 10c OHG – entspricht Art. 43 OHG 2007 (BBl 2007, 2310) und Art. 84j MStP in der Fassung des OHG 2007 (BBl 2007, 2317); vgl. dazu sogleich unten N. 35 ff.

⁸³ Vgl. Botschaft MStP, BBl 1977 II 62. Gemäss NÄPFLI, S. 123 ff. wäre ganz generell ein vermehrter Einsatz audiovisueller Aufzeichnungen bei Einvernahmen sinnvoll.

⁸⁴ Vgl. dazu auch SCHEFER, S. 34.

⁸⁵ Vgl. Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1–648, 152, bzw. Sonderdruck, S. 152.

BV garantierte Anspruch auf Achtung des Privatlebens tangiert. Ein derartiger Eingriff muss damit – sofern keine ausdrückliche und aktuelle Einwilligung des Einvernommenen vorliegt – stets den Voraussetzungen von Art. 36 BV genügen; mithin auf einer gesetzlichen Grundlage basieren – welche im zivilen Strafprozess künftig in Art. 76 Abs. 4 StPO CH zu sehen wäre –, im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein sowie den Kerngehalt des tangierten Grundrechtes respektieren. Zumindest bei Einvernahmen von Zeugen und erwachsenen Opfern⁸⁶ wird man bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit das Vorliegen eines überwiegenden öffentlichen Interesses an einer Aufzeichnung u.E. nur zurückhaltend annehmen können.

Sowohl nach dem MStP wie auch nach der StPO CH vermag die Aufnahme einer Einvernahme auf einen Tonträger ein schriftliches Protokoll nicht zu ersetzen. Vielmehr ist entweder gleichzeitig mit der Tonaufzeichnung ein Protokoll zu führen oder aber ein solches anhand der aufgezeichneten Einvernahme nachträglich zu erstellen.⁸⁷ Ebenso wie in einer untersuchungsrichterlichen Einvernahme das *schriftliche* Protokoll sofort vorzulesen und zu unterzeichnen ist,⁸⁸ muss die allfällige Übertragung vom Tonträger in Schriftform sofort nach der Einvernahme vorgenommen werden, da mit zunehmender Zeitdauer die Erinnerung der einvernommenen Person mehr und mehr verblasst und eine Berichtigung des Protokolls immer schwieriger wird.⁸⁹ Der Grundsatz der sofortigen Übertragung der Einvernahme vom Tonträger in die Schriftform gilt u.E. allerdings nicht für die Gerichtsverhandlung.

2. Im Besonderen gemäss OHG

Bei Einvernahmen von *Opfern*, die im Zeitpunkt der Eröffnung des Strafverfahrens weniger als 18 Jahre alt waren,⁹⁰ sind ganz generell die Art. 10a–10d OHG⁹¹ zu beachten.⁹² Art. 10c Abs. 2 OHG⁹³ schreibt dabei eine Aufzeichnung der Einvernahme des kindlichen Opfers auf Video vor. Allerdings gilt u.E. auch hier, dass eine ohne aus-

⁸⁶ Vgl. zur Einvernahme kindlicher Opfer unten N. 35 ff.

⁸⁷ Vgl. HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 44 N. 27.

⁸⁸ Vgl. oben N. 22.

⁸⁹ Vgl. zur Möglichkeit der Berichtigung vor Unterzeichnung des Protokolls oben N. 22 ff.

⁹⁰ Vgl. zur Definition des kindlichen Opfers Art. 10a OHG.

⁹¹ Voraussichtlich ab Herbst 2008 finden sich diese Bestimmungen in Art. 41–44 OHG 2007 (BBl 2007, 2310 f.) und – für den Militärstrafprozess – in Art. 84h–84k MStP in der Fassung des OHG 2007 (BBl 2007, 2317 f.).

⁹² Vgl. BEATRICE VOGT in: GOMM/ZEHNTER, S. 179 ff.

⁹³ Die in Art. 10c Abs. 2 OHG kodifizierte Videobefragung findet sich voraussichtlich ab Herbst 2008 in Art. 43 Abs. 5 OHG 2007 (BBl 2007, 2310) und – für den Militärstrafprozess – in Art. 84j Abs. 5 MStP in der Fassung des OHG 2007 (BBl 2007, 2317).

drückliche und aktuelle Einwilligung des urteilsfähigen Opfers vorgenommene audiovisuelle Aufzeichnung den Voraussetzungen von Art. 36 BV genügen muss.⁹⁴

- 36 Art. 10c Abs. 2 OHG⁹⁵ legt nicht fest, ob zusätzlich zur Videoaufnahme noch ein den eben dargelegten materiellen und formellen Voraussetzungen⁹⁶ genügendes Einvernahmeprotokoll zu erstellen ist. Vorgeschrieben wird einzig, dass die befragende Person und der anwesende Spezialist ihre besonderen Beobachtungen in einem Bericht festhalten müssen. Einige kantonale Strafprozessordnungen befassen sich mit der vorliegend aufgegriffenen Problematik. So bestimmt § 149c StPO ZH – welcher besondere Bestimmungen für die Einvernahme von Minderjährigen enthält – in Abs. 5, dass bei den auf einem Ton- oder Bildträger aufgezeichneten Einvernahmen die Aussagen nicht protokolliert werden müssten, sondern die wesentlichen Aussagen nach der Einvernahme schriftlich festzuhalten seien. Die Niederschrift und der Datenträger bildeten in der Folge Bestandteil des Protokolls. Eine entsprechende Regelung findet sich auch in Art. 80a StrV BE (Einvernahme von Kindern als Opfer).
- 37 Im MStP fehlt eine mit Art. 149c Abs. 5 StPO ZH oder Art. 80a StrV BE vergleichbare Bestimmung. Die in den genannten Gesetzesartikeln vorgesehene Regelung bezüglich Protokollierung von Einvernahmen kindlicher Opfer gemäss Art. 10c Abs. 2 OHG⁹⁷ ist u.E. allerdings auch für den Militärstrafprozess sachgerecht, da eine den materiellen und formellen Protokollierungsgrundsätzen genügende Mitschrift der Einvernahme dem Sinn und Zweck der Videoaufnahme des kindlichen Opfers zuwiderlaufen würde.
- 38 Zu beachten ist, dass gemäss Art. 154 Abs. 4 lit. d StPO CH, der grundsätzlich dem heutigen Art. 10c Abs. 2 OHG⁹⁸ entspricht, die Videoaufnahme nicht mehr in jedem Fall vorgesehen ist, sondern lediglich, wenn keine Gegenüberstellung mit der beschuldigten Person stattgefunden hat.⁹⁹

⁹⁴ Vgl. dazu oben N. 33.

⁹⁵ Die in Art. 10c Abs. 2 OHG kodifizierte Videobefragung findet sich voraussichtlich ab Herbst 2008 in Art. 43 Abs. 5 OHG 2007 (BBI 2007, 2310) und – für den Militärstrafprozess – in Art. 84j Abs. 5 MStP in der Fassung des OHG 2007 (BBI 2007, 2317).

⁹⁶ Vgl. dazu oben N. 10 ff.

⁹⁷ Die in Art. 10c Abs. 2 OHG kodifizierte Videobefragung findet sich voraussichtlich ab Herbst 2008 in Art. 43 Abs. 5 OHG 2007 (BBI 2007, 2310) und – für den Militärstrafprozess – in Art. 84j Abs. 5 MStP in der Fassung des OHG 2007 (BBI 2007, 2317).

⁹⁸ Die in Art. 10c Abs. 2 OHG kodifizierte Videobefragung findet sich voraussichtlich ab Herbst 2008 in Art. 43 Abs. 5 OHG 2007 (BBI 2007, 2310) und – für den Militärstrafprozess – in Art. 84j Abs. 5 MStP in der Fassung des OHG 2007 (BBI 2007, 2317).

⁹⁹ Vgl. dazu Botschaft StPO CH, BBI 2006, 1191.

IV. Ausblick auf die Schweizerische Strafprozessordnung

Den Protokollen sind in der StPO CH die Art. 76–79 gewidmet, wobei Art. 76 allgemeine Bestimmungen enthält und Art. 78 die Einvernahmeprotokolle regelt. Eine Ergänzung bezüglich Protokollierung von Einvernahmen findet sich schliesslich in Art. 143 Abs. 2 StPO CH.¹⁰⁰ 39

Es ist u.E. zu bedauern, dass bezüglich Protokollierungsvorschriften in Art. 78 Abs. 3 StPO CH weiterhin nur gerade der verfassungsmässig vorgeschriebene Mindeststandard¹⁰¹ übernommen wird, denn die genannte Bestimmung hat folgenden Wortlaut: «Entscheidende Fragen und Antworten werden wörtlich protokolliert.» Die StPO CH folgt damit der in den Kantonen heute üblichen, mit dem doch wenig überzeugenden Argument der Übersichtlichkeit begründeten Praxis, wonach Fragen und Antworten nicht in jedem Fall wörtlich zu protokollieren sind. Es ist u.E. nicht nachvollziehbar, dass in der Botschaft StPO CH diese Praxis zwar als «nicht unproblematisch» bezeichnet wird, «da sie Aussagen verfälschen kann»,¹⁰² dann aber aus dieser Erkenntnis nicht die notwendigen Konsequenzen gezogen wurden und die Erstellung eines Wortprotokolls wenigstens zu Handen des Parlaments *vorgeschlagen* wurde.¹⁰³ 40

Auf die im Vergleich zum MStP «liberalere» Haltung gegenüber dem Einsatz technischer Hilfsmittel bei Einvernahmen wurde bereits hingewiesen; ebenso auf die u.E. gleichwohl gegebene Notwendigkeit, die Voraussetzungen von Art. 36 BV zu prüfen,¹⁰⁴ sofern die Aufzeichnung einer Einvernahme auf Tonträger oder Video gegen den Willen des Einvernommenen angeordnet wird. 41

¹⁰⁰ Vgl. dazu oben N. 8.

¹⁰¹ Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV ergibt sich lediglich ein Anspruch, dass die *entscheidenden* Fragen und Antworten wörtlich protokolliert werden müssen, vgl. dazu oben N. 1.

¹⁰² Botschaft StPO CH, BBl 2006, 1156.

¹⁰³ Auch NÄPFELI, S. 107, bedauert, «[...] dass auch nach dem Entwurf zur Schweizerischen Strafprozessordnung einzig «entscheidende» Fragen zu protokollieren sind [...]».

¹⁰⁴ Vgl. oben N. 33.

Art. 39 Hauptverhandlung

- ¹ Das Protokoll über die Hauptverhandlung muss deren Gang und Ergebnisse im Wesentlichen wiedergeben sowie die im Laufe der Verhandlung gestellten Anträge, ergangenen Entscheide und den Urteilspruch enthalten.
- ² Der Präsident ordnet von sich aus oder auf Antrag einer Partei die vollständige Niederschrift einer Aussage an, wenn ihrem Wortlaut besondere Bedeutung zukommt.
- ³ Das Protokoll der Hauptverhandlung wird vom Präsidenten und vom Gerichtsschreiber unterzeichnet. Im Übrigen gilt Artikel 38.

Art. 39 Débats

- ¹ Le procès-verbal doit relater en substance le déroulement et les résultats des débats et contenir les réquisitions présentées à l'audience, les décisions intervenues et le dispositif du jugement.
- ² D'office ou sur réquisition d'une partie, le président ordonne qu'une déclaration soit consignée intégralement, lorsque sa teneur présente une importance particulière.
- ³ Le procès-verbal des débats est signé par le président et le greffier. L'art. 38 est applicable.

Art. 39 Dibattimento

- ¹ Il processo verbale del dibattimento deve riprodurre, in sostanza, l'andamento e le risultanze e contenere le proposte e richieste presentate nel suo corso, le decisioni prese e il dispositivo della sentenza.
- ² Se il tenore letterale di una deposizione ha particolare importanza, il presidente, d'ufficio o a richiesta di una parte, ne ordina la riproduzione integrale nel processo verbale.
- ³ Il processo verbale del dibattimento è firmato dal presidente e dal segretario. È inoltre applicabile l'articolo 38.

Ausgewählte Materialien

Siehe Art. 38.

Ausgewählte Literatur

Siehe Art. 38.

Inhaltsübersicht

	N.
I. Der Verweis auf Art. 38 MStP.....	1
II. Der Regelungsgehalt von Art. 39 MStP	3

I. Der Verweis auf Art. 38 MStP

Grundsätzlich gilt gemäss Art. 39 Abs. 3 MStP für das Protokoll der Hauptverhandlung die Regelung von Art. 38 MStP, weshalb an dieser Stelle auf die entsprechende Kommentierung verwiesen werden kann. 1

Die Protokollierung der Hauptverhandlung hat somit gemäss den im Zusammenhang mit Art. 38 MStP festgelegten Grundsätzen zu erfolgen – unter Beachtung der nachfolgend darzulegenden Besonderheiten. 2

II. Der Regelungsgehalt von Art. 39 MStP

Aus dem Protokoll über die Hauptverhandlung muss ersichtlich sein, wie diese abgelaufen ist. Demgemäss ist Folgendes zu protokollieren:¹ 3

- Die im Laufe der Verhandlung gestellten Anträge und wie darüber entschieden wurde;
- die Aussagen der vor Gericht einvernommenen Personen wie auch die Fragen des Einvernehmenden;
- die verlesenen Urkunden und Protokolle sowie allfällige Bemerkungen der Beteiligten;
- die erhobenen prozessualen Rügen;
- das Schlusswort des Angeklagten;
- der Urteilsspruch, und zwar so, wie er vom Gerichtspräsidenten bei der Eröffnung mitgeteilt wurde;
- die im Hinblick auf den Strafvollzug angeordneten Massnahmen.

In Ziff. 233 des allgemeinen Dienstbefehls für die einzelnen Militärgerichte ist zudem als Dienstvorschrift für die Gerichtsschreiber statuiert, dass (auch) die Parteivorträge und deren Begründung zu protokollieren sind, falls ein Rechtsmittel ergriffen wird. Es erscheint u.E. gerade für das Rechtsmittelverfahren unabdinglich, dass der Ablauf der vorinstanzlichen Hauptverhandlung vollständig protokolliert wird. Dazu gehört nicht nur ein Protokoll der gestellten Fragen sowie der Antworten von Angeschuldigten, Zeugen oder Sachverständigen, sondern auch der Parteivorträge mit Anträgen und Begründung.²

¹ Vgl. HAEFLIGER, S. 202.

² Vgl. HAEFLIGER, S. 202.

- 4 Wie im Anwendungsbereich von Art. 38 MStP³ sollte u.E. für die Hauptverhandlung grundsätzlich die Erstellung eines Wortprotokolls gefordert werden. Gemäss Art. 39 Abs. 2 MStP steht es indessen im pflichtgemässen Ermessen des Präsidenten des Militärgerichts, welche Aussagen er in Form eines Wortprotokolls festgehalten haben möchte.
- 5 Einem Antrag einer Partei auf vollständige und wörtliche Protokollierung der Hauptverhandlung sollte u.E. in aller Regel durch das Gericht entsprochen werden, da das Erstellen eines Wortprotokolls über besonders wichtig erscheinende Aussagen – abgesehen von einem gewissen Zeitaufwand – keinerlei negativen Konsequenzen nach sich zieht.
- 6 Im Gegensatz zu Einvernahmen während der Untersuchung⁴ sollte u.E. der Präsident die Aufnahme der (ohnehin öffentlichen) Hauptverhandlung auf einen Tonträger zu Protokollierungszwecken grundsätzlich anordnen dürfen. Eine derartige Anordnung soll den Parteien aber mündlich eröffnet werden.
- 7 Die Protokollierung von während der Hauptverhandlung durchgeführten Einvernahmen von Zeugen, Auskunftspersonen und Sachverständigen ist im MStP nicht explizit geregelt. Die Protokollierung könnte u.E. beispielsweise in Anlehnung an die in § 151 GVG ZH festgelegten Grundsätze erfolgen, womit verschiedene Arten der Protokollierung zur Verfügung stünden:
 - Der Gerichtsschreiber nimmt die Einvernahmen in sein Handprotokoll auf und verliest die Aussagen in Gegenwart der Beteiligten, wobei der verlesene Text mit einem Tonaufnahmegerät festgehalten werden kann. Der Einvernommene bestätigt die Wahrheit seiner Aussagen und die Richtigkeit des verlesenen und eventuell berichtigten Protokolls. Diese Erklärung wird ebenfalls protokolliert.
 - Möglich ist auch, dass der einvernehmende Präsident das Einvernahmeprotokoll selber schriftlich erstellt oder es dem Gerichtsschreiber diktiert, wobei das Protokoll am Schluss der Einvernahme in Gegenwart der Beteiligten verlesen wird. Der Einvernommene und der einvernehmende Präsident bescheinigen anschliessend unterschriftlich die Richtigkeit.
 - Schliesslich kann die Einvernahme auch direkt mit einem Tonaufnahmegerät festgehalten und die Aufnahme in Gegenwart der Beteiligten abgespielt werden. Die Erklärung des Einvernommenen über die Richtigkeit ist ebenfalls auf dem Tonträger festzuhalten. Bei ausdrücklicher Einwilligung des Einvernommenen kann auf das Abspielen auch *verzichtet* werden. Anhand der Tonaufnahme wird in der Folge das Protokoll ausgefertigt und vom Präsidenten und dem Gerichtsschreiber, nicht aber vom Einvernommenen, unterzeichnet.

³ Vgl. dazu oben Art. 38 N. 15.

⁴ Vgl. dazu oben Art. 38 N. 30.

U.E. ist die zuletzt genannte Protokollierungsart im Militärstrafprozess zu favorisieren. Von Bedeutung ist insbesondere, dass bei ausdrücklichem Verzicht des Einvernommenen die auf einem Tonträger festgehaltene Einvernahme nicht mehr abgepielt werden muss. Diese pragmatische Lösung wird insbesondere den Ansprüchen der Praxis gerecht.

Unterschrieben wird das Protokoll in Abweichung zur Regelung von Art. 38 MStP⁵ 8 lediglich vom Präsidenten des Militärgerichts und vom Gerichtsschreiber, nicht aber vom Beschuldigten. Sind sich der Präsident und der Gerichtsschreiber hinsichtlich einer bestimmten Protokollstelle nicht einig, so ist die Meinung des Präsidenten massgebend, wobei immerhin vermerkt werden kann, dass der Gerichtsschreiber eine andere Ansicht vertritt.⁶

⁵ Vgl. dazu oben Art. 38 N. 24.

⁶ Vgl. HAEFLIGER, S. 202 f.

Zweiter Abschnitt: Appellation

Section 2: Appel

Sezione 2: Appello

Art. 172 Zulässigkeit

- ¹ Die Appellation ist zulässig gegen Urteile der Militärgerichte mit Ausnahme der Abwesenheitsurteile.
- ² Wird lediglich der Entscheid über einen zivilrechtlichen Anspruch oder über die Kosten und Entschädigung angefochten, so ist einzig der Rekurs zulässig.
- ³ Die Appellation ist ferner zulässig gegen Entscheide der Militärgerichte über Anträge auf Widerruf des bedingten Strafvollzuges.¹

Art. 172 Recevabilité

- ¹ La voie de l'appel est ouverte contre les jugements des tribunaux militaires, à l'exception de ceux qui ont été rendus par défaut.
- ² Lorsque le prononcé attaqué ne porte que sur les prétentions civiles ou sur les frais et l'indemnité, seule la voie du recours est ouverte.
- ³ Sont en outre susceptibles d'appel les décisions rendues en matière de révocation de sursis par les tribunaux militaires.

Art. 172 Ammissibilità

- ¹ L'appello è ammesso contro le sentenze dei tribunali militari, eccettuate quelle contumaciali.
- ² Se è impugnata unicamente la decisione su una pretesa di diritto civile o sulle spese e indennità, è ammesso soltanto il ricorso.
- ³ L'appello è inoltre ammesso contro le decisioni dei tribunali militari sulle proposte di revoca della sospensione condizionale della pena.

Ausgewählte Materialien

Botschaft MStP; Botschaft StPO CH; VE StPO CH; EJPD/BJ, Begleitbericht VE StPO CH; EJPD/BJ, Vernehmlassungsergebnisse VE StPO CH; E StPO CH.

¹ Vgl. auch die im Entwurf vom 31.10.2007 vorgeschlagenen Änderungen (Botschaft Korrekturen MStG/MStP).

Ausgewählte Literatur

BECKER MONIKA/KINZIG JÖRG (Hrsg.), Rechtsmittel im Strafrecht: Eine international vergleichende Untersuchung zur Rechtswirklichkeit und Effizienz von Rechtsmitteln, 2 Bde., Freiburg i.Br. 2000; BOLLINGER; BRÜNDLER ROLEF, Die Appellation im Rechtsmittelsystem des Luzerner Strafverfahrens, Diss. Zürich 1990; DONATSCH/SCHMID; GRAF TITUS, Effiziente Verteidigung im Rechtsmittelverfahren: dargestellt anhand zürcherischer Berufung und Nichtigkeitsbeschwerde, Diss. Zürich 2000; HAUSER ROBERT, Zur Reform der Rechtsmittel im Strafprozess, insbesondere der Anfechtung von Tatsachen, ÖJZ 1981, S. 533–538; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN; HERY KLAUS, Die Berufung im zürcherischen Strafprozess, Diss. Zürich 1975; KÄSLIN MARC, Appellation im luzernischen Strafprozess, Diss. Zürich 1993; KÜHNIS HEINZ-PETER, Das Rechtsmittel der Berufung in der st. gallischen Strafrechtspflege, Diss. Fribourg 1975; LITSCHGI PETER: Die Rechtsmittel im thurgauischen Strafprozess (ohne Wiederaufnahme des Verfahrens), Diss. Zürich 1974; OBERHOLZER; SCHMID; SCHULTZ HANS, Zur Reform der kantonalen Rechtsmittel, ZStR 1981, S. 203–212.

Inhaltsübersicht

	N.
I. Zur Entstehungsgeschichte der Appellation im Militärstrafprozess	1
II. Kritische Beurteilung der Appellation im Militärstrafprozess	3
III. Zur Rechtsnatur der Appellation.....	6
IV. Zulässige Anfechtungsobjekte.....	12
A. Urteile der Militärgerichte erster Instanz	12
B. Entscheid über einen zivilrechtlichen Anspruch oder über die Kosten und Entschädigung	16
C. Entscheide betreffend Widerruf des bedingten Strafvollzuges	18
V. Ausblick auf die Schweizerische Strafprozessordnung.....	20

I. Zur Entstehungsgeschichte der Appellation im Militärstrafprozess

Dem schweizerischen Militärstrafprozess ist das Rechtsmittel der Appellation erst seit dem 1. Januar 1980 bekannt. Mit der totalrevidierten Militärstrafgerichtsordnung, dem MStP vom 23. März 1979, schuf der Gesetzgeber eine von weiten Kreisen schon längst geforderte² zweite *Tatsacheninstanz*. Die MStGO vom 28. Juni 1889 sah gegen erstinstanzliche Sachurteile der damaligen Divisionsgerichte (entsprechen den heutigen Militärgerichten) als einzige Rechtsmittel die Kassationsbeschwerde an den Militärkassationshof und die Revision vor. 1

Der Ruf nach einem vollkommenen Rechtsmittel im militärischen Strafverfahren ertönte bereits während des Ersten Weltkriegs. General ULRICH WILLE beantragte im 2

² Vgl. HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 106 N. 5 sowie sogleich N. 2 ff.

April 1915 beim Bundesrat, für die Zeitspanne des Aktivdienstes eine Appellationsinstanz einzusetzen, um die Einheitlichkeit der Rechtsprechung und vor allem des Strafmasses zu verbessern. Seinem Antrag wurde aber nicht entsprochen. Nur kurze Zeit später – im Oktober 1917 – kam ERNST HAFTER in einem Gutachten zu Händen des Bundesrates zum Schluss, dass der Ausbau des geltenden Rechtsmittelsystems im Militärstrafprozess durch eine Berufung zumindest geprüft werden müsse.³ Es folgten weitere Vorstösse in diese Richtung, so etwa von der Schweizerischen Offiziersgesellschaft im Oktober 1949 sowie im Mai 1954. Eine Standesinitiative des Kantons Basel-Stadt vom 29. April 1971 verlieh den Revisionsbestrebungen weiteren Schwung, und das EMD – das heutige VBS – setzte schliesslich im August 1971 eine Studienkommission ein, welche Vorentwürfe für eine Revision des MStG wie auch der MStGO erarbeitete. In der anschliessenden Vernehmlassung sprachen sich verschiedene Kantone und mehrere grosse Parteien für die Einführung einer Appellationsinstanz aus. Dieser Ansicht schloss sich dann auch der Bundesrat in seiner Botschaft vom 7. März 1977 über die Änderung des MStG und die Totalrevision der MStGO an. Er kam zum Ergebnis, dass die Vorteile einer Appellationsinstanz deren Nachteile überwiegen.

II. Kritische Beurteilung der Appellation im Militärstrafprozess

- 3 Die Rechtswissenschaft hat der Appellation im Militärstrafprozess einen recht kühlen Empfang bereitet. Sie wird vor dem Hintergrund des nach dem Unmittelbarkeitsprinzip ausgestalteten erstinstanzlichen Verfahrens eher negativ bzw. skeptisch beurteilt, und insbesondere wird ihr Nutzen in Frage gestellt. HANS SCHULTZ und ROBERT HAUSER etwa äussern sich dahingehend, dass auf eine zweite Tatsacheninstanz hätte verzichtet werden können, wenn dafür die Nichtigkeitsgründe bei der Kassationsbeschwerde massvoll erweitert worden wären.⁴
- 4 In der Tat ist nicht recht einzusehen, weshalb gegen Urteile, die in einem nach dem Unmittelbarkeitsprinzip konzipierten Verfahren zustande kommen, eine zweite Tatsacheninstanz zur Verfügung gestellt wird, welche wiederum aufgrund des Unmittelbarkeitsprinzips zu einer Entscheidung gelangen soll. Die Strafprozessordnung des Kantons Zürich, welcher die Institution des Geschworenengerichts noch kennt,⁵ sieht gegen Urteile dieses Gerichts denn auch lediglich eine unvollkommene Kassationsbeschwerde vor,⁶ nicht aber eine zweite Tatsacheninstanz mit voller Kognition – müsste diese doch den aufwendigen Unmittelbarkeitsprozess (zumindest theoretisch)

³ Vgl. die Nachweise bei BOLLINGER, S. 8.

⁴ Vgl. SCHULTZ, S. 237 sowie HAUSER, S. 536.

⁵ §§ 50 ff. GVG ZH.

⁶ § 428 StPO ZH.

noch einmal komplett durchspielen. Immerhin handelt es sich bei den meisten Militärstrafverfahren nicht annähernd um derart komplexe Fälle, wie sie das Zürcher Geschworenengericht während mehrtägiger oder gar mehrwöchiger Verhandlungen zu bewältigen hat, weshalb sich der zeitliche und finanzielle Aufwand einer zweiten, wiederum nach dem Unmittelbarkeitsprinzip konzipierten Tatsacheninstanz nicht derart gravierend auswirkt. Trotzdem wäre es u.E. ohne Nachteile für den Angeklagten bzw. die militärische Strafverfolgung möglich, zum «alten System» zurückzukehren und als einziges Rechtsmittel gegen Urteile der Militärgerichte die Kassationsbeschwerde vorzusehen, allenfalls mit einem etwas erweiterten Katalog möglicher Kassationsgründe⁷ – dies umso mehr, als im Militärstrafverfahren dem Beschuldigten bzw. Angeklagten spätestens vor Militärgericht *zwingend* ein Verteidiger zur Seite gestellt werden muss,⁸ seine Rechte mithin bereits im erstinstanzlichen Prozess professionell wahrgenommen werden und insbesondere auch auf die Feststellung des Sachverhaltes im Unmittelbarkeitsprozess grosser Einfluss genommen werden kann. Zu guter Letzt wäre eine Rückkehr zum «alten System» auch mit Art. 32 Abs. 3 BV zu vereinbaren,⁹ denn eine Kassationsinstanz, welche Rechtsfragen umfassend, tatsächliche Feststellungen aber nur unter dem Gesichtspunkt der Willkür prüft, hält vor der Bundesverfassung stand.¹⁰

Nach rund 25 Jahren Erfahrung mit der Appellation im Militärstrafprozess lässt sich 5
immerhin Folgendes feststellen:

- Zum einen ist die bei deren Einführung befürchtete «Flut» von Appellationen ausgeblieben; dafür wurde das Militärkassationsgericht deutlich entlastet;
- zum anderen wird vor dem Appellationsgericht das erstinstanzliche Beweisverfahren keineswegs in jedem Fall neu aufgerollt, was theoretisch möglich wäre, zu meist aber einen «reinen Leerlauf» darstellen würde. In der Praxis stützt sich das Appellationsgericht vielmehr weitgehend auf das aktenkundige Beweisergebnis des Militärgerichts erster Instanz. Es verhält sich mithin keineswegs so, als habe es den erstinstanzlichen Prozess gar nicht gegeben. Neue Beweiserhebungen werden nur dann vorgenommen, wenn sie zur Neuurteilung des angefochtenen Urteils zwingend notwendig sind. Die Praxis hat dem Rechtsmittel der Appellation damit durchaus vernünftige Konturen verliehen.

⁷ Auch HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 99 N. 30 erachten es als prüfenswert, «ob anstelle der Berufung eine erweiterte Nichtigkeitsbeschwerde zu treten hätte...».

⁸ Vgl. Art. 127 MStP.

⁹ OBERHOLZER, N. 1655.

¹⁰ BGE 124 I 92, E. 2; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 94 N. 13.

III. Zur Rechtsnatur der Appellation

- 6 Die Appellation ist ein *ordentliches* und *vollkommenes Rechtsmittel*, deren Einreichung folglich den Eintritt der formellen Rechtskraft hemmt und eine Überprüfung des gesamten Prozessstoffes in tatsächlicher wie in rechtlicher Hinsicht ermöglicht. Zumindest theoretisch wird damit nicht einfach das erstinstanzliche Urteil unter gewissen Aspekten nachgeprüft;¹¹ vielmehr findet ein neuer Prozess statt, bei dem das Appellationsgericht allenfalls aufgrund eigener Tatsachenfeststellungen zu einer rechtlichen Qualifikation des ursprünglich eingeklagten Sachverhaltes gelangt,¹² welche von der Ansicht des erstinstanzlichen Militärgerichts abweichen oder aber mit jener übereinstimmen kann. Allerdings wird die Appellationsinstanz das erstinstanzliche Verfahren *nicht* völlig ignorieren und sich *keinesfalls* so verhalten, als habe es dieses gar nie gegeben. Insbesondere muss nicht zwingend das ganze Beweisverfahren nochmals von Grund auf durchgeführt werden. Soweit tunlich kann das Appellationsgericht auf das aktenkundige Beweisergebnis des Militärgerichts erster Instanz abstellen.¹³ Sinn und Zweck auch eines vollkommenen Rechtsmittels ist es, den angefochtenen Entscheid zu *überprüfen*.
- 7 Aus dem soeben Ausgeführten ergibt sich zwangsläufig, dass der Appellation *suspensive Wirkung* zukommen muss. Das bedeutet, dass deren Einreichung dem Vollzug des angefochtenen Urteils entgegensteht; eine Konsequenz, die im Übrigen auch in Art. 173 Abs. 2 MStP ausdrücklich erwähnt wird.
- 8 Darüber hinaus handelt es sich um ein *devolutives* und *reformatorisches Rechtsmittel*, mit dem der Entscheid eines Militärgerichts an ein höheres Gericht zur Neu Beurteilung – nicht zur blossen Kassation – weitergezogen wird.
- 9 Der grundsätzlich reformatorischen Wirkung zum Trotz muss es im Einzelfall möglich sein, ein Urteil zur Neu beurteilung an die erste Instanz zurückzuweisen, also zu kassieren. Dies ist immer dann angezeigt, wenn die Appellationsinstanz nicht selber in der Lage ist, den Mangel des militärgerichtlichen Urteils durch Erlass eines neuen Verdikts zu heilen, namentlich bei Verletzungen grundlegender Verfahrensregeln; beispielsweise, wenn der Angeklagte vor dem Militärgericht nur ungenügend verteidigt war oder zum erstinstanzlichen Prozess nicht gehörig vorgeladen wurde.¹⁴

¹¹ Zur Möglichkeit einer Teilappellation vgl. unten Art. 174 N. 10 ff.

¹² Vgl. dazu und insbesondere zum Verbot der reformatio in peius Art. 182 N. 11 ff.

¹³ Vgl. dazu Art. 181 N. 1.

¹⁴ OBERHOLZER, N. 1687; SCHMID, N. 1044.

Noven, also neue Tatsachen und Beweismittel, können selbst während der Verhandlung des Appellationsgerichts, und zwar bis zum Abschluss des Beweisverfahrens,¹⁵ noch vorgebracht werden. 10

Schliesslich handelt es sich bei der Appellation um ein *primäres Rechtsmittel*. Ist sie im Einzelfall zulässig, kommen andere nicht mehr in Frage und treten insofern zurück. 11

IV. Zulässige Anfechtungsobjekte

A. Urteile der Militärgerichte erster Instanz

Taugliche Anfechtungsobjekte einer Appellation sind zunächst *Sachurteile* erstinstanzlicher Militärgerichte.¹⁶ Mit einem Sachurteil wird der eingeklagte Sachverhalt in *materieller Hinsicht* beurteilt¹⁷ und der Prozess zumindest für die fragliche Instanz auch abgeschlossen. Es lautet, da über Schuld oder Unschuld entschieden wird, auf Freispruch oder Verurteilung des Angeklagten.¹⁸ Ein mit Appellation grundsätzlich anfechtbares Urteil liegt somit auch dann vor, wenn zwar ein Schuldspruch ergeht, aber trotzdem keine Sanktion verhängt wird.¹⁹ 12

Appellabel sind ferner Entscheide betreffend die Nebenstrafe der Degradation (Art. 35 MStG) sowie die Massnahmen gemäss Art. 47 ff. MStG (therapeutische Massnahmen und Verwahrung, Ausschluss aus der Armee, Berufsverbot, Fahrverbot, Veröffentlichung des Urteils, Einziehung, Ersatzforderungen, Verwendung zugunsten des Geschädigten). Im Verfahren der selbständigen Einziehung ergeht indes kein Sachurteil, womit diesbezüglich auch keine Appellation in Frage kommt. 13

Demgegenüber sind Abwesenheitsurteile i.S.v. Art. 155 Abs. 3 MStP nicht mit der Appellation weiterziehbar. Abgesehen vom Begehren um Aufhebung des Abwesenheitsurteils gemäss Art. 156 MStP steht dem Verurteilten allerdings die Kassationsbeschwerde gemäss Art. 184 Abs. 1 lit. c MStP zur Verfügung. Dasselbe Rechtsmittel kann selbstverständlich auch der Auditor einlegen. 14

¹⁵ Vgl. dazu Art. 178 N. 9.

¹⁶ Art. 172 Abs. 1 MStP; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 106 N. 6.

¹⁷ BOLLINGER, S. 52; OBERHOLZER, N. 1656; SCHMID, N. 573 ff.

¹⁸ Vgl. Art. 145 Abs. 1 MStP. Zur Appellation gegen Urteile, mit denen Disziplinarstrafen ausgesprochen wurden, oben Art. 149 N. 20 ff.

¹⁹ SCHMID in: DONATSCH/SCHMID, § 410 N. 3. Zum Beispiel aufgrund von Art. 46 oder Art. 159 Abs. 2 MStG.

- 15 Keine tauglichen Anfechtungsobjekte für eine Appellation stellen überdies sämtliche Entscheide dar, welche den Prozess vor einem erstinstanzlichen Militärgericht zwar abschliessen, den Sachverhalt aus prozessrechtlichen Gründen aber nicht materiell beurteilen. Ein *nicht* mit Appellation anzufechtendes *Prozessurteil* ergeht namentlich, wenn das erstinstanzliche Militärgericht den Eintritt der Verfolgungsverjährung²⁰ oder seine örtliche bzw. sachliche Unzuständigkeit²¹ feststellt; beispielsweise weil der fragliche Straffall nicht der militärischen, sondern der bürgerlichen Gerichtsbarkeit untersteht.

B. Entscheid über einen zivilrechtlichen Anspruch oder über die Kosten und Entschädigung

- 16 Wird *einzig* der Entscheid über einen zivilrechtlichen Anspruch oder über Kosten- und Entschädigungsfragen angefochten, so ist gemäss Art. 172 Abs. 2 MStP nicht die Appellation, sondern allein der Rekurs i.S.v. Art. 195 ff. MStP zulässig.
- 17 Bezüglich zivilrechtlicher Ansprüche bzw. Kosten und Entschädigungen kann auf die Art. 163 ff. MStP bzw. Art. 151 MStP sowie die entsprechenden Kommentierungen verwiesen werden. Explizit erwähnt sei an dieser Stelle lediglich Art. 135 MG, gelten doch Ansprüche gegen die Militärversicherung nicht als zivilrechtlich. Sind folglich einzig und allein Ansprüche gegen die Militärversicherung streitig, so ist Beschwerde nach Art. 142 Abs. 4 MG zu erheben.

C. Entscheide betreffend Widerruf des bedingten Strafvollzuges

- 18 Gegen sämtliche Entscheide erstinstanzlicher Militärgerichte, welche gestützt auf Art. 40 MStG ergehen, ist die Appellation zulässig; mithin nicht nur, wenn das Gericht den bedingten Strafvollzug tatsächlich widerruft oder nicht widerruft, sondern auch dann, wenn andere Massnahmen gemäss Art. 40 MStG angeordnet oder abgelehnt werden. Zu denken ist an Weisungen, Verwarnungen oder Verlängerungen der Probezeit.
- 19 Obwohl keine Sachurteile, sind Entscheide über Anträge auf Widerruf des bedingten Strafvollzuges aufgrund der ausdrücklichen Erwähnung in Art. 172 Abs. 3 MStP appellabel.²²

²⁰ BOLLINGER, S. 249.

²¹ BOLLINGER, S. 54.

²² BOLLINGER, S. 55.

V. Ausblick auf die Schweizerische Strafprozessordnung

In der StPO CH ist die Berufung in den Art. 398–409 als primäres, ordentliches und grundsätzlich auch vollkommenes Rechtsmittel vorgesehen.²³ Was ihre Rechtsnatur und Konzeption anbelangt, entspricht sie weitgehend der Appellation gemäss Art. 172 ff. MStP; auf allfällige Unterschiede wird im Folgenden jeweils ausdrücklich hingewiesen. 20

Gemäss Art. 398 Abs. 1 StPO CH ist die Berufung zulässig gegen Urteile erstinstanzlicher Gerichte, mit denen das Verfahren ganz oder teilweise abgeschlossen worden ist. Soweit das erstinstanzliche Hauptverfahren Verbrechen oder Vergehen zum Gegenstand hatte, kann der angefochtene Entscheid einer umfassenden Überprüfung durch das Berufungsgericht unterzogen werden.²⁴ Gerügt werden können gemäss Art. 398 Abs. 3 StPO CH: 21

- Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens, Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung (lit. a);
- die unvollständige oder unrichtige Feststellung des Sachverhalts (lit. b).

Waren vor der ersten Instanz indes einzig als Übertretungen einzustufende Straftaten Gegenstand des Verfahrens, ist gemäss Art. 398 Abs. 4 StPO CH die Feststellung des Sachverhaltes nicht anfechtbar, es sei denn, diese sei offensichtlich unrichtig oder beruhe auf einer Rechtsverletzung. Auch neue Behauptungen und Beweise können nicht vorgebracht werden.

Ob die Einschränkung von Art. 398 Abs. 4 StPO CH im Einzelfall Anwendung findet, bestimmt sich dabei nicht anhand des erstinstanzlichen Urteils, sondern anhand der Anklage der Staatsanwaltschaft.²⁵ 22

Als zulässige Anfechtungsobjekte kommen in jedem Fall einzig Sachurteile in Betracht, mit denen ein für die erste Instanz definitiver Entscheid über materiellrechtliche Fragen gefällt wird. Dabei kann es sich um Vor- oder Endurteile handeln. 23

Gemäss Art. 398 Abs. 5 StPO CH ist eine sich auf Zivilansprüche beschränkende Berufung zulässig. Das erstinstanzliche Urteil wird diesfalls aber nur insoweit überprüft, als es das am Gerichtsstand anwendbare Zivilverfahrensrecht vorsehen würde. Massgeblich ist dabei der Ort des erstinstanzlichen Gerichtes.²⁶ 24

²³ EJPD/BJ, Begleitbericht VE StPO CH, S. 264; vgl. auch Botschaft StPO CH, BBl 2006, 1313 f.

²⁴ Vgl. Botschaft StPO CH, BBl 2006, 1313 f.

²⁵ Vgl. Botschaft StPO CH, BBl 2006, 1314; EJPD/BJ, Begleitbericht VE StPO CH, S. 265.

²⁶ Botschaft StPO CH, BBl 2006, 1314.

Art. 173 Legitimation; aufschiebende Wirkung¹

- ¹ Die Appellation kann vom Angeklagten oder seinem² Verteidiger sowie vom Auditor eingereicht werden. Der Auditor kann auch zugunsten des Angeklagten appellieren.
- ^{1bis} Der Geschädigte kann appellieren, wenn er sich bereits vorher am Verfahren beteiligt hat und soweit das Urteil sich auf die Beurteilung seiner zivilrechtlichen Ansprüche auswirken kann.³
- ² Die Appellation hemmt den Vollzug des Urteils.

Art. 173 Qualité pour appeler; effet suspensif

- ¹ Peuvent interjeter appel l'accusé ou son défenseur ainsi que l'auditeur. Celui-ci le peut également dans l'intérêt de l'accusé.
- ^{1bis} Le lésé peut interjeter appel s'il était déjà partie à la procédure auparavant et dans la mesure où la sentence peut avoir des effets sur le jugement de ses prétentions civiles.¹
- ² L'appel suspend l'exécution du jugement.

Art. 173 Legittimazione; effetto sospensivo

- ¹ L'appello può essere interposto dall'accusato o dal suo difensore e dall'uditore. L'uditore può ricorrere in appello anche a favore dell'accusato.
- ^{1bis} La parte lesa può interporre appello se era già parte nella procedura e nella misura in cui la sentenza possa influenzare il giudizio in merito alle sue pretese civili.¹
- ² L'appello sospende l'esecuzione della sentenza.

Ausgewählte Materialien

Siehe Art. 172.

Ausgewählte Literatur

Siehe Art. 172.

¹ Verfasser von N. 1–21 und N. 24–28: Bernhard Isenring / Hans Mathys; von N. 22–23: Reto Casutt.

² Fehler im Originaltext.

³ Eingefügt durch Anhang Ziff. 4 des Opferhilfegesetzes vom 4. Okt. 1991, in Kraft seit 1. Jan. 1993 (SR 312.5).

Introduit par le ch. 4 de l'annexe à la LF du 4 oct. 1991 sur l'aide aux victimes d'infractions, en vigueur depuis le 1^{er} janv. 1993 (RS 312.5).

Introdotta dal n. 4 dell'all. della LF del 4 ott. 1991 concernente l'aiuto alle vittime di reati, in vigore dal 1° gen. 1993 (RS 312.5).

Inhaltsübersicht	N.
I. Aktuelles Rechtsschutzinteresse (Beschwer)	1
A. Legitimation des Angeklagten.....	3
B. Legitimation des Verteidigers.....	10
C. Legitimation des Auditors.....	12
D. Legitimation des Geschädigten	14
E. Legitimation weiterer Personen?	21
II. Aufschiebende Wirkung (Abs. 2)	22
III. Ausblick auf die Schweizerische Strafprozessordnung.....	24

I. Aktuelles Rechtsschutzinteresse (Beschwer)

Nicht jedermann ist befugt, gegen Strafurteile Rechtsmittel einzulegen. Eigentliche Popularbeschwerden sind dem Strafprozessrecht generell fremd.⁴ Erforderlich ist vielmehr, dass der Appellant – ob als Angeklagter, Auditor oder Geschädigter – beschwert ist, d.h. an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Urteils ein aktuelles Rechtsschutzinteresse hat;⁵ fehlt es daran, so ist auf die Appellation nicht einzutreten und der Prozess abzuschreiben.⁶ 1

Auf die Voraussetzung des aktuellen Rechtsschutzinteresses kann gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts ausnahmsweise verzichtet werden «wenn sich die ... aufgeworfene Frage jederzeit und unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen könnte, an ihrer Beantwortung wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung ein hinreichendes öffentliches Interesse besteht und eine rechtzeitige ... Überprüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre».⁷ 2

A. Legitimation des Angeklagten

Ab Eröffnung einer Voruntersuchung bis zum Zeitpunkt der Anklageerhebung wird der vom Militärstrafverfahren Betroffene als «Beschuldigter», alsdann bis zum Eintritt der Rechtskraft des fraglichen Urteils als «Angeklagter» bezeichnet, so auch in einem Appellationsverfahren. 3

⁴ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 96 N. 1; OBERHOLZER, N. 1599.

⁵ Vgl. dazu etwa Art. 382 Abs. 1 StPO CH oder auch Art. 223 StP SG.

⁶ MAG 2A, 13.6.1980; BOLLINGER, S. 79; OBERHOLZER, N. 1603; SCHMID, N. 965 ff. sowie N. 1026 ff.

⁷ BGE 127 I 164, E. 1a, sowie OBERHOLZER, N. 1604.

- 4 Es versteht sich von selbst und bedarf an sich keiner weiteren Begründung, dass der Angeklagte ein gegen ihn ausgesprochenes, zu seinen Ungunsten ausgefallenes Sachurteil an das Militärappellationsgericht weiterziehen kann. Trotzdem ist im Folgenden auf einige die Beschwer des Angeklagten betreffende Konstellationen etwas genauer einzugehen.
- 5 Sofern lediglich die Urteilsbegründung unzutreffend, der Entscheid sachlich aber trotzdem richtig ist, gilt der Angeklagte als *nicht* beschwert. Mit der Appellation angefochten werden kann mithin nur der Rechtsspruch, das Urteilsdispositiv.⁸
- 6 Demgegenüber ist eine Beschwer und damit ein aktuelles Rechtsschutzinteresse des Angeklagten auch dann gegeben, wenn zwar ein Schuldspruch erfolgt, dabei aber von einer Sanktion Abstand genommen wird.⁹ Dies ist beispielsweise bei einem Handeln auf Befehl i.S.v. Art. 20 Abs. 2 MStG oder bei einem untauglichen Versuch aus Unverstand i.S.v. Art. 21 Abs. 2 MStG denkbar.¹⁰
- 7 Wer gemäss Art. 49 Abs. 2 MStG aus der Armee ausgeschlossen wird, ist beschwert, selbst wenn der davon Betroffene dies u.U. anders sieht bzw. empfindet. Einen Nichtausschluss aus der Armee kann somit nicht der Angeklagte, wohl aber der Auditor mit einer Appellation anfechten.
- 8 Der gemäss ständiger Praxis gewährte Ausschluss eines Militärdienstverweigerers i.S.v. Art. 81 MStG oder der Ausschluss als sichernde Massnahme i.S.v. Art. 48 MStG sind demgegenüber als *Rechtswohltaten* zu qualifizieren. Verzichtet ein Gericht auf einen derart motivierten Ausschluss aus der Armee, so ist der Angeklagte tatsächlich beschwert und unter diesem Aspekt auch zur Appellation legitimiert.¹¹
- 9 Art. 173 MStP enthält keine Regelung, ob beim Tod des Angeklagten dessen Angehörige zur Einlegung der Appellation legitimiert sind. Verschiedene Strafprozessordnungen sowie die StPO CH sehen dies allerdings in unterschiedlicher Form vor.¹²

⁸ Explizit hält dies Art. 223 Abs. 2 StP SG so fest; vgl. auch HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 96 N. 22, OBERHOLZER, N. 1606 sowie SCHMID, N. 977.

⁹ BGE 120 IV 313, E. 1; 119 IV 44, E. 1a; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 96 N. 21.

¹⁰ BOLLINGER, S. 81.

¹¹ BOLLINGER, S. 82.

¹² Art. 382 Abs. 3 StPO CH (vgl. dazu unten N. 27); vgl. auch Art. 222 Abs. 1 lit. a StP SG oder Art. 270 lit. b BStP. Vgl. ferner HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 96 N. 10.

B. Legitimation des Verteidigers

Im Verfahren vor einem Militärgericht gilt gemäss Art. 127 Abs. 1 MStP das Prinzip der obligatorischen Verteidigung. Als Verteidiger kommen aufgrund von Art. 99 MStP einzig Schweizer Bürger in Betracht, die in einem Kanton zur Ausübung des Rechtsanwaltsberufs zugelassen sind. Einem Entscheid des MKG vom 12. Februar 1982 zufolge kann auf ein Rechtsmittel nicht eingetreten werden, falls dieses ein Verteidiger einlegt, der den Anforderungen von Art. 99 MStP nicht entspricht.¹³ Dem ist nicht zu folgen. In einer derartigen Konstellation muss dem Angeklagten vielmehr eine neue Frist angesetzt werden, damit dieser das fragliche Rechtsmittel selber oder durch einen anderen – zugelassenen – Verteidiger einlegen kann.¹⁴ 10

Zwar kann der Verteidiger gemäss Art. 173 Abs. 1 MStP selbständig das Rechtsmittel der Appellation ergreifen, allerdings nicht gegen den Willen des urteilsfähigen Angeklagten.¹⁵ Dies ergibt sich aus dem Verhältnis zwischen Letzterem und seinem Verteidiger, welches sich auch im Bereich der Pflichtverteidigungen grundsätzlich nach Auftragsrecht beurteilt.¹⁶ 11

C. Legitimation des Auditors

Art. 173 Abs. 1 Satz 2 MStP kodifiziert den selbstverständlichen Grundsatz, dass der Auditor auch zugunsten des Angeklagten appellieren kann. Diese Formulierung ist allerdings insofern zu präzisieren, als der Auditor nicht nur appellieren *kann*, sondern vielmehr *muss*, wenn er zum Schluss kommt, dass das Urteil aus formellen oder materiellen Gründen ungerecht ist.¹⁷ Jede Strafverfolgungsbehörde – ob bürgerlich oder militärisch – ist nämlich verpflichtet, den belastenden, aber auch entlastenden Momenten gleichermaßen nachzugehen; dies gilt für den militärischen Untersuchungsrichter während einer Voruntersuchung oder einer vorläufigen Beweisaufnahme wie für den Auditor im gerichtlichen Verfahren. Um dem Interesse des Staates an der Erforschung der materiellen Wahrheit sowie an einer gerechten Bestrafung des Angeklagten tatsächlich nachzukommen, ist der Auditor *verpflichtet*, Urteile auch zugunsten des Angeklagten anzufechten. Dies kann im Einzelfall selbst dann geboten sein, wenn das erstinstanzliche Gericht den Anträgen des Auditors vollumfänglich gefolgt ist.¹⁸ 12

¹³ Vgl. BOLLINGER, S. 71.

¹⁴ So auch BOLLINGER, S. 72.

¹⁵ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 96 N. 11.

¹⁶ Vgl. dazu Art. 394 ff. OR und insbesondere Art. 397 OR.

¹⁷ BOLLINGER, S. 76.

¹⁸ BOLLINGER, S. 76; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 96 N. 19.

- 13 Der Auditor ist somit nicht nur dann beschwert, wenn er vor der ersten Instanz mit seinen Anträgen nicht durchdringt, sondern stets, wenn das fragliche Urteil seines Erachtens der materiellen Wahrheit bzw. Gerechtigkeit nicht entspricht.¹⁹ Noch einmal sei betont, dass das Interesse des Staates bzw. der (militärischen) Strafverfolgungsbehörde keinesfalls darin besteht, den Angeklagten einer (möglichst harten) strafrechtlichen Sanktion zuzuführen, sondern vielmehr darin, der materiellen Wahrheit zum Durchbruch zu verhelfen.

D. Legitimation des Geschädigten

- 14 Art. 173 Abs. 1^{bis} wurde mit dem Opferhilfegesetz per 1. Januar 1993 neu in den MStP eingeführt und übernimmt denn auch grundsätzlich die Formulierung von Art. 8 Abs. 2 OHG. Dabei ist der Begriff des Geschädigten aber in einem weiteren Sinn zu verstehen als jener des Opfers gemäss Art. 2 OHG (Art. 1 OHG 2007). Geschädigter i.S.v. Art. 173 Abs. 1^{bis} MStP ist somit *nicht nur*, wer durch eine Straftat in der körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität unmittelbar beeinträchtigt worden ist (so der Opferbegriff des OHG), sondern beispielsweise auch diejenige Person, die durch eine Straftat einen Vermögensschaden erleidet.
- 15 In jedem Fall ist es dem Geschädigten – und damit auch dem Opfer i.S.v. Art. 2 OHG (Art. 1 OHG 2007) – nur insoweit gestattet, gegen ein erstinstanzliches Urteil eines Militärgerichts zu appellieren, als er sich (1.) bereits vorher am Verfahren beteiligt hat und sich (2.) das fragliche Strafurteil auf die Beurteilung seiner zivilrechtlichen Ansprüche auswirken kann.
- 16 «Am Verfahren beteiligt» bedeutet, dass der Geschädigte seine zivilrechtlichen Ansprüche im militärischen Strafverfahren soweit zumutbar einbringt. Hingewiesen sei in diesem Zusammenhang auf Art. 135 MG. Ansprüche gegen die Militärversicherung stellen keine zivilrechtlichen dar und spielen daher auch bezüglich der Legitimation i.S.v. Art. 173 Abs. 1^{bis} MStP keine Rolle. Wirkt sich ein militärgerichtliches Urteil erster Instanz somit auf Ansprüche des Geschädigten gegen die Militärversicherung aus, so ist dieser allein deswegen nicht zur Appellation gegen das fragliche Strafurteil legitimiert.²⁰

¹⁹ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, a.a.O.

²⁰ Vgl. diesbezüglich auch OBERHOLZER, N. 1759 a.E.

Auf zivilrechtliche Ansprüche können sich folgende Punkte des strafrechtlichen Urteils auswirken: 17

- Freispruch oder Verurteilung;
- rechtliche Qualifikation des Sachverhaltes, insbesondere auch die Frage, ob der Täter in subjektiver Hinsicht vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat;
- Fragen bezüglich Vorliegens von Rechtfertigungs- und/oder Schuldausschlussgründen.

Dem Geschädigten ist es somit grundsätzlich gestattet, die eben dargelegten Aspekte des Strafurteils mit der Appellation anzufechten, sofern er sich vorher bereits am Verfahren beteiligt hat.

Keine Auswirkungen auf die zivilrechtlichen Ansprüche des Geschädigten haben demgegenüber Art und Höhe der ausgefallenen Sanktion. Diesbezüglich fehlt dem Geschädigten denn auch die Legitimation zu einer Appellation.²¹ 18

Art. 2 Abs. 2 OHG (Art. 1 Abs. 2 OHG 2007) gewährt auch dem Ehegatten des Opfers, dessen Kindern und Eltern sowie anderen Personen, die ihm in ähnlicher Weise nahe stehen, die Legitimation, unter denselben Voraussetzungen wie das Opfer gegen ein Strafurteil zu appellieren. Erforderlich ist folglich wiederum, dass die genannten Personen sich bereits vorher am Verfahren beteiligt haben und sich das Urteil auf ihre eigenen zivilrechtlichen Ansprüche auswirken kann.²² 19

Dem Geschädigten, der die Voraussetzungen von Art. 173 Abs. 1^{bis} MStP nicht erfüllt,²³ kommt keine Legitimation zur Appellation zu. Die vom Gesetz vorgenommene Verknüpfung der Geschädigtenlegitimation mit der Auswirkung des angefochtenen Urteils auf seine Zivilansprüche erscheint zumindest diskutabel. Zu prüfen wäre, den Geschädigten ganz generell zur Appellation zuzulassen,²⁴ kann doch u.E. auch er ein berechtigtes Interesse an der Bestrafung des Täters haben. 20

E. Legitimation weiterer Personen?

Die Aufzählung in Art. 173 MStP ist abschliessend.²⁵ Weder dem Oberauditor²⁶ noch einem Kommandanten, der die Voruntersuchung anbefohlen hat, steht das Recht zu, ein nicht genehmes erstinstanzliches Urteil mit Appellation anzufechten. Dasselbe 21

²¹ Vgl. OBERHOLZER, N. 665; SCHMID, N. 1028.

²² Vgl. oben N. 17.

²³ Vgl. oben N. 14 ff.

²⁴ Vgl. dazu die Regelung in der StPO CH; unten N. 24 ff.

²⁵ BOLLINGER, S. 65.

²⁶ BOLLINGER, S. 76 ff.

gilt für gesetzliche Vertreter des Angeklagten, insbesondere seinen Vormund oder seine Eltern. Auch sie sind – sofern sie nicht die Voraussetzungen gemäss Art. 172 Abs. 1^{bis} MStP erfüllen – nicht zur Appellation legitimiert.²⁷

II. Aufschiebende Wirkung (Abs. 2)

- 22 Mit der veralteten Wendung «hemmt den Vollzug des Urteils» ist die aufschiebende Wirkung der Appellation gemeint, wie dies im Titel des Art. 173 MStP bereits erwähnt ist. Die aufschiebende Wirkung (Suspensiveffekt) besagt, dass die im Urteilsdispositiv angeordneten Rechtsfolgen vorläufig nicht eintreten, sondern gehemmt werden sollen. Die eingelegte Appellation schiebt den Eintritt der formellen Rechtskraft auf, und zwar bis das Verfahren vor dem Militärappellationsgericht durch Urteil, durch Rückzug der Appellation oder durch Nichteintreten erledigt ist. Die aufschiebende Wirkung erfasst das ganze Urteil, sofern die Appellation nicht ausdrücklich auf einzelne Urteilspunkte eingeschränkt wird. Nicht appellierte Urteileile werden zwar rechtskräftig, können aber in der Regel erst vollstreckt werden, wenn die appellierten Teile ebenfalls rechtskräftig sind. Ein nicht appellierter Schuldspruch erwächst wie erwähnt grundsätzlich in Rechtskraft. Früher ging die Praxis davon aus, dass für die nicht angefochtenen Punkte die absolute Verfolgungsverjährung nicht mehr eintreten könne. Die neuere Rechtsprechung verlangt, dass die absolute Verfolgungsverjährung in jedem Verfahrensabschnitt von Amtes wegen geprüft werden muss und auch auf nicht angefochtene Urteileile Anwendung findet. Das führt dazu, dass der Eintritt der Verjährung auch bei nicht appellierten Schuldsprüchen zum Freispruch führt, was man als eigentlichen Strafaufhebungsgrund bezeichnen kann.
- 23 Aufschiebend wirkt auch eine unzulässige Appellation, die sich etwa gegen einen nicht appellablen Urteilspunkt richtet wie beispielsweise den Entscheid über zivilrechtliche Ansprüche, und zwar solange, als das Militärappellationsgericht sie nicht zurückgewiesen hat. Hingegen hat die aufschiebende Wirkung der Appellation auf angeordnete Zwangsmassnahmen wie Sicherheitshaft oder Beschlagnahme keinen Einfluss. Namentlich die Sicherheitshaft ist kein Urteilsvollzug, sondern ein Mittel, um die Person des Beschuldigten zur Durchführung des weiteren Prozesses und zur zukünftigen Strafvollstreckung sicherzustellen.²⁸

²⁷ Ebenso BOLLINGER, S. 68.

²⁸ BOLLINGER, S. 100.

III. Ausblick auf die Schweizerische Strafprozessordnung

Die StPO CH sieht in den Art. 379–392 einen allgemeinen Teil zu den Rechtsmitteln vor, wie ihn bereits einige kantonale Strafprozessordnungen kennen.²⁹ Die Art. 381 StPO CH (Legitimation der Staatsanwaltschaft) und 382 StPO CH (Legitimation der übrigen Parteien) legen die Voraussetzungen zur Ergreifung eines Rechtsmittels denn auch ganz generell fest. 24

Art. 382 Abs. 1 StPO CH setzt das Vorhandensein eines rechtlich geschützten Interesses an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheides voraus; der Rechtsmittelkläger muss m.a.W. vom Urteil des erstinstanzlichen Gerichts beschwert sein. 25

Art. 382 Abs. 2 StPO CH gewährt der Privatklägerschaft – dazu gehören insbesondere auch Geschädigte bzw. Opfer – die Legitimation zur Anfechtung eines Entscheides sowohl bezüglich des Schuld- als auch des Zivilpunktes. Auf die Verknüpfung der Geschädigtenlegitimation mit der Auswirkung des angefochtenen Urteils auf seine Zivilansprüche sowie auf die Bedingung der Teilnahme am Verfahren wird somit verzichtet.³⁰ Auch weiterhin kommt allerdings einzig der Staatsanwaltschaft die Legitimation zur Anfechtung des Strafpunktes zu. 26

In Art. 382 Abs. 3 StPO CH ist schliesslich die Legitimation bei Tod des Beschuldigten geregelt. Dessen Angehörige im Sinne von Art. 110 Abs. 1 StGB können in der Reihenfolge der Erbberechtigung Rechtsmittel einlegen oder das Rechtsmittelverfahren weiterführen, soweit sie in ihren rechtlich geschützten Interessen betroffen sind. 27

Art. 381 Abs. 1 StPO CH betont wiederum, dass die Staatsanwaltschaft auch ein Rechtsmittel zugunsten des Beschuldigten einlegen kann. 28

²⁹ Vgl. etwa die Art. 222–229 StP SG oder die §§ 395–401 StPO ZH.

³⁰ Vgl. oben N. 14 ff.

Art. 174 Einreichung, Frist

- ¹ Die Appellation ist innert fünf Tagen seit der mündlichen Eröffnung des Urteils beim Militärgericht schriftlich oder mündlich zu erklären. Sie kann auf einen Teil des Urteils beschränkt werden.
- ² Das Gericht gibt den Parteien von der Appellationserklärung Kenntnis.¹

Art. 174 Dépôt, délai

- ¹ L'appel doit être interjeté par écrit ou oralement auprès du tribunal militaire dans les cinq jours dès la communication orale du jugement. Il peut être limité à une partie du jugement.
- ² Le tribunal donne connaissance de la déclaration d'appel aux parties.¹

Art. 174 Presentazione; termine

- ¹ L'appello dev'essere dichiarato per scritto o oralmente al tribunale militare, entro cinque giorni dalla notificazione verbale della sentenza. Esso può limitarsi a una parte della sentenza.
- ² Il tribunale comunica alle parti la dichiarazione d'appello.¹

Ausgewählte Materialien

Siehe Art. 172.

Ausgewählte Literatur

Siehe Art. 172.

Inhaltsübersicht

	N.
I. Einhaltung der Form.....	1
II. Einhaltung der Frist	5
III. Die Möglichkeit einer Teil-Appellation.....	10
IV. Fehlende Möglichkeit der Anschlussappellation.....	16
V. Ausblick auf die Schweizerische Strafprozessordnung.....	20

¹ Fassung gemäss Anhang Ziff. 4 des Opferhilfegesetzes vom 4. Okt. 1991, in Kraft seit 1. Jan. 1993 (SR 312.5).

Nouvelle teneur selon le ch. 4 de l'annexe à la LF du 4 oct. 1991 sur l'aide aux victimes d'infractions, en vigueur depuis le 1^{er} janv. 1993 (RS 312.5).

Nuovo testo giusta il n. 4 dell'all. della LF del 4 ott. 1991 concernente l'aiuto alle vittime di reati, in vigore dal 1^o gen. 1993 (RS 312.5).

I. Einhaltung der Form

Die Appellation ist gemäss Art. 174 Abs. 1 MStP schriftlich oder mündlich einzureichen und zwar bei der ersten Instanz, also bei jenem Militärgericht, dessen Urteil angefochten werden soll. Gemäss Art. 46 Abs. 3 MStP schadet allerdings die Einreichung bei einer unzuständigen Amtsstelle nicht. 1

Eine besondere Schriftform wird vom Gesetz nicht vorausgesetzt – insbesondere schweigt sich dieses darüber aus, ob der Appellierende das fragliche Schriftstück unterzeichnen muss.² U.E. ist seine Unterschrift nicht zwingend notwendig, da das Gesetz ganz explizit eine bloss mündlich erklärte Appellation zulässt. Folglich muss es möglich sein, mittels E-Mail, Telefax, Telefon oder gar via SMS zu appellieren – vorausgesetzt ist einzig, dass sich der Absender eindeutig eruieren lässt.³ Gelingt dies nicht, so ist dem Appellierenden eine kurze Nachfrist zur Verbesserung des Mangels zu gewähren. 2

Die Appellationserklärung muss im Übrigen unmissverständlich zum Ausdruck bringen, *dass* ein Urteil angefochten werden soll und *welches*. Eine falsche Bezeichnung des Rechtsmittels schadet dabei nicht.⁴ 3

Selbstverständlich ist es zulässig, mit Einlegung des Rechtsmittels auch eine Begründung einzureichen. Dies ist aber nicht zwingend erforderlich, was sich nicht zuletzt aus der Tatsache ergibt, dass es sich bei der Appellation um ein vollkommenes Rechtsmittel handelt, das angefochtene Urteil somit in tatsächlicher wie in rechtlicher Hinsicht neu beurteilt werden kann. Zu erwähnen ist aber, dass sich eine Appellation auch lediglich auf einen Teil des Urteils beschränken kann.⁵ 4

II. Einhaltung der Frist

Die vom MStP vorgesehene Appellationsfrist von nur fünf Tagen ist im Vergleich mit anderen Strafprozessordnungen⁶, aber auch im Vergleich mit der StPO CH, äusserst 5

² Andere Strafprozessordnungen verlangen explizit die Unterschrift, so etwa Art. 224 Abs. 1 StP SG: «Das Rechtsmittel wird schriftlich eingelegt und unterzeichnet.»

³ BOLLINGER, S. 85.

⁴ Explizit hält dies § 401 StPO ZH fest: «Eine irrtümliche Bezeichnung des Rechtsmittels ist unschädlich.»; vgl. auch HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 97 N. 2.

⁵ Vgl. zur Teilappellation unten N. 10 ff.

⁶ So beträgt die Berufungsfrist beispielsweise im Kanton St. Gallen 14 Tage seit Zustellung des angefochtenen Entscheides (Art. 239 Abs. 1 StP SG); im Kanton Zürich sind es gemäss § 414 Abs. 1 StPO ZH zehn Tage ab Eröffnung des Dispositivs.

kurz. Letzterer sieht in Art. 407 Abs. 1 bzw. Abs. 3 eine zehn- bzw. eine zwanzigtägige Rechtsmittelfrist vor.

- 6 Entscheidend für den Beginn des Fristenlaufs ist die mündliche Eröffnung des militärgerichtlichen Urteils durch den Gerichtspräsidenten. Auf die Zustellung des schriftlichen Urteils kommt es im Militärstrafprozess demgegenüber nicht an.
- 7 Was die Berechnung und Wahrung der fünftägigen Appellationsfrist anbelangt, kann an dieser Stelle auf Art. 46 MStP sowie die entsprechende Kommentierung verwiesen werden.
- 8 Damit das Appellationsgericht die Einhaltung der Frist überprüfen kann (Art. 177 MStP),⁷ ist bei der schriftlich eingereichten Appellation der Briefumschlag zu den Akten zu nehmen (Poststempel!), und der Gerichtsschreiber hat im Verfahrensprotokoll darüber hinaus zu vermerken, wann die Erklärung der Post übergeben wurde und wann die Erklärung beim Militärgericht erster Instanz eingegangen ist. Bei der mündlich eingelegten Appellation erfolgt lediglich ein entsprechender Vermerk im Verfahrensprotokoll, der den genauen Zeitpunkt der Erklärung festhält.
- 9 Zu betonen ist, dass die Appellationserklärung *in jedem Fall* an das Militärappellationsgericht weitergeleitet werden muss, selbst dann, wenn sie offensichtlich verspätet eingereicht wurde. Es liegt gemäss Art. 177 MStP in der alleinigen Kompetenz der zweiten Instanz, darüber zu befinden, ob die fragliche Appellation rechtzeitig erklärt worden ist oder nicht.

III. Die Möglichkeit einer Teil-Appellation

- 10 Gemäss Art. 174 Abs. 1 MStP ist es zulässig, anstelle des ganzen auch bloss Teile des erstinstanzlichen Entscheides anzufechten und den Rest des fraglichen Urteils zu akzeptieren. Praktisch dürfte denn auch häufig die Strafzumessung oder der bedingte Strafvollzug Gegenstand einer Appellation sein, wohingegen die rechtliche Qualifikation der strafbaren Handlung anerkannt wird.
- 11 Die meisten kantonalen Strafprozessordnungen wie auch Art. 399 Abs. 3 lit. a und Art. 399 Abs. 4 StPO CH sehen die Möglichkeit vor, eine Appellation bzw. Berufung auf gewisse Teile des angefochtenen Urteils zu beschränken;⁸ insbesondere ist es zulässig, allein gegen den Schuldspruch oder die Anordnung bzw. Bemessung der ausge-

⁷ Vgl. dazu Art. 177 N. 1.

⁸ Vgl. etwa Art. 239 Abs. 2 StP SG oder die §§ 413 und 414 Abs. 3 StPO ZH; dazu SCHMID, N. 1030.

fällten Sanktion zu appellieren. Praktisch dürfte es dabei häufig um Fragen betreffend Gewährung des bedingten Strafvollzuges gehen.

Die vom Gesetz vorgesehene – vor allem mit Argumenten der Prozessökonomie begründete – Möglichkeit einer Teilappellation steht nun aber in einem gewissen Widerspruch zu Art. 182 Abs. 1 Satz 2 MStP, der besagt, dass das Militärappellationsgericht nicht an die Anträge der Parteien gebunden ist,⁹ sondern den Fall in tatsächlicher wie in rechtlicher Hinsicht – also mit voller Kognition – von Neuem zu beurteilen hat. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass das Appellationsgericht auch die nicht angefochtenen Teile eines Urteils korrigieren kann, ja abändern *muss*, sofern offensichtliche Gesetzesverletzungen oder stossende Ungerechtigkeiten zur Debatte stehen.¹⁰ 12

Auf eine Teilappellation kann in jedem Fall nur dann eingetreten werden, wenn «eine isolierte Prüfung der angefochtenen Punkte möglich ist».¹¹ Wird beispielsweise allein gegen die Strafzumessung appelliert, und lässt sich diese ohne gleichzeitige Neubeurteilung des Schuldspruchs nicht überprüfen, so ist auch der an sich nicht beanstandete Schuldspruch vom Gericht in das Verfahren einzubeziehen,¹² und zwar von Amtes wegen. Desgleichen kann es nötig sein, bei einem angefochtenen unbedingten Strafvollzug auf die Festsetzung der Strafe zurückzukommen, wenn deren Höhe leicht über der gesetzlichen Grenze liegt, die etwa den bedingten Strafvollzug oder die Halbgefängenschaft ermöglicht. 13

Aufgrund des soeben Dargelegten wird klar, dass bei einer Teilappellation bezüglich der nicht angefochtenen Punkte des Urteils keine absolute Rechtskraft vorliegen kann.¹³ Mithin muss es einer Partei, welche zunächst nur eine Teilappellation einreicht, auch möglich bleiben, diese im Verlaufe des Verfahrens auf das ganze Urteil auszudehnen.¹⁴ 14

Die Einlegung einer Teilappellation muss u.E. somit auch die Vollstreckbarkeit des Urteils, und zwar auch der nicht angefochtenen Teile, hemmen. 15

⁹ Vgl. dazu Art. 182 N. 5.

¹⁰ Vgl. die Nachweise bei BOLLINGER, S. 215, HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 99 N. 22 sowie OBERHOLZER, N. 1670. Vgl. ferner etwa Art. 227 StP SG.

¹¹ OBERHOLZER, N. 1669.

¹² OBERHOLZER, a.a.O.; vgl. auch SCHMID, N. 1030a.

¹³ OBERHOLZER, N. 1670.

¹⁴ Vgl. dazu HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 99 N. 23.

IV. Fehlende Möglichkeit der Anschlussappellation

- 16 Der mit dem Opferhilfegesetz neu eingeführte Abs. 2 von Art. 174 MStP verpflichtet das Gericht, den Parteien von der Appellationserklärung Kenntnis zu geben. Dies soll einer nicht appellierenden Partei die Möglichkeit einräumen, selber eine eigenständige Appellation ein- bzw. innert Frist nachzureichen.
- 17 Die vom bürgerlichen Strafverfahren her bekannte Anschlussappellation¹⁵ ist dem Militärstrafprozess demgegenüber unbekannt.¹⁶ Diese dient primär dem Staatsanwalt dazu, das Verbot der reformatio in peius aufzuheben, welches bei einer alleinigen Berufung des Angeklagten zu beachten ist.¹⁷
- 18 Dem Auditor ist es allerdings freigestellt, neben der Appellation des Angeklagten noch eine eigenständige einzureichen. Damit bleibt die Möglichkeit einer Strafverschärfung offen, es sei denn – dies versteht sich von selbst –, auch er appelliere ausdrücklich zugunsten des Angeklagten (Art. 182 Abs. 2 MStP).¹⁸
- 19 Gemäss Art. 174 Abs. 2 MStP und Art. 66 MStV hat der Gerichtsschreiber des erstinstanzlichen Gerichts das Einreichen – aber auch den Rückzug¹⁹ – einer Appellation der Gegenpartei ohne Verzug zu melden.

V. Ausblick auf die Schweizerische Strafprozessordnung

- 20 Im Unterschied zum MStP ist in der StPO CH für die Einreichung der Berufung ein zweistufiges Verfahren vorgesehen. Demnach ist die Berufung zunächst *anzumelden* (Art. 399 Abs. 1) und alsdann zu *erklären* (Art. 399 Abs. 3 und 4).²⁰ Dies soll der Straffung des Rechtsmittelverfahrens dienen, denn die Berufung einlegende Partei muss genau angeben, «welche Punkte des Urteils sie anfecht und welche zusätzlichen Beweismittel sie im Berufungsverfahren abgenommen haben möchte».²¹

¹⁵ Vgl. beispielsweise Art. 240 Abs. 2 und 3 StP SG sowie § 416 StPO ZH. Vgl. zur Anschlussberufung auch HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 99 N. 14 ff.

¹⁶ BOLLINGER, S. 101.

¹⁷ OBERHOLZER, N. 1676; SCHMID, N. 984. Vgl. auch Art. 182 N. 11.

¹⁸ Dazu Art. 182 N. 11.

¹⁹ Vgl. dazu Art. 175 N. 5 ff.

²⁰ Botschaft StPO CH, BBl 2006, 1314; EJPD/BJ, Begleitbericht VE StPO CH, S. 265.

²¹ EJPD/BJ, Begleitbericht VE StPO CH, S. 266.

- Die Konzeption in der StPO CH zielt offensichtlich darauf ab, die Einreichung von *Teilberufungen* zu fördern. 21
- Die *Berufungsanmeldung* erfolgt schriftlich oder mündlich zu Protokoll, bei der ersten Instanz und zwar innerhalb einer zehntägigen Frist seit Eröffnung des Urteils (Art. 399 Abs. 1 StPO CH).²² 22
- Ist die Berufung einmal angemeldet, so läuft ab Zustellung des begründeten Urteils eine zweite, diesmal zwanzigtägige Frist, innerhalb derer die *Berufungserklärung* der Berufungsinstanz einzureichen ist. In dieser zweiten, zwingend schriftlichen Erklärung muss die Partei gemäss Art. 399 Abs. 3 StPO CH genau bezeichnen: ob sie das Urteil vollumfänglich oder nur einzelne Teile davon anfecht (lit. a), welche Abänderungen des erstinstanzlichen Urteils sie verlangt (lit. b) und welche Beweisanträge sie stellt (lit. c). Im Unterschied zur heutigen Rechtslage gemäss MStP ist somit die Berufung – zumindest in der zweiten Phase – zu begründen. 23
- Werden nur Teile des Urteils angefochten, so ist gemäss Art. 399 Abs. 4 StPO CH auch noch verbindlich anzugeben, auf welche Teile sich die Berufung beschränkt; ob auf den Schuldpunkt, allenfalls bezogen auf einzelne Handlungen (lit. a), die Bemessung der Strafe (lit. b), die Anordnung von Massnahmen (lit. c), den Zivilanspruch oder einzelne Zivilansprüche (lit. d), die Nebenfolgen des Urteils (lit. e), die Kosten, Entschädigungs- und Genugtuungsfolgen (lit. f), die nachträglichen richterlichen Entscheidungen (lit. g). 24
- Ein weiterer Unterschied zum Appellationsprozess gemäss Art. 172 ff. MStP besteht darin, dass eine Anschlussberufung statthaft ist. Die entsprechende Regelung findet sich in Art. 401 StPO CH. 25
- Erwähnt sei an dieser Stelle, dass wiederum das *Berufungsgericht* zu prüfen hat, ob die beiden Fristen eingehalten wurden (Art. 403 StPO CH).²³ Das erstinstanzliche Gericht muss die *Berufungsanmeldung* zusammen mit den Akten somit in jedem Fall – auch bei offensichtlicher Verspätung – an die Berufungsinstanz weiterleiten (Art. 399 Abs. 2 StPO CH).²⁴ 26

²² Botschaft StPO CH, BBl 2006, 1314; EJPD/BJ, Begleitbericht VE StPO CH, S. 265.

²³ Vgl. dazu oben N. 8.

²⁴ Vgl. dazu auch Art. 176 N. 4.

Art. 175 Rückzug

- ¹ Die Appellation kann bis zum Schluss des Beweisverfahrens schriftlich oder mündlich zu Protokoll zurückgezogen werden.
- ² Zieht der Angeklagte oder der Geschädigte die Appellation zurück, so trägt er in der Regel die aus seinem Rechtsmittel erwachsenen Kosten.¹
- ³ Die Abschreibung wird vom Präsidenten des Gerichts verfügt, bei dem sich die Akten befinden.

Art. 175 Retrait

- ¹ Jusqu'à la clôture de la procédure probatoire, l'appel peut être retiré soit par écrit, soit oralement avec consignation au procès-verbal.
- ² L'accusé ou le lésé qui retirent leur appel supportent en principe les frais qui en ont résulté.¹
- ³ La cause est rayée du rôle par le président du tribunal qui détient le dossier.

Art. 175 Ritiro

- ¹ L'appello può essere ritirato per scritto o mediante dichiarazione a verbale, fino alla chiusura della procedura probatoria.
- ² L'accusato, o la parte lesa, che ritira l'appello sopporta di regola le spese.¹
- ³ La decisione di stralcio dal ruolo è presa dal presidente del tribunale presso cui gli atti si trovano.

Ausgewählte Materialien

Siehe Art. 172.

Ausgewählte Literatur

GSCHWEND LUKAS, Der Rechtsmittel- und Begründungsverzicht in den Strafprozessrechten der Schweizerischen Kantone, ZStR 1998, S. 174–211.

¹ Fassung gemäss Anhang Ziff. 4 des Opferhilfegesetzes vom 4. Okt. 1991, in Kraft seit 1. Jan. 1993 (SR 312.5).

Nouvelle teneur selon le ch. 4 de l'annexe à la LF du 4 oct. 1991 sur l'aide aux victimes d'infractions, en vigueur depuis le 1^{er} janv. 1993 (RS 312.5).

Nuovo testo giusta il n. 4 dell'all. della LF del 4 ott. 1991 concernente l'aiuto alle vittime di reati, in vigore dal 1^o gen. 1993 (RS 312.5).

Inhaltsübersicht	N.
I. Rechtsmittelverzicht	1
II. Rückzug des Rechtsmittels	5
III. Kostenfolge	10
IV. Ausblick auf die Schweizerische Strafprozessordnung.....	13

I. Rechtsmittelverzicht

Der MStP regelt den Rechtsmittelverzicht nicht ausdrücklich. Nach herrschender Lehre ist ein solcher vor der Urteilsöffnung ausgeschlossen, danach – also nach Kenntnisnahme der Entscheidung – bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist aber zulässig.² Diese Regelung findet sich nun auch in Art. 386 Abs. 1 StPO CH. 1

Zu fordern ist jedenfalls, dass die Verzichtserklärung eindeutig und unmissverständlich erfolgt, mithin der Erklärende seinen Verzichtswillen klar zum Ausdruck bringt. Rechtswirksam ist im Übrigen auch eine stillschweigende Verzichtserklärung, welche etwa darin liegen kann, dass der Angeklagte nach der Urteilsöffnung um den sofortigen Strafantritt ersucht.³ 2

Der einmal ausgesprochene Rechtsmittelverzicht ist grundsätzlich unwiderruflich, d.h. endgültig, und hat den sofortigen Eintritt der Rechtskraft zur Folge. Allerdings dürfte die entsprechende Erklärung immer dann unbeachtlich sein, wenn sie mit einem zivilrechtlichen Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund behaftet ist.⁴ 3

Was die Form der Verzichtserklärung anbelangt, sind dieselben Voraussetzungen zu beachten, welche für die Einreichung einer Appellation gültig sind.⁵ Auch Art. 386 Abs. 1 StPO CH sieht nebst dem schriftlich geäußerten Verzicht explizit die Möglichkeit eines bloss mündlich vorgebrachten vor. 4

² HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 94 N. 16; OBERHOLZER, N. 1608; SCHMID, N. 974.

³ BOLLINGER, S. 103.

⁴ Vgl. unten N. 15.

⁵ Vgl. Art. 174 N. 1 ff.

II. Rückzug des Rechtsmittels

- 5 Eine einmal erklärte Appellation kann im Militärstrafprozess bis zum Abschluss des zweitinstanzlichen Beweisverfahrens zurückgezogen werden;⁶ danach ist ein Rückzug nicht mehr rechtswirksam und das Gericht hat den Rechtsmittelprozess mit einem Sachurteil abzuschliessen. Während der Parteivorträge (Art. 181 Abs. 2 MStP) oder der Urteilsberatung kann somit die Rückzugserklärung nicht mehr zur Abschreibung des Appellationsverfahrens führen.
- 6 Der Rückzug einer Appellation hat den sofortigen Eintritt der Rechtskraft des angefochtenen Urteils zur Folge.⁷
- 7 Was die Form der Rückzugserklärung anbelangt, sind dieselben Voraussetzungen zu beachten, die für die Einreichung einer Appellation gelten.⁸
- 8 Zuständig für den Erlass einer Abschreibungsverfügung ist der Präsident jenes Gerichtes, bei dem sich die Akten befinden. Solange diese noch nicht an das zuständige Militärappellationsgericht weitergeleitet wurden (Art. 176 MStP),⁹ ergeht zwar keine formelle Abschreibungsverfügung – der Präsident des erstinstanzlichen Militärgerichts vermerkt den Rückzug aber immerhin im Verfahrensprotokoll und tätigt einen entsprechenden Rechtskraftvermerk.¹⁰ Befinden sich die Akten indes bereits beim entsprechenden Militärappellationsgericht, so ergeht eine formelle Abschreibungsverfügung, da diesfalls auch die Kostenfolge geklärt werden muss.¹¹
- 9 Zu beachten bleibt Art. 66 MStV, wonach der Gerichtsschreiber des Gerichts, das den Entscheid gefällt hat – d.h. des Militärgerichts erster Instanz –, den Rückzug der Appellation ohne Verzug der Gegenpartei melden muss.

III. Kostenfolge

- 10 Der mit dem Opferhilfegesetz neu in den MStP eingeführte Art. 175 Abs. 2 bestimmt, dass der Angeklagte oder der Geschädigte bei einem Rückzug der Appellation die

⁶ Gemäss HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 106 N. 8 stellt diese zeitliche Begrenzung eine Besonderheit des Militärstrafprozesses dar.

⁷ Vgl. beispielsweise Art. 226 StP SG, der dies explizit so festhält.

⁸ Vgl. Art. 174 N. 1 ff.

⁹ Dazu Art. 176 N. 1 ff.

¹⁰ BOLLINGER, S. 105.

¹¹ Unten N. 10 ff.

aus seinem Rechtsmittel entstandenen Kosten *in der Regel* zu tragen hat.¹² Von Interesse sind insbesondere die Ausnahmen von besagter Regel. Zu denken ist diesbezüglich an die Einreichung einer Appellation aufgrund unzutreffender Rechtsmittelbelehrung des erstinstanzlichen Gerichts oder anderer falscher Informationen, welche beim Rechtsmittelkläger einen entschuldbaren Irrtum verursachten. Rein finanzielle Argumente dürften indes nicht ausreichen, den Appellanten von der Kostentragung gemäss Art. 175 Abs. 2 MStP zu befreien; mit anderen Worten genügt die Geltendmachung eines finanziellen Engpasses für sich allein nicht, um von der Regel bezüglich Kostenverteilung abzuweichen. Zieht der Auditor die Appellation zurück, so gehen die entsprechenden Auslagen zulasten der Gerichtskasse, d.h. zulasten des Staates.

Erfolgt der Rückzug zu einem Zeitpunkt, in dem die Akten noch nicht gemäss Art. 176 MStP dem Militärappellationsgericht weitergeleitet wurden, so sind noch keine Kosten entstanden. 11

Wird die Appellation zurückgezogen und befinden sich die Akten bereits beim Militärappellationsgericht, so entscheidet der Gerichtspräsident mit der formellen Abschreibungsverfügung auch über die Kostenfolge.¹³ Gegen diesen Entscheid steht der Rekurs gemäss Art. 195 MStP offen. 12

IV. Ausblick auf die Schweizerische Strafprozessordnung

Auf den Art. 386 StPO CH, der das Marginale «Verzicht und Rückzug» trägt, wurde bereits hingewiesen;¹⁴ besagte Bestimmung regelt die vorliegend diskutierte Problematik eingehend.¹⁵ 13

Zu beachten ist, dass gemäss Art. 386 Abs. 2 lit. a StPO CH bei mündlichen Verfahren¹⁶ der Rechtsmittelrückzug bis zum Schluss der Parteivorträge zulässig ist. Damit wird die Zeitspanne, während der ein Rückzug beachtet werden muss, im Vergleich zur heute gültigen Regelung im MStP etwas verlängert.¹⁷ 14

¹² Vgl. dazu auch Art. 269 Abs. 1 StP SG sowie OBERHOLZER, N. 1829.

¹³ Je später der Rückzug erfolgt, umso höher werden die Kosten ausfallen; vgl. MKG i.S. B. vom 18.12.1995.

¹⁴ Oben N. 1.

¹⁵ Vgl. dazu EJPD/BJ, Begleitbericht VE StPO CH, S. 258 und 259.

¹⁶ Vgl. zum mündlichen und schriftlichen Berufungsverfahren gemäss StPO CH unten Art. 181 N. 8 ff.

¹⁷ Vgl. oben N. 5.

-
- 15 Art. 386 Abs. 3 StPO CH hält schliesslich fest, dass sowohl Verzicht wie auch Rückzug eines Rechtsmittels grundsätzlich endgültig sind, die entsprechende Erklärung aber immer dann unbeachtlich ist, wenn sie auf einer Täuschung, einer Straftat oder auf einer unrichtigen Auskunft von Behörden beruht.

Art. 176 Übermittlung der Akten

Nach Zustellung des schriftlich begründeten Urteils an die Parteien übermittelt der Präsident des Militärgerichts die Akten dem Militärappellationsgericht.

Art. 176 Transmission du dossier

Après la notification aux parties du jugement motivé par écrit, le président du tribunal militaire transmet le dossier au tribunal militaire d'appel.

Art. 176 Trasmissione degli atti

Notificata alle parti la sentenza motivata per scritto, il presidente del tribunale militare trasmette gli atti al tribunale militare d'appello.

Ausgewählte Materialien

Siehe Art. 172.

Ausgewählte Literatur

Siehe Art. 172.

Inhaltsübersicht

	N.
I. Übermittlung der Akten.....	1
II. Ausblick auf die Schweizerische Strafprozessordnung.....	4

I. Übermittlung der Akten

Art. 176 MStP legt einzig fest, dass der Präsident des Militärgerichts erster Instanz die Akten dem Militärappellationsgericht übermitteln muss, sobald das schriftlich begründete Urteil den Parteien – also dem Angeklagten, seinem Verteidiger, dem Auditor sowie allfälligen Geschädigten – zugestellt worden ist. 1

Selbstverständlich sind dabei *sämtliche* Akten an das Appellationsgericht weiterzuleiten. 2

- 3 Sobald die Akten des zu beurteilenden Falles beim zuständigen Militärappellationsgericht eingetroffen sind, liegt das Verfahren in dessen Hand, insbesondere ist auch dessen Präsident für die Anordnung einer allfälligen Sicherheitshaft zuständig.

II. Ausblick auf die Schweizerische Strafprozessordnung

- 4 Gemäss Art. 399 Abs. 1 StPO CH ist die *Berufungsanmeldung* – wie die Appellation i.S.v. Art. 172 ff. MStP – bei der ersten Instanz einzureichen. Selbstverständlich müssen in der Folge sämtliche bis anhin angelegten Akten an das Berufungsgericht weitergeleitet werden, damit dieses das Rechtsmittelbegehren in formeller und – falls darauf eingetreten wird – auch in materieller Hinsicht überprüfen kann. Art. 399 Abs. 2 StPO CH entspricht dabei dem Art. 176 MStP, verpflichtet er doch das erstinstanzliche Gericht, die *Anmeldung* der Berufung¹ zusammen mit den Akten dem Berufungsgericht zu übermitteln, allerdings erst nach Ausfertigung des begründeten Urteils.

¹ Vgl. zum zweistufigen Verfahren gemäss StPO CH Art. 174 N. 20.

Art. 177 Einhaltung der Frist; Verspätung

Der Präsident des Militärappellationsgerichts prüft, ob die Appellation rechtzeitig eingereicht wurde. Nimmt er an, dass sie verspätet ist, so legt er die Akten dem Gericht vor, das hierüber im schriftlichen Verfahren entscheidet.

Art. 177 Observation du délai; retard

Le président du tribunal militaire d'appel examine si l'appel a été interjeté en temps utile. Lorsqu'il l'estime tardif, il soumet le dossier au tribunal, lequel statue par voie de consultation écrite.

Art. 177 Osservanza del termine; ritardo

Il presidente del tribunale militare d'appello esamina se l'appello è stato interposto in tempo utile. Se lo ritiene tardivo, produce gli atti al tribunale, il quale decide in procedura scritta.

Ausgewählte Materialien

Siehe Art. 172.

Ausgewählte Literatur

Siehe Art. 172.

Inhaltsübersicht

	N.
I. Prüfungsbefugnis des Appellationsgerichts	1
II. Ausblick auf die Schweizerische Strafprozessordnung.....	4

I. Prüfungsbefugnis des Appellationsgerichts

Der Präsident des zuständigen Militärappellationsgerichts überprüft anhand des Verfahrensprotokolls sowie eines allfällig vorhandenen Briefumschlages, ob die Appellationserklärung rechtzeitig beim Militärgericht erster Instanz eingereicht wurde.¹

¹ Vgl. dazu Art. 174 N. 9.

- 2 Geht der Appellationsgerichtspräsident davon aus, die fragliche Appellation sei verspätet erklärt worden, so legt er die Akten dem Gesamtgericht vor, welches auf dem Zirkulationsweg – also schriftlich – über die Einhaltung der Rechtsmittelfrist befindet.
- 3 Tritt das Appellationsgericht auf ein Rechtsmittel wegen verspäteter Einreichung oder wegen Vorliegens sonstiger Prozesshindernisse nicht ein, so erlässt es einen mit Rekurs (Art. 195 ff. MStP) anfechtbaren Nichteintretensentscheid. Demgegenüber ist der Eintretensentscheid nicht anfechtbar.

II. Ausblick auf die Schweizerische Strafprozessordnung

- 4 Auch gemäss StPO CH entscheidet die *Rechtsmittelinstanz* darüber, ob eine Berufung rechtzeitig, d.h. innert Frist, angemeldet und erklärt² wurde. Ist im Einzelfall Eintreten auf das Rechtsmittel strittig – sei es, weil eine verspätete Einreichung oder das Vorliegen sonstiger Prozesshindernisse behauptet wird – hat das Berufungsgericht in einem schriftliches Verfahren darüber zu befinden; so bestimmt es jedenfalls Art. 403 Abs. 1 StPO CH, der folglich Art. 177 MStP entspricht. Beschliesst das Gericht auf dem soeben erwähnten Zirkularweg Nichteintreten, so ergeht darüber ein anfechtbarer Entscheid (Art. 403 Abs. 3 StPO CH); demgegenüber wird der Eintretensentscheid den Parteien nicht gesondert eröffnet (Art. 403 Abs. 4 StPO CH).
- 5 Art. 400 Abs. 2 StPO CH verpflichtet die Berufungsinstanz, den übrigen Parteien eine Kopie der Berufungserklärung zu übermitteln, damit diese gemäss Art. 400 Abs. 3 StPO CH innert zwanzig Tagen seit Empfang der Berufungserklärung mit Begründung Nichteintreten beantragen (lit. a) oder Anschlussberufung³ erklären (lit. b) können.

² Zum zweistufigen Verfahren gemäss StPO CH vgl. Art. 174 N. 20.

³ Vgl. zur Anschlussberufung Art. 174 N. 16 ff. sowie N. 25.

Art. 178 Vorbereitung der Hauptverhandlung

Der Präsident des Militärappellationsgerichts bereitet die Hauptverhandlung vor und setzt den Parteien eine angemessene Frist für Ablehnungsbegehren und Beweis-anträge. Nach Ablauf der Frist lässt er die Akten bei den Richtern zirkulieren. Im übrigen gelten die Artikel 124–129 sinngemäss.

Art. 178 Préparation des débats

Le président du tribunal militaire d'appel prépare les débats et fixe aux parties un délai approprié pour formuler leurs demandes de récusation et pour indiquer leurs moyens de preuves. Après l'expiration du délai, il met les dossiers en circulation auprès des juges. Les art. 124 à 129 sont applicables par analogie.

Art. 178 Preparazione del dibattimento

Il presidente del tribunale militare d'appello prepara il dibattimento e assegna alle parti un congruo termine per eventuali domande di ricsuzione e proposte di prove. Scaduto il termine, fa circolare gli atti fra i giudici. Inoltre sono applicabili per analogia gli articoli 124 a 129.

Ausgewählte Materialien

Siehe Art. 172.

Ausgewählte Literatur

Siehe Art. 172.

Inhaltsübersicht

	N.
I. Vorbereitung der Hauptverhandlung	1
II. Angemessene Frist für Ablehnungsbegehren	6
III. Angemessene Frist für Beweis-anträge	7
IV. Aktenzirkulation als Einbruch ins Unmittelbarkeitsprinzip	12
V. Ausblick auf die Schweizerische Strafprozessordnung.....	13

I. Vorbereitung der Hauptverhandlung

- 1 Art. 178 Abs. 1 MStP sieht vor, dass der Präsident des Militärappellationsgerichts die Hauptverhandlung selber vorbereitet. In der Praxis ist es indes häufig so, dass diese Arbeiten von der Gerichtskanzlei, dem Gerichtswibel oder dem Gerichtsschreiber erledigt werden.
- 2 Zur Vorbereitung einer Hauptverhandlung gehören einmal das Festlegen des Gerichtsdatums sowie das Suchen und Reservieren eines geeigneten Gerichtssaales (Art. 124 MStP), welcher einer interessierten Öffentlichkeit Platz bieten muss, um der Verhandlung beizuwohnen. Erwähnt sei an dieser Stelle, dass ein Militärappellationsgericht an jedem beliebigen Ort der Schweiz zusammentreten kann.¹
- 3 Darüber hinaus sind die Richter, der Auditor und der Verteidiger aufzubieten, wobei in diesem Zusammenhang der Hinweis auf Art. 19 MStV nicht fehlen darf, wonach grundsätzlich derselbe Auditor, der die Anklage bereits vor der ersten Instanz vertreten hat, dies auch vor dem Appellationsgericht tun muss. Im Verhinderungsfall bezeichnet der Oberauditor gemäss Art. 19 Abs. 2 MStV einen Ersatz, der die Vertretung der Anklage übernimmt.
- 4 Schliesslich ist auch dem Angeklagten eine Vorladung zuzustellen, allenfalls polizeilich, insbesondere dann, wenn der Auditor alleine appelliert.²
- 5 Art. 178 MStP erklärt im Übrigen die Art. 124 bis 129 MStP als *sinngemäss* anwendbar. Im ursprünglichen deutschen Text heisst es zwar lediglich: «Im übrigen gelten die Artikel 124 129 sinngemäss». Aus der französischen und italienischen Fassung ergibt sich indes eindeutig, dass zwischen die beiden Zahlen ein «bis» gehört.³ Dabei können die Art. 124, 125, 126 und 127 MStP auf das Appellationsverfahren in der Tat praktisch ohne Abstriche übernommen werden. Anders sieht es indes für die Art. 128 und 129 MStP aus. Das Unmittelbarkeitsverfahren ist nämlich vor der zweiten Instanz nur *ausnahmsweise* zu wiederholen. In der Regel kann weitgehend aufgrund der Akten, welche vorgängig unter den Appellationsrichtern zirkulieren,⁴ entschieden werden.⁵

¹ BOLLINGER, S. 120.

² BOLLINGER, S. 121.

³ In der SR wurde nun zusammen mit den Änderungen aufgrund der Revision des Allgemeinen Teils des StGB bzw. MStG im Sinn einer formlosen Berichtigung ein Gedankenstrich als Zeichen für «bis» eingefügt. Vgl. oben den Gesetzestext von Art. 178 MStP (gemäss SR).

⁴ Vgl. unten N. 12.

⁵ Vgl. unten Art. 181 N. 1.

II. Angemessene Frist für Ablehnungsbegehren

Für die Zusammensetzung des Appellationsgerichts gelten dieselben Ausstands- und Ablehnungsgründe wie für jene des erstinstanzlichen Militärgerichts. Es kann somit an dieser Stelle auf die Art. 33–37 MStP sowie auf die entsprechende Kommentierung verwiesen werden. 6

III. Angemessene Frist für Beweisanträge

Der Präsident des Militärappellationsgerichts setzt den Parteien im Vorfeld der Hauptverhandlung eine angemessene Frist an, innerhalb derer sie neue Beweisanträge stellen können. Da es sich hierbei um eine richterliche Frist handelt, ist diese erstreckbar, sofern die Parteien dies aus schützenswerten Gründen verlangen. 7

Was als «angemessene» Frist gilt, hängt von den Umständen des fraglichen Falles ab und liegt im freien Ermessen des Gerichtspräsidenten. 8

Zu beachten gilt es aber, dass Noven – also neue Tatsachen und Beweisanträge – bis zum Ende des Beweisverfahrens, d.h. auch noch während der Hauptverhandlung, eingebracht werden können (Art. 181 Abs. 3 i.V.m. Art. 142 Abs. 1 MStP). Die gemäss Art. 178 MStP anzusetzende Frist dient mithin einzig der Verfahrensbeschleunigung.⁶ 9

Werden von den Parteien Beweisanträge gestellt, so kann der Präsident des Militärappellationsgerichts diese mittels Präsidialentscheid wegen Unerheblichkeit zurückweisen (Art. 128 Abs. 2 MStP). Allerdings ist es zulässig, dieselben Begehren an der Hauptverhandlung erneut zu stellen.⁷ 10

Hinzuweisen bleibt auf Art. 128 Abs. 1 sowie Art. 129 MStP. Auch im Appellationsverfahren gilt, dass der Präsident von sich aus Zeugen oder Sachverständige vorladen oder Beweisaufnahmen anordnen kann sowie dass vorgezogene Beweisaufnahmen zulässig sind. Allerdings kann auf ein Beweisverfahren auch gänzlich verzichtet werden, falls die tatsächlichen Erhebungen der ersten Instanz aus Sicht des Appellationsgerichts ausreichend sind.⁸ 11

⁶ BOLLINGER, S. 122.

⁷ BOLLINGER, S. 123 f.

⁸ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 106 N. 10 mit Hinweis auf MKGE 11, Nr. 19, E. 2.

IV. Aktenzirkulation als Einbruch ins Unmittelbarkeitsprinzip

- 12 Während im Prozess vor einem erstinstanzlichen Militärgericht im Normalfall⁹ einzig der Gerichtspräsident die Akten vorgängig einsehen kann, zirkulieren diese im Appellationsprozess unter den Richtern in jedem Fall, so dass jene über den Prozessstoff zu Beginn der Verhandlung bereits informiert sind.

V. Ausblick auf die Schweizerische Strafprozessordnung

- 13 Hat die beschuldigte Person oder die Privatklägerschaft¹⁰ Berufung oder Anschlussberufung¹¹ erklärt, so wird sie im mündlichen Berufungsverfahren¹² zur Verhandlung vorgeladen (Art. 405 Abs. 2 StPO CH). In einfachen Fällen kann sie auf Gesuch hin von der Teilnahme dispensiert und ihr gestattet werden, ihre Anträge schriftlich einzureichen und zu begründen. Die Staatsanwaltschaft wird in den von Art. 337 StPO CH vorgesehenen Fällen vorgeladen (Art. 405 Abs. 3 lit. a StPO CH). Ist sie nicht vorgeladen, kann sie gemäss Art. 405 Abs. 4 StPO CH schriftliche Anträge stellen und eine schriftliche Begründung einreichen.
- 14 Für den Fall, dass der Staatsanwalt Berufung oder Anschlussberufung einlegt, ist er gemäss Art. 405 Abs. 3 lit. b StPO CH stets vorzuladen.¹³

⁹ Eine Ausnahme von diesem Grundsatz sieht Art. 124 MStP vor; vgl. oben Art. 124 N. 4.

¹⁰ Vgl. oben Art. 173 N. 24.

¹¹ Vgl. zur Anschlussberufung gemäss StPO CH oben Art. 174 N. 25.

¹² Vgl. dazu Art. 181 N. 8 ff., bes. N. 10.

¹³ Botschaft StPO CH, BBl 2006, 1316.

Art. 181 Hauptverhandlung

- ¹ Das Gericht kann nötigenfalls die Hauptverhandlung von sich aus oder auf Antrag unterbrechen oder verschieben.
- ² Bei den Parteivorträgen hat der Appellant das erste Wort. Haben mehrere Parteien appelliert, so spricht zuerst der Auditor und zuletzt der Angeklagte. Jeder Partei steht das Recht eines zweiten Vortrages zu. Der Angeklagte hat das letzte Wort.¹
- ³ Im übrigen gelten für die Hauptverhandlung vor dem Militärappellationsgericht sinngemäss die Artikel 130, 132–134, 135 Absatz 1, 136–142, 145–147, 148 Absatz 1, 149, 150 und 152–154.

Art. 181 Débats

- ¹ Au besoin, le tribunal peut, d'office ou sur réquisition, interrompre ou ajourner les débats.
- ² L'appelant plaide le premier. Si plusieurs parties ont appelé, l'auditeur a la parole en premier et l'accusé en dernier. Chaque partie a le droit de répliquer. L'accusé a la parole en dernier lieu.¹
- ³ Les art. 130, 132 à 134, 135, al. 1, 136 à 142, 145 à 147, 148, al. 1, 149, 150, 152 à 154, s'appliquent par analogie aux débats devant le tribunal militaire d'appel.

Art. 181 Dibattimento

- ¹ Se necessario, il tribunale può, d'ufficio o a richiesta, interrompere o aggiornare il dibattimento.
- ² Nelle arringhe, l'appellante ha per primo la parola. Se più parti hanno interposto appello, la parola è data dapprima all'uditore e da ultimo all'accusato. Ogni parte ha il diritto di replicare. L'accusato ha l'ultima parola.¹
- ³ Inoltre, al dibattimento dinanzi al tribunale militare d'appello s'applicano per analogia gli articoli 130, 132 a 134, 135 capoverso 1, 136 a 142, 145 a 147, 148 capoverso 1, 149, 150 e 152 a 154.

Ausgewählte Materialien

Siehe Art. 172.

Ausgewählte Literatur

Siehe Art. 172.

¹ Fassung gemäss Anhang Ziff. 4 des Opferhilfegesetzes vom 4. Okt. 1991, in Kraft seit 1. Jan. 1993 (SR 312.5).
Nouvelle teneur selon le ch. 4 de l'annexe à la LF du 4 oct. 1991 sur l'aide aux victimes d'infractions, en vigueur depuis le 1^{er} janv. 1993 (RS 312.5).
Nuovo testo giusta il n. 4 dell'all. della LF del 4 ott. 1991 concernente l'aiuto alle vittime di reati, in vigore dal 1^o gen. 1993 (RS 312.5).

Inhaltsübersicht	N.
I. Mündliche und öffentliche Hauptverhandlung	1
II. Parteivorträge	5
III. Die Verweise gemäss Art. 181 Abs. 3 MStP.....	6
IV. Ausblick auf die Schweizerische Strafprozessordnung.....	8

I. Mündliche und öffentliche Hauptverhandlung

Grundsätzlich gilt, dass vor dem Appellationsgericht *nicht zwingend* eine komplette Wiederholung des erstinstanzlichen Verfahrens erfolgen muss und in aller Regel auch nicht erfolgt. Vielmehr genügt es, wenn sich die zweite Instanz auf die im Vergleich zum erstinstanzlichen Verfahren neuen Umstände konzentriert. Namentlich das Beweisverfahren kann stark abgekürzt werden. Sofern sich die tatsächlichen Verhältnisse seit dem erstinstanzlichen Prozess nicht geändert haben, ist grundsätzlich auf das daraus resultierende aktenkundige Beweisergebnis abzustellen. 1

Das Verfahren vor Militärappellationsgericht ist – wie jenes vor der ersten Instanz – zwingend mündlich und grundsätzlich öffentlich. Ein schriftliches Appellationsverfahren ist im Militärstrafprozess nicht vorgesehen. 2

Eingeschränkt ist im Appellationsprozess allerdings das Unmittelbarkeitsprinzip, da die Richter die Akten vor Prozessbeginn zur Einsicht erhalten.² 3

Art. 181 Abs. 1 MStP wiederholt die für das erstinstanzliche Verfahren gültige Regelung von Art. 143 Abs. 1 MStP. 4

II. Parteivorträge

Verzichtet die eine Partei auf ihren zweiten Vortrag, so steht der anderen das entsprechende Recht gleichwohl zu. Der Angeklagte hat – wie schon in der Hauptverhandlung vor der ersten Instanz³ – einen Anspruch auf das letzte Wort. 5

² Vgl. oben Art. 178 N. 12.

³ Vgl. Art. 144 Abs. 2 MStP.

III. Die Verweise gemäss Art. 181 Abs. 3 MStP

- 6 Art. 181 Abs. 3 MStP bestimmt, dass etliche Vorschriften betreffend die erstinstanzliche Hauptverhandlung *sinnemäss* auf den Rechtsmittelprozess vor dem Appellationsgericht anzuwenden sind. Dabei kommen die Art. 130, 132–134, 135 Abs. 1, 136, 138–142, 145–147, 148 Abs. 1, 149, 150 und 152–154 MStP im gleichen Sinn wie vor dem Militärgericht erster Instanz zum Zug. Diesbezüglich kann auf die entsprechenden Kommentierungen verwiesen werden.
- 7 Die Befragung des Angeklagten (Art. 137 MStP) gestaltet sich vor Appellationsgericht naturgemäss kürzer als vor dem Militärgericht erster Instanz, da die Richter die Akten bereits kennen⁴ und sich primär auf die persönliche Befragung aus dem erstinstanzlichen Prozess abstützen können. Im Prinzip genügt es, danach zu fragen, inwiefern sich die persönlichen Verhältnisse des Angeklagten seit dem erstinstanzlichen Prozess verändert haben. Zu betonen ist allerdings, dass dies die Appellationsrichter nicht davon entbindet, sich vom Angeklagten ein persönliches Bild zu machen, wozu sich eine etwas eingehendere Befragung gut eignet.

IV. Ausblick auf die Schweizerische Strafprozessordnung

- 8 Die StPO CH sieht alternativ ein mündliches und ein schriftliches Berufungsverfahren vor. Letzteres *kann* gemäss Art. 406 Abs. 1 StPO CH immer dann durchgeführt werden, wenn ausschliesslich:
 - Rechtsfragen zu entscheiden sind (lit. a);
 - der Zivilpunkt angefochten ist (lit. b);
 - Übertretungen Gegenstand des erstinstanzlichen Urteils bildeten und mit der Berufung nicht ein Schuldspruch wegen Verbrechen oder Vergehen angestrebt wird (lit. c);
 - die Kosten-, Entschädigungs- und Genugtuungsfolgen angefochten sind (lit. d);
 - Massnahmen im Sinne der Art. 66–73 StGB angefochten sind (lit. e).
- 9 Gemäss Art. 406 Abs. 2 lit. a und b StPO CH kann ein schriftliches Berufungsverfahren aber auch in weiteren Konstellationen angeordnet werden, allerdings nur mit Zustimmung der Parteien.

⁴ Vgl. oben Art. 178 N. 12.

In allen anderen Konstellationen ist ein mündliches Berufungsverfahren durchzuführen, und zwar nach den Bestimmungen über die erstinstanzliche Hauptverhandlung (Art. 405 Abs. 1 StPO CH). 10

Art. 182 Entscheidungsbefugnis

- ¹ **Das Militärappellationsgericht ist bei der Neubeurteilung der Strafsache in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht frei. Es ist an die Anträge der Parteien nicht gebunden.**
- ² **Das Urteil darf nicht zuungunsten des Angeklagten abgeändert werden, wenn er allein oder insoweit der Auditor ausdrücklich zu seinen Gunsten appelliert hat.**

Art. 182 Pouvoir d'examen

- ¹ **Le tribunal militaire d'appel revoit librement la cause en fait et en droit. Il n'est pas lié par les conclusions des parties.**
- ² **Le jugement ne peut être modifié au préjudice de l'accusé lorsque celui-ci a seul interjeté appel, ni dans la mesure où l'auditeur l'a fait expressément dans l'intérêt de l'accusé.**

Art. 182 Cognizione

- ¹ **Il tribunale militare d'appello giudica liberamente le circostanze di fatto e di diritto della causa. Esso non è vincolato dalle conclusioni delle parti.**
- ² **La sentenza non può essere modificata a pregiudizio dell'accusato se l'appello è stato interposto soltanto da costui, o dall'uditore esplicitamente a suo favore.**

Ausgewählte Materialien

Siehe Art. 172.

Ausgewählte Literatur

BERNOULLI NICOLAUS, Das Verbot der reformatio in peius im schweizerischen Strafprozessrecht, Diss. Zürich 1953; DONATSCH/SCHMID, § 399 N. 1 ff.; KOLLY GILBERT, Zum Verschlechterungsverbot im schweizerischen Strafprozess, ZStR 1995, S. 294–315; RICCI HANS PETER, Reformatio in peius und Anschliessung an das Rechtsmittel im Zivilprozess (unter vergleichsweiser Heranziehung des Strafprozessrechtes und des Steuerjustizverfahrens), Diss. Zürich 1955; SCHWANDER VITAL, Das Verbot der reformatio in peius, Entscheide der Gerichts- und Verwaltungsbehörden des Kantons Schwyz 1966, S. 103–114.

Inhaltsübersicht

	N.
I. Volle Kognition der Appellationsinstanz	1
II. Ausdehnung gutgeheissener Rechtsmittelsentscheide (beneficium cohaesionis).....	8
III. Zum Verbot der reformatio in peius	11
IV. Ausblick auf die Schweizerische Strafprozessordnung	16

I. Volle Kognition der Appellationsinstanz

Art. 182 Abs. 1 MStP legt fest, dass das Militärappellationsgericht bei der Neubeurteilung einer Strafsache in rechtlicher wie in tatsächlicher Hinsicht frei ist. Daraus erhellt, dass es mit voller Kognition entscheidet und grundsätzlich der Erforschung der materiellen Wahrheit verpflichtet ist. Hindernisse stellen dabei allerdings der Anklagegrundsatz¹ und das daraus folgende Immutabilitätsprinzip sowie allenfalls – je nachdem, welche Partei zu wessen Gunsten appelliert – das Verbot der reformatio in peius dar.²

Das Rechtsmittelverfahren ist grundsätzlich ein *Überprüfungsverfahren*, in welchem es um die Frage geht, ob die Vorinstanz einen wesentlichen Fehler gemacht hat. Auch wenn das Appellationsgericht mit voller Kognition entscheidet, ist zu fordern, dass es nicht ohne triftige Gründe in das Ermessen des erstinstanzlichen Gerichts eingreift. Hat beispielsweise ein Militärgericht erster Instanz einen Soldaten wegen Militärdienstversäumnisses i.S.v. Art. 82 Abs. 1 MStG zu einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen «bedingt» verurteilt und hat das Appellationsgericht aufgrund *derselben tatsächlichen Voraussetzungen* zu entscheiden, so sollte es die Strafe nicht auf 15 Tagessätze «bedingt» festsetzen, selbst wenn es dies für «angemessener» erachtet. Ein «Strafrabatt» im zweitinstanzlichen Urteil ist klar abzulehnen, auch wenn dieses Phänomen in der Praxis zuweilen vorkommt.

In tatsächlicher Hinsicht hat das Appellationsgericht den Sachverhalt grundsätzlich neu festzustellen, ist also an die diesbezüglichen Ausführungen der ersten Instanz nicht gebunden. Es hat – falls zur Erforschung der materiellen Wahrheit erforderlich – den bis zum Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens ermittelten Prozessstoff zu vervollständigen bzw. zu ergänzen, etwa durch Befragung neuer Zeugen oder den Beizug neuer Gutachten. Wie bereits erwähnt, muss allerdings das erstinstanzliche Beweisverfahren keineswegs von Anfang an neu aufgerollt werden. Das Appellationsgericht kann und soll sich vielmehr auf jene tatsächlichen Umstände konzentrieren, die sich gegenüber dem ersten Prozess verändert haben.

Es ist denn auch ohne weiteres möglich, im begründeten Urteil des Appellationsgerichts auf die zutreffenden Stellen des erstinstanzlichen Entscheides zu verweisen.³

Was die rechtliche Qualifikation des Sachverhaltes anbelangt, so ist das Appellationsgericht weder an die Beurteilung der Vorinstanz noch an die Anträge der Parteien

¹ Auch als Akkusationsprinzip bezeichnet; vgl. zu den verschiedenen Teilaspekten desselben oben Akkusationsprinzip (vor Vorbem. zu Art. 114–116), OBERHOLZER, N. 726 ff. sowie SCHMID, N. 140 ff.

² Dazu unten N. 11 ff.

³ Vgl. MKGE 11, Nr. 19.

gebunden. Gewisse Schranken werden ihm aber durch das Verbot der *reformatio in peius* sowie durch das Immutabilitätsprinzip auferlegt.

- 6 Das Immutabilitätsprinzip⁴ besagt, dass der in der Anklageschrift vom Auditor festgelegte Sachverhalt nicht nur für das erstinstanzliche Gericht, sondern für sämtliche Rechtsmittelinstanzen massgebend ist. Es ist dem Appellationsgericht folglich verwehrt, den Prozess auf weitere, in der Anklageschrift nicht genannte Sachverhalte auszudehnen, mögen diese auch strafrechtlich relevant sein.
- 7 Hingewiesen sei an dieser Stelle noch einmal auf die Möglichkeit der Teilappellation, welche im Ergebnis zu einer gewissen Bindung der Rechtsmittelinstanz an die Begehren der appellierenden Partei führt.⁵

II. Ausdehnung gutgeheissener Rechtsmittelentscheide (*beneficium cohaesionis*)

- 8 Der MStP enthält keine Bestimmung darüber, wie in Fällen vorzugehen ist, in denen von mehreren im gleichen Verfahren Angeschuldigten nur einzelne eine Appellation einlegen. Kann und muss das Urteil der zweiten Instanz auf sämtliche Angeschuldigte, also auch auf jene, die nicht appellierten, ausgedehnt werden? Etliche kantonale Strafprozessordnungen⁶ wie auch Art. 392 StPO CH sehen das sog. «*beneficium cohaesionis*» jedenfalls vor.
- 9 Das *beneficium cohaesionis* lässt sich aus dem Gleichheitsgebot i.S.v. Art. 8 Abs. 1 BV herleiten und gilt folglich – unabhängig von einer entsprechenden Bestimmung im MStP – auch im Militärstrafprozess. Es ist von Amtes wegen zu beachten. Erforderlich ist selbstverständlich, dass die Feststellungen des zweitinstanzlichen Urteils auch für die übrigen Angeschuldigten gültig sind.⁷
- 10 Festzuhalten bleibt noch, dass eine Ausdehnung des Rechtsmittelentscheides auf nicht appellierende Mitangeklagte nur dann erfolgen kann, wenn sich das zweitinstanzliche Urteil auch tatsächlich zu ihren Gunsten auswirkt.⁸

⁴ Vgl. dazu OBERHOLZER, N. 731 sowie SCHMID, N. 145 ff.

⁵ Vgl. dazu Art. 174 N. 10 ff.

⁶ Vgl. HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 98 N. 17.

⁷ Vgl. HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 98 N. 16.

⁸ So explizit Art. 392 Abs. 1 StPO CH.

III. Zum Verbot der reformatio in peius

Sofern allein der Angeklagte eine Appellation einreicht, ist es der Rechtsmittelinstanz verwehrt, das militärgerichtliche Urteil zu verschärfen oder – wie es das Gesetz ausdrückt – das Urteil zuungunsten des Angeklagten abzuändern. Diesfalls kann das erstinstanzliche Verdikt einzig bestätigt oder aber eine mildere Sanktion ausgefällt werden. Dasselbe gilt für den Fall, dass der Auditor ausdrücklich zugunsten des Angeklagten appelliert. Zu betonen ist, dass aus dem Verbot der reformatio in peius kein Anspruch des Angeklagten hervorgeht, milder bestraft zu werden. 11

Das Verbot der reformatio in peius – das sich weder aus der BV noch aus der EMRK ergibt⁹ – dient dem Schutz des Rechtsmittels, will es doch verhindern, dass der Angeklagte aus Angst vor einer schärferen Bestrafung von dessen Einlegung absieht, selbst wenn er das fragliche Urteil für falsch, insbesondere die Bestrafung für ungerecht hält.¹⁰ 12

Eine reformatio in peius – also eine Abänderung des Urteils auch zuungunsten des Angeklagten – ist immer dann zulässig, wenn der Auditor nicht explizit zugunsten des Angeklagten appelliert, sei es allein oder zusammen mit diesem. Dasselbe gilt auch bei Einlegung des Rechtsmittels durch das Opfer oder durch den Geschädigten.¹¹ In derartigen Konstellationen kann das zweitinstanzliche Gericht auch eine schärfere Sanktion aussprechen, als dies das erstinstanzliche getan hat, und es kann insbesondere auch über die Anträge des Auditors hinausgehen.¹² 13

Das Verbot der reformatio in peius kann auf zwei Arten interpretiert werden:¹³ 14

- Zum einen in dem Sinn, dass es dem Rechtsmittelgericht einzig verwehrt ist, die Strafe zu verschärfen, nicht aber, den zu beurteilenden Sachverhalt unter eine andere, schwerer wiegende Strafnorm zu subsumieren.¹⁴ Nicht zu beanstanden wäre es nach dieser Ansicht, wenn die zweite Instanz das angefochtene Urteil aufhebt und beispielsweise statt auf einfachen Raub auf qualifizierten Raub erkennt, dabei das erstinstanzlich gesprochene Strafmass aber bestätigt.¹⁵

⁹ SCHMID, N. 984; SCHMID in: DONATSCH/SCHMID, § 399 N. 5. Beispielsweise gestattet der Kanton Zug (Art. 75 Abs. 2 StPO) eine reformatio in peius (vgl. den Nachweis bei HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 98 N. 3).

¹⁰ SCHMID in: DONATSCH/SCHMID, § 399 N. 1.

¹¹ SCHMID in: DONATSCH/SCHMID, § 399 N. 2; vgl. zur Legitimation des Geschädigten und des Opfers Art. 173 N. 14 ff.

¹² SCHMID in: DONATSCH/SCHMID, a.a.O.

¹³ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 98 N. 5.

¹⁴ Die Mehrheit der kantonalen Strafprozessordnungen verstehen das Verbot der reformatio in peius in diesem Sinn; vgl. die Nachweise bei HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 98 N. 5a.

¹⁵ SCHMID in: DONATSCH/SCHMID § 399 N. 9.

- Zum anderen aber auch dahingehend, dass auch die Tat nicht schwerer qualifiziert werden darf. Art. 182 Abs. 2 MStP scheint vom Wortlaut her dieser zweiten Ansicht zu folgen.¹⁶
- 15 Namentlich in folgenden Konstellationen wäre das Verbot der reformatio in peius verletzt:¹⁷
- Verurteilung zu einer längeren Freiheitsstrafe, selbst wenn für diese – im Unterschied zur ursprünglich ausgefallten – der bedingte Strafvollzug gewährt würde;
 - Verurteilung zu einer schärferen Strafart (Freiheitsstrafe anstatt Geldstrafe) oder zu einer höheren Busse;
 - Verurteilung zu einer kürzeren Freiheitsstrafe, aber – im Unterschied zur ursprünglich ausgefallten – ohne Gewährung des bedingten Strafvollzuges;
 - zusätzliche Verhängung von Nebenstrafen;
 - Verlängerung der Probezeit beim bedingten Strafvollzug oder Aussprechen von zusätzlichen Weisungen;
 - Anordnung einer Verwahrung i.S.v. Art. 47 MStG anstelle einer Freiheitsstrafe.

IV. Ausblick auf die Schweizerische Strafprozessordnung

- 16 Auf die Kognitionsbefugnisse der Berufungsinstanz wurde bereits hingewiesen; noch einmal sei erwähnt, dass diese unterschiedlich ist, je nachdem, ob Vergehen und Verbrechen oder aber blosse Übertretungen Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens bildeten.¹⁸
- 17 Art. 391 Abs. 2 StPO CH statuiert das Verbot der reformatio in peius, sofern ein Rechtsmittel nur zu Gunsten der beschuldigten oder verurteilten Person eingelegt wurde. Vorbehalten bleibt indes eine strengere Bestrafung auf Grund von Tatsachen, die dem erstinstanzlichen Gericht nicht bekannt sein konnten.¹⁹

¹⁶ Gemäss Botschaft StPO CH, BBl 2006, 1311 ist auch Art. 391 Abs. 2 StPO CH in diesem Sinne zu verstehen.

¹⁷ Vgl. SCHMID in: DONATSCH/SCHMID, § 399 N. 8 ff.

¹⁸ Vgl. dazu Art. 172 N. 21 ff.

¹⁹ Vgl. Botschaft StPO CH, BBl 2006, 1311 und EJPD/BJ, Begleitbericht VE StPO CH, S. 260. Eine ganz ähnliche Regelung findet sich beispielsweise auch in Art. 246 Abs. 3 StP SG.

Gemäss Art. 391 Abs. 3 StPO CH darf der Entscheid im Zivilpunkt nicht zum Nachteil der Privatklägerschaft²⁰ abgeändert werden, wenn nur von dieser ein Rechtsmittel ergriffen wurde.

18

²⁰ Vgl. dazu Art. 173 N. 24.