

den zuständigen Kommandanten (Bat/Abt bzw. Schulkommandant) zur Anordnung einer vorläufigen Beweisaufnahme bezüglich des Vorfalles zu bewegen. Es ist aber zu betonen, dass bei der Beurteilung, ob ein leichter Fall vorliegt, sämtliche Umstände zu berücksichtigen sind. So kann es beispielsweise sein, dass eine objektiv geringfügig erscheinende sexuelle Belästigung die betroffene Person in deren subjektiven Empfinden derart stark trifft, dass kein leichter Fall mehr angenommen werden kann. Es wird daher insbesondere bei Fällen der Beeinträchtigung der körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität empfohlen, in Zweifelsfällen eine vorläufige Beweisaufnahme anzuordnen.

## 2.6 Strafzumessung

### 2.6.1 Grundsatz

Art und Mass der Strafe sind nach dem Verschulden zu bestimmen, Beweggründe, persönliche Verhältnisse und militärische Führung sind zu berücksichtigen (Art. 182 Abs. 2 MStG).

**Die Strafzumessung ist das wichtigste und schwierigste Element des Disziplinarstrafwesens.** Es geht darum, die gerechte und zweckerfüllende Strafe zu finden. Dem Inhaber der Strafgewalt steht dabei im Rahmen seiner Strafbefugnisse und der zulässigen Strafarten ein Ermessensspielraum zu. Um Willkür zu vermeiden, setzt das Finden der Strafe Unparteilichkeit, Gewissenhaftigkeit und Gerechtigkeitsgefühl voraus.<sup>98</sup> Dies gilt gerade auch dann, wenn der Beschuldigte seine Verfahrensrechte (vgl. dazu hinten Ziff. 5.5) voll ausschöpft und sich in der Untersuchung des Falles gänzlich unkooperativ verhält. Hier ist Gelassenheit angezeigt, denn der Beschuldigte ist nicht zur Kooperation verpflichtet.

Die Anzahl der Disziplinarstraffälle allein ist kein Gradmesser der Disziplin. Denn auch in der besten Einheit kann die Anwendung der Disziplinarstrafe nötig werden. Häufiges Bestrafen stumpft aber ab. Deshalb soll die Disziplinarstrafe erst verhängt werden, wenn andere Mittel nicht zum Ziel führen (so vorne Ziff. 1.2). Wo eine Strafe am Platz ist, soll sie angemessen und wenn nötig auch streng sein. Zu milde Strafen verfehlen den Zweck und lassen den Vorgesetzten als schwach erscheinen.<sup>99</sup>

Die Verletzung einer wichtigen, einfachen und bekannten militärischen Pflicht nur mit der praktisch symbolischen Strafe eines Verweises zu ahnden, ist willkürlich.<sup>100</sup> **Oftmals wurden nach altem Recht von Truppenkommandanten eher zu milde als zu scharfe Strafen ausgesprochen.<sup>101</sup> Im neuen Disziplinarstrafrecht wurde der Strafrahmen für die Arreststrafe auf einen bis zehn Tage reduziert (vgl. Art. 190 MStG). Schon zum alten Recht wurde hier postuliert, dass der Strafrahmen bei gravierenden Fällen vermehrt ausgeschöpft werden soll.<sup>102</sup> Dies hat umso mehr zum neuen Disziplinarstrafrecht mit seinem stark reduzierten Strafmaximum zu gelten. Andernfalls riskiert das Disziplinarstrafwesen, unglaublich zu werden.**<sup>103</sup> Es darf aber auch zum neuen Recht nicht übersehen werden, dass die Arreststrafen tendenziell unter härteren Bedingungen vollzogen werden als die bürgerlichen Freiheitsstrafen.<sup>104</sup>

## 2.6.2 Strafrahmen

Der Inhaber der Disziplinarstrafgewalt misst die Sanktion innerhalb des Strafrahmens zu. Dieser wird durch die theoretischen Strafmaxima und -minima begrenzt. Das Strafmaximum beträgt nach Art. 190 Abs. 1 MStG zehn Tage Arrest. Das Strafminimum ist die Erteilung eines Verweises nach Art. 186 MStG. Allerdings kann nach Art. 182 Abs. 1 MStG auch gänzlich auf die Ausfällung einer Disziplinarstrafe verzichtet werden, wenn der Inhaber der Disziplinarstrafgewalt eine Ermahnung oder Belehrung für ausreichend erachtet. Nach der Botschaft soll hier die sog. volle Opportunität gelten, wonach bei Vorliegen einer schuldhaften Verfehlung eine Disziplinarstrafe verhängt werden könne, aber nicht zwingend verhängt werden müsse.<sup>105</sup> Dies würde bedeuten, dass auch bei Vorliegen eines leichten Falles eines MStG-Delikt es immer auf eine Bestrafung verzichtet werden könnte, wenn Ermahnung oder Belehrung ausreichen. Da auch MStG-Delikte von erheblichem Unrechtsgehalt (wie etwa Diebstahl nach Art. 131 Ziff. 5 MStG oder eine fahrlässige Körperverletzung mit bleibenden Folgen nach Art. 124 Ziff. 1 Abs. 2 MStG) den leichten Fall kennen, führt eine derart schrankenlose Anwendung des Opportunitätsprinzips zu unbilligen Ergebnissen. **U. E. ist aufgrund der Mechanik der Strafzumessung der Verzicht auf eine Strafe nur zulässig, wenn das Verschulden (vgl. dazu hinten Ziff. 2.6.3a) unter Berücksichtigung sämtlicher**

**Strafzumessungsgründe gering ist.** Diese Voraussetzung war in Art. 181a Abs. 3 aMStG sowie Ziff. 307 Abs. 3 DR 80/95 noch enthalten.<sup>106</sup> Sie hätte u. E. auch wieder ins Gesetz aufgenommen werden sollen.

**Es kann also u. E. nach wie vor nur bei geringem Verschulden von einer Bestrafung abgesehen werden.** Dieses **begrenzte Opportunitätsprinzip**<sup>107</sup> gilt sowohl bei fahrlässiger als auch bei vorsätzlicher Begehung eines Disziplinarfehlers, die leichten Fälle von Delikten aus dem MStG, SVG und BetmG eingeschlossen.

In der Hand des verantwortungsbewussten Truppenkommandanten kann die Möglichkeit der blossen Ermahnung oder Belehrung sehr wertvoll sein und im guten Sinne erzieherisch wirken. Im Interesse der Einhaltung rechtsstaatlicher Grundsätze ist Art. 182 Abs. 1 MStG allerdings restriktiv zu handhaben. **Die Bestimmung darf auch nach neuem Recht nicht dazu führen, dass willkürlich auf eine Bestrafung oder gar auf die Durchführung eines Disziplinarstrafverfahrens verzichtet wird.**

### 2.6.3 Strafzumessungsgründe

Die Strafzumessungsgründe sind in Art. 182 Abs. 2 MStG enthalten. Auch die Strafmilderungsgründe des Allgemeinen Teils II des MStG nach Art. 42 MStG sowie der Strafschärfungsgrund der Tatmehrheit nach Art. 43 MStG bei Zusammentreffen eines leichten Falles eines Deliktes des MStG mit einem leichten Fall eines anderen Delikts sind u. E. analog anwendbar, da sie sich zugunsten des Fehlbaren auswirken.<sup>108</sup> Da der Strafrahmen im Disziplinarstrafrecht feststeht, wirken sich sämtliche Strafzumessungsgründe nur **strafferhöhend** bzw. **strafmindernd** aus. Dies gilt auch für den analog anwendbaren Strafschärfungsgrund bzw. die Strafmilderungsgründe des Allgemeinen Teils II.

#### a) Verschulden

Der Begriff des Verschuldens ist vom Begriff der Schuld (vgl. dazu vorne Ziff. 2.4.5b) zu unterscheiden. Schuld ist neben der Tatbestandsmässigkeit und der Rechtswidrigkeit die dritte Voraussetzung für die Strafbarkeit an sich. Das Verschulden ist zunächst dem Wortsinne nach der in der Tat verkörperte rechtsbrecherische Wille des

Fehlbaren und damit das Ausmass einer bestehenden Vorwerfbarkeit. Das Verschulden wird aber darüber hinaus als Sammelbegriff für sämtliche Faktoren verstanden, welche für die Bemessung der Strafe relevant sind. So wird das Verschulden – über den Wortlaut von Art. 182 Abs. 2 MStG hinaus<sup>109</sup> – nach der neueren Rechtsprechung<sup>110</sup> aufgrund der sog. Tatkomponente und der Täterkomponente beurteilt. Die einzelnen Strafzumessungsfaktoren dienen dazu, das Verschulden genauer bemessen zu können, indem geprüft wird, ob sie eher zu einer Erhöhung oder einer Reduktion der Strafe führen.

#### **b) Tatkomponente**

Bei der Tatkomponente wird das durch die Tat selbst bewirkte Unrecht bewertet. Dabei kann weiter zwischen der objektiven und der subjektiven Schwere des Unrechts der Tat unterschieden werden.

Die **objektive Schwere der Tat** wird nach dem Ausmass des verschuldeten Unrechts und nach der Art und Weise der Herbeiführung des Unrechts beurteilt. Beispiele sind die Grösse eines bewirkten Sachschadens, der Wert eines verlorenen Gegenstandes, die Bedeutung einer Dienstvorschrift (Sicherheitsbestimmung) bzw. eines Befehls, die Menge des getrunkenen Alkohols (Alkoholisierungsgrad) bzw. des konsumierten Betäubungsmittels (bzw. dessen Art und Gefährdungspotenzial<sup>111</sup>), die Schwere einer verursachten Verletzung (bleibende Verletzung [Invalidität], heilbare Verletzung), das Ausmass einer Gefährdung von Personen (Lebensgefahr, Zahl der Gefährdeten) oder die Dauer einer Militärdienstversäumnis sowie etwa die Brutalität des Vorgehens oder die Art der verwendeten Tatwerkzeuge. Zum dienstlichen Interesse vgl. hinten Ziff. 2.6.3d unten.

Die objektive Schwere der Tat (oder auch der deliktische Erfolg) ist als **Anknüpfungspunkt** für die Disziplinarsanktion von grosser Bedeutung. Auch wenn die Sanktion schliesslich aufgrund einer Wertung der Gesamtheit der subjektiven und objektiven Umstände bemessen wird. **Dennoch ist das Verschulden als Ganzes in der Regel um so grösser, je schwerer der Erfolg der Tat wiegt.** Das versteht sich von selbst, wenn der Täter vorsätzlich handelt. Aber auch bei fahrlässiger Tat kann über den Erfolg nicht schlechthin hinweggesehen werden.<sup>112</sup>

Die **subjektive Schwere der Tat** wird etwa beurteilt nach der Willensrichtung, mit der der Täter gehandelt hat, den Beweggründen für sein Handeln und dem Mass der Entscheidungsfreiheit, das dem Täter zugeschrieben werden muss. Wenn eine Tat fahrlässig begangen wurde, wird das Ausmass der Unsorgfalt beurteilt. Das Verschulden ist um so geringer, je ethisch wertvoller die Beweggründe sind. Es kann durchaus sein, dass einem Disziplinarfehler achtbare Motive zugrunde liegen. Die Beweggründe können somit straf erhöhend oder strafmindernd wirken. **Straferhöhend** sind etwa zu würdigen: Rachsucht, Renitenz, Unkameradschaftlichkeit, Feigheit, Hinterlist, Rücksichtslosigkeit, Habgier, Egoismus. **Strafmindernde** Motive sind z. B. Übereifer, Verleitung durch einen Kameraden, Provokation,<sup>113</sup> guter Wille, Aufregung, Verzweiflung, Unbeholfenheit, Erschöpfung Angst, Kränkung, Not (vgl. dazu auch Art. 42 MStG). Dieselben Motive wirken sich nicht bei jedem Fehlbaren gleich stark straf erhöhend oder strafmindernd aus. Insbesondere ist hier zwischen Offizieren, Unteroffizieren und Mannschaftsangehörigen zu unterscheiden. Bei Angehörigen des Kadets, insbesondere bei Offizieren, ist in der Regel ein strengerer Massstab bezüglich Selbstdisziplin und unüberlegtem Verhalten anzulegen.<sup>114</sup>

### c) Täterkomponente

Bei der Täterkomponente wird die Täterpersönlichkeit beurteilt. **Die Sanktion soll** eben nicht nur aufgrund des Unrechts der Tat, sondern auch **aufgrund der Täterpersönlichkeit bemessen werden.**

Das **Vorleben** ist die Lebensgeschichte des Täters bis zur Zeit der Verfehlung. Art. 182 Abs. 2 MStG erwähnt das Vorleben (im Unterschied zu Art. 41 MStG) nicht. Damit wird zum Ausdruck gebracht, «dass im Disziplinarstrafverfahren summarische Erhebungen zur Person des Beschuldigten genügen.»<sup>115</sup> Dies bedeutet u. E. aber nicht, dass dem Vorleben keine Bedeutung bei der Strafzumessung im Disziplinarstrafrecht zukäme. Vielmehr steht das **militärische Vorleben** im Vordergrund, wie es sich aus der Strafkontrolle, den Führungsberichten, Qualifikationen und aus der persönlichen Erinnerung des Strafenden ergibt. Umfassendere Untersuchungen würden aber gegen das Prinzip der Einfachheit und Raschheit im Disziplinarstrafverfahren verstossen.<sup>116</sup>

Die **militärische Führung** wird v. a. aufgrund der **Führungsberichte** beurteilt. Diese sollten ein möglichst objektives, umfassendes Bild über den Fehlbaren als Militärperson ergeben und deshalb nicht nur aus allgemeinen Phrasen bestehen. Führungsberichte dürfen auch nicht unter dem Einfluss des betreffenden Straffalles erstellt werden.<sup>117</sup> Denn der aktuelle Straffall soll in den Führungsbericht gerade nicht einfließen. Er soll ja gerade zeigen, wie sich der Fehlbare sonst führt.

Führungsberichte **haben über folgende Umstände Auskunft zu geben**: Funktion des Beschuldigten, spezielle Aufgabe und Verwendung, Aktivität, Kameradschaftlichkeit, Einstellung zum Dienst überhaupt,<sup>118</sup> Pflichterfüllung, geistige und körperliche Leistungsfähigkeit, Bewährung als Vorgesetzter. Bei Mannschaftsangehörigen ist es zweckmässig, Berichte des Gruppen- und Zugführers, bei Unteroffizieren solche des Zugführers und Einheitskommandanten, bei Offizieren Berichte der beiden nächsthöheren Vorgesetzten einzuholen.<sup>119</sup> Auch vom Hauptfeldweibel oder von Offizieren mit speziellem Fachbereich (V+T Of, Qm usw.) sind nötigenfalls Führungsberichte zu verlangen.

Die **persönlichen Verhältnisse** vermitteln einen Querschnitt der Persönlichkeit des Fehlbaren, wie sie sich zur Zeit der Beurteilung des Disziplinarfehlers darstellt. Hierzu gehören etwa: Erziehung, Schulung, militärische und zivile Ausbildung, familiäre und berufliche Verhältnisse, **Strafempfindlichkeit** (Beeinflussbarkeit durch die Strafe) und Suchtverhalten (Alkohol, Drogen). Der Strafende kennt diese Umstände in der Regel. Lücken können durch Befragung des Fehlbaren oder von direkten Vorgesetzten geschlossen werden. Erhebungen bei Arbeitgebern, Familienangehörigen usw. sollten grundsätzlich unterbleiben.<sup>120</sup>

Das **Verhalten nach der Tat und im Disziplinarstrafverfahren** ist u. E. auch bei der Zumessung einer Disziplinarsanktion zu berücksichtigen. Allerdings sollte dieses Element nur zugunsten des Fehlbaren berücksichtigt werden. Z.B. sollten **aufrichtige Reue** und **Einsicht** sowie ein **Geständnis** und **kooperatives Verhalten im Disziplinarstrafverfahren** strafmindernd berücksichtigt werden. Die fehlende Kooperation oder gar die Lüge im Verfahren sollten dagegen zumindest dann nicht strafferhöhend gewichtet werden, soweit sie im Zusammenhang mit der Wahrung der Verteidigungsrechte des Fehlbaren erfolgen. Auch lügenhafte Aussagen des Be-

schuldigten als solche sollten nicht strafe erhöhend gewürdigt werden<sup>121</sup> (vgl. dazu auch vorne Ziff. 2.6.1). Darüber hinaus gehende Handlungen wie Beeinflussung von Zeugen, Vernichten von Beweismitteln oder querulatorisches Verhalten dürfen u. E. dagegen strafe erhöhend berücksichtigt werden. Es ist auch möglich, dass diese Verhaltensweisen selbst einen Straftatbestand erfüllen.

#### **d) Weitere Strafzumessungsgründe?**

Die Aufzählung in Art. 182 Abs. 2 MStG ist nicht abschliessend. Bei der Strafzumessung darf daher auch das sog. **dienstliche Interesse** gewürdigt werden. Allerdings ist dieses u. E. nach der ersatzlosen Streichung von Ziff. 305 Abs. 1 lit. e DR 80/95 nunmehr im Rahmen der Tatkomponente bei der objektiven Schwere des begangenen Unrechts zu würdigen (vgl. vorne Ziff. 2.6.3b).<sup>122</sup> Es geht beim dienstlichen Interesse um den Wert des zu schützenden Objektes oder Interesses (Disziplin, Sicherheit, Bereitschaft der Truppe, geordneter Dienst usw.) Das dienstliche Interesse ist z. B. stärker verletzt, wenn sich der Fehlbare längere Zeit unerlaubt von der Truppe entfernt, als wenn er bloss zehn Minuten zu spät aus dem Urlaub einrückt.<sup>123</sup>

Im Rahmen der Strafzumessung dürfen auch **allfällige Folgen der Strafhöhe** (z. B. Entlassung aus dem WK aufgrund fehlender anrechenbarer Dienstage [Art. 25 Abs. 1 lit. f MDV]) oder der Strafverbüssung (z. B. teilweiser oder vollständiger Vollzug nach der Entlassung) berücksichtigt werden.<sup>124</sup> Auch **generalpräventive Gründe** (abschreckende Wirkung der Strafe auf die Truppe) können in Rechnung gestellt werden.

#### **2.6.4 Anrechnung der vorläufigen Festnahme**

Der Freiheitsentzug durch vorläufige Festnahme ist (**genau nach der Uhrzeit**)<sup>125</sup> **auf die Arreststrafe anzurechnen** (Art. 182 Abs. 3 MStG). Angesichts des klaren Wortlauts der Bestimmung spielt es für die Anrechnung keine Rolle, ob der Fehlbare die vorläufige Festnahme durch sein Verhalten nach der Tat herbeigeführt oder verlängert hat (anders Art. 44 Abs. 1 MStG betreffend Untersuchungshaft).

### 2.6.5 Gesamtstrafe bei mehreren Disziplinarfehlern

Hat der Fehlbare mehrere Disziplinarfehler begangen, so werden sie **mit einer einzigen Gesamtstrafe geahndet** (Art. 182 Abs. 4 MStG). Dies bedeutet, dass zunächst die Strafe, welche der schwersten Rechtsverletzung oder Tat entspricht, bemessen wird. Dafür ist die abstrakte Strafandrohung des Delikts im MStG heranzuziehen. Sodann wird diese Strafe entsprechend der Schwere der weiteren Disziplinarfehler angemessen erhöht, woraus eine Gesamtstrafe resultiert (sog. Asperations- oder Strafschärfungsprinzip analog zu Art. 43 Abs. 1 MStG).<sup>126</sup>

Mit einer Gesamtstrafe müssen auch jene Fälle erledigt werden, wo **nach** der Beurteilung und gänzlicher oder teilweiser Verbüßung einer Disziplinarstrafe **nachträglich noch andere Disziplinarfehler bekannt werden**, die bei der Strafzumessung noch nicht berücksichtigt worden sind. Es wäre in einem solchen Fall unbillig, den nachträglich entdeckten Disziplinarfehler isoliert zu behandeln und gesondert zu bestrafen, als würde es sich um eine einzige Verfehlung handeln. Vielmehr ist die bereits verfügte «Grundstrafe» angemessen zu erhöhen und eine Zusatzstrafe auszusprechen.<sup>127</sup> Analog ist zu verfahren, wenn **vor** einer früheren Beurteilung begangene, aber erst nachträglich bekannt gewordene Disziplinarfehler mit einer späteren Behandlung eines oder mehrerer Disziplinarfehler zusammenfallen. Hier ist zunächst für den bereits bestraften Disziplinarfehler und den nachträglich entdeckten eine Gesamtstrafe auszufällen. Diese ist schliesslich zusammen mit dem neuen Disziplinarfehler zu beurteilen, wobei eine neue Gesamtstrafe resultiert.<sup>128</sup>

### 2.6.6 Exkurs: Vermeidung von kurzfristigen Arreststrafen

Geht man davon aus, dass die Bestrafung mit einer kurzfristigen Arreststrafe bis etwa drei Tagen vom Fehlbaren u.U. als Belohnung und nicht als Strafe wahrgenommen wird, so ergibt sich, dass derartige kurzfristige Arreststrafen zu vermeiden sind. Statt dem wenig tauglichen kurzen Arrest und dem u.U. wohl zu milden Verweis stehen die neuen Sanktionen der Ausgangssperre oder der Disziplinarbusse zur Verfügung (vgl. hinten Ziff. 3.4).