

BVGer A-1841/2015 vom 29. Juli 2015

Bundesverwaltungsgericht, 2015-07-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-1841_2015

FR: TAF A-1841/2015 du 29 juillet 2015

IT: TAF A-1841/2015 del 29 luglio 2015

Regeste

Militärdienstpflicht

Erwägungen

E. 1.1

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 VGG Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, sofern sie von Behörden erlassen wurden, die gemäss Art. 33 VGG als Vorinstanzen gelten, und überdies keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Der FST A ist eine Organisationseinheit des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS). Er gehört somit zu den Behörden nach Art. 33 Bst. d VGG und ist daher Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist damit zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

E. 1.2

Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Der Beschwerdeführer ist als Adressat der angefochtenen Verfügung zur Beschwerde legitimiert.

E. 1.3

Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist daher einzutreten.

E. 2

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen - einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens - sowie auf Angemessenheit (Art. 49 VwVG).

E. 3

Der Beschwerdeführer macht sinngemäss geltend, die Voraussetzungen von Art. 22 MG und Art. 69 MDV für einen Ausschluss aus der Armee seien nicht erfüllt.

E. 3.1

Gemäss Art. 22 Abs. 1 MG in der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen Fassung werden Angehörige der Armee ausgeschlossen, wenn sie infolge eines Strafurteils aufgrund eines

verübten Verbrechens oder Vergehens (Bst. a) oder infolge eines Strafurteils, das eine freiheitsentziehende Massnahme anordnet (Bst. b), für die Armee untragbar geworden sind. Diese neue Fassung des Art. 22 MG unterscheidet sich nicht wesentlich von ihrer Vorgängerbestimmung (aArt. 21 MG; AS 1995 4093, 4098). Verändert wurde die Rechtsfolge, d.h. in der neuen Fassung wird die betroffene Person nicht bloss von der Militärdienstleistungspflicht, sondern überhaupt aus der Armee ausgeschlossen. Im Übrigen hat der Gesetzgeber an der bereits in der alten Fassung genannten "Untragbarkeit" festgehalten. So schreibt der Bundesrat in seiner Botschaft zur Änderung des Militärgesetzes, der neue Artikel entspreche weitgehend dem bisherigen. Er bezieht sich ausdrücklich auf die entsprechende Praxis, deren Kriterien er wie folgt umschreibt: Unvereinbarkeit des Delikts mit der Funktion, Vorbildfunktion als Kader, Gefährdung anderer Armeeangehöriger, Zumutbarkeit der Zwangsgemeinschaft für die anderen Armeeangehörigen, Ansehen der Armee, Schutz des Betroffenen selbst. Das Bundesverwaltungsgericht werde diese Praxis weiterentwickeln, weshalb eine Legaldefinition unzweckmässig wäre (Botschaft des Bundesrats zur Änderung der Militärgesetzgebung [Militärgesetz und Bundesgesetz über die militärischen Informationssysteme] vom 7. März 2008, BBl 2008 3213, 3228 f.). Das Parlament übernahm den Vorschlag des Bundesrats diskussionslos (vgl. AB 2008 N 689 und AB 2008 S 544). Der Bundesrat konkretisierte Art. 22 MG in Art. 69 Abs. 1 MDV, der bestimmt, der Führungsstab der Armee berücksichtige bei einem Ausschluss aus der Armee insbesondere: Tat, Leumund, Grad und Funktion der betroffenen Person (Bst. a); Rechte Dritter (Bst. b); die Zumutbarkeit für andere Angehörige der Armee, mit der betroffenen Person Dienst zu leisten (Bst. c) und das Ansehen der Armee in der Öffentlichkeit (Bst. d). Die Verwendung des Begriffs "insbesondere" weist auf eine nicht abschliessende Aufzählung hin, weshalb auch andere Kriterien einen Ausschluss aus der Armee rechtfertigen können. Da sodann die in Bst. a-d genannten Kriterien nicht mit dem Wort "und" verbunden sind, handelt es sich nicht um Kriterien, die kumulativ erfüllt sein müssen. Vielmehr dient diese Auflistung dazu, für die Beurteilung der jeweiligen Einzelfälle mögliche Kriterien aufzuzeigen. Es ist hierbei naheliegend, je nach Konstellation unterschiedlichen Kriterien besonderes Gewicht zuzumessen (Urteile des BVGer A-1722/2014 vom 20. Mai 2015 E. 5.2; A 4854/2012 vom 7. März 2013 E. 4.1).

E. 3.2

Beim Element der "Untragbarkeit" handelt es sich um eine offene, unbestimmte Umschreibung einer tatbeständlichen Voraussetzung, die einer wertenden Konkretisierung bedarf. Es liegt somit ein unbestimmter Rechtsbegriff vor, der als solcher der Auslegung zugänglich ist (Häfelin/ Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage 2010, Rz. 445 ff.; Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage 2009, § 26 Rz. 25). Ob die rechtsanwendenden Behörden einen unbestimmten Rechtsbegriff richtig konkretisiert haben, kann als Rechtsfrage im Verwaltungsjustizverfahren des Bundes überprüft werden. Das Bundesverwaltungsgericht ist hierbei indes zurückhaltend und billigt den Verwaltungsbehörden einen gewissen Beurteilungsspielraum zu, wenn der Entscheid besonderes Fachwissen oder Vertrautheit mit den tatsächlichen Verhältnissen voraussetzt (Moser/Beusch/Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2008, Rz. 2.155; Urteil des BVGer A-4854/2012 vom 7. März 2013 E. 4.1). Auch nach der Praxis des Bundesgerichts hat die Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen zwar grundsätzlich einheitlich zu erfolgen, den Verwaltungsbehörden ist aber unter Umständen ein gewisser Beurteilungsspielraum einzuräumen (BGE 132 II 257 E. 3.2). In seiner Praxis räumt das

Bundesverwaltungsgericht der Vorinstanz bezüglich des Ausschlusses aus der Armee einen relativ grossen Beurteilungsspielraum ein. Diese Zurückhaltung des Bundesverwaltungsgerichts ist angezeigt, da die Vorinstanz eine grosse Vertrautheit mit den Bedürfnissen der Armee aufweist und besser als eine Rechtsmittelinstanz dazu geeignet ist, deren Bedürfnisse umzusetzen (Urteile des BVGer A-1722/2014 vom 20. Mai 2015 E. 2; A-2962/2013 vom 28. Oktober 2013 E. 5.3 und A 4854/2012 vom 7. März 2013 E. 4.2). Hierbei fordert Art. 69 Abs. 3 MDV die Vorinstanz ausdrücklich zu einer einheitlichen Entscheidungspraxis auf. Nachfolgend ist deshalb zu untersuchen, ob die Vorinstanz die Ausschlusskriterien nach Art. 22 MG korrekt angewandt hat.

E. 4

Gemäss Auszug aus dem Schweizerischen Strafregister wurde der Beschwerdeführer wegen mehrfach begangener Rassendiskriminierung (Art. 261bis StGB), eines Vergehens gegen das Waffengesetz (Art. 33 Abs. 1 WG) und der Nichtabgabe von Ausweisen und/oder Kontrollschildern (Art. 97 Abs. 1 und 2 aSVG) verurteilt. Diese Tatbestände sind gemäss Art. 10 Abs. 3 StGB als Vergehen zu qualifizieren, weshalb Art. 22 Abs. 1 Bst. a MG, der als Voraussetzung für den Ausschluss auf das Vorliegen eines Verbrechens oder Vergehens abstellt, erfüllt ist. Ab einem Strafmass von 6 oder mehr Monaten Freiheitsstrafe oder Geldstrafen von 180 oder mehr Tagessätzen nimmt die Vorinstanz grundsätzlich einen Grund für einen Armeeausschluss an (vgl. Urteile des BVGer A 2643/2015 vom 22. Juli 2015 E. 5.2.4; A 2556/2014 vom 27. Mai 2015 E. 3.3; A 4854/2012 vom 7. März 2013 E. 5.3 und A 3298/2010 vom 24. November 2010 E. 3.3.1). Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte in seiner Praxis jedoch verschiedentlich, dass bei der Beurteilung der Untragbarkeit das Delikt und Strafmass nicht alleine ausschlaggebend sind, sondern auch geringfügige, aber zahlreiche Widerhandlungen einen Ausschluss gebieten können und allgemein die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind (vgl. Urteile des BVGer A-1722/2014 vom 20. Mai 2015 E. 6; A 4537/2013 vom 17. Januar 2014 E. 4.3.2 f.; A 4854/2012 vom 7. März 2013 E. 4.3 und A 3298/2010 vom 24. November 2010 E. 3.2). Der Beschwerdeführer delinquierte mehrfach und über eine Zeitspanne von rund 4.5 Jahren. Dafür wurde er insgesamt mit 37 Tagen Gefängnis bzw. Tagessätzen Geldstrafe belegt. Die letzte abgeurteilte Tat liegt allerdings bereits mehr als 5 Jahre zurück. Ob sich allein aufgrund seiner Vorstrafen ein Ausschluss aus der Armee rechtfertigt, erscheint zumindest fraglich, kann aber mit Blick auf die nachfolgenden Erwägungen offen bleiben.

E. 5

Die Vorinstanz begründet die Untragbarkeit des Beschwerdeführers zusätzlich mit der gegen ihn vorliegenden Risikoerklärung vom 20. Juni 2014, die unter anderem die Empfehlung enthält, dem Beschwerdeführer keine Armeewaffe zu überlassen.

E. 5.1

Der Beschwerdeführer bemängelt diese Risikoerklärung in verschiedener Hinsicht. So sei sie gestützt auf unvollständige Akten der Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurn ergangen. Ferner habe ihm die Vorinstanz aufgrund eines defekten Aufnahmegerätes nochmals das rechtliche Gehör gewähren müssen. Diese zweite Befragung sei in unzulässiger Weise von denselben, nun voreingenommenen Herren, die bereits beim ersten Mal damit betraut gewesen seien, durchgeführt worden. Anlässlich dieses Termins sei er zudem mit einer "sehr fragwürdigen" Frage betreffend seinen Umgang mit sensitiven Daten konfrontiert worden.

E. 5.2

Diese Rügen beziehen sich nicht auf das vorliegende Verfahren, sondern auf jenes der Risikoerklärung, weshalb sie nicht zu hören sind. Ferner ist festzuhalten, dass die Risikoerklärung mit unbenutztem Ablauf der Anfechtungsfrist rechtskräftig wurde und nicht mehr angefochten werden kann.

E. 5.3

Wie bereits erwähnt (E. 3.1), ist die Kriterienliste gemäss Art. 69 Abs. 1 MDV, welche die Vorinstanz bei ihrem Ausschlussentscheid zu berücksichtigen hat, nicht abschliessend. Daher können andere Kriterien einen Ausschluss aus der Armee rechtfertigen, sofern die übrigen Voraussetzungen von Art. 22 Abs. 1 MG erfüllt sind, mithin ein Strafurteil gegen einen Angehörigen der Armee wegen eines Verbrechens oder Vergehens vorliegt oder ein solches, das eine freiheitsentziehende Massnahme anordnet. In diesem Sinne ist auch die in Rechtskraft erwachsene Risikoerklärung von Bedeutung. Die Vorinstanz stellt für ihren Entscheid entsprechend zu Recht darauf ab (vgl. Urteil des BVGer A-2962/2013 vom 28. Oktober 2013 E. 7.1 f.).

E. 5.4

Angesichts der vorliegenden Risikoerklärung und insbesondere der darin enthaltenen Empfehlung, dem Beschwerdeführer keine Armeewaffe zu überlassen, und da überdies nicht gewährleistet werden kann, dass dem Beschwerdeführer im Rahmen der Absolvierung von Militärdienstleistungen jeglicher Zugang sowie der Kontakt zu bzw. mit Armeewaffen, Munition und Explosivstoffen verwehrt werden kann, ist es wegen des relativ grossen Beurteilungsspielraums der Vorinstanz nicht zu beanstanden, wenn sie unter Einbezug der Vorstrafen zum Schluss gekommen ist, der Beschwerdeführer sei für die Armee untragbar.

E. 5.5

Dies gilt speziell auch mit Blick auf die gegen den Beschwerdeführer nach wie vor geführte Strafuntersuchung, welche auch in der Risikobeurteilung der Fachstelle Berücksichtigung fand und deren Ergebnis massgeblich beeinflusste. Die neu erhobenen Tatvorwürfe, unter anderem der Rassendiskriminierung, Drohung, Beschimpfung, einfachen Körperverletzung und des Angriffs, sind mannigfaltig und erstrecken sich über eine Zeitspanne von 2012 bis 2015. Die Behauptung des Beschwerdeführers, es handle sich dabei um haltlose Gegenanzeigen, überzeugt nicht. Die während laufendem Strafverfahren geltende Unschuldsvermutung vermag nicht darüber hinwegzutäuschen, dass sich die zuständige Strafverfolgungsbehörde zur Eröffnung einer Strafuntersuchung veranlasst sah und diese jeweils sukzessive auf die hinzutretenden Tatvorwürfen ausweitete, zuletzt am 5. Mai 2015 wegen Angriffs. Damit eine solche überhaupt eröffnet wird, muss sich für die Staatsanwaltschaft aus den Informationen und Berichten der Polizei, aus der Strafanzeige oder aus ihren eigenen Feststellungen erst ein hinreichender Tatverdacht ergeben (vgl. Art. 309 Abs. 1 Bst. a der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 [StPO, SR 312.0]). Bei völlig haltlosen Anzeigen hätte entweder die Polizei erst gar nicht an die Staatsanwaltschaft rapportiert (Art. 307 Abs. 4 Bst. a StPO) oder Letztere hätte das Strafverfahren nicht anhand genommen (Art. 310 Abs. 1 Bst. a). Mit der Eröffnung und stetigen Ausweitung des Strafverfahrens bestätigt sich somit der bereits aufgrund der Vorstrafen erlangte Eindruck, dass der Beschwerdeführer Konflikten nach wie vor nicht aus dem Weg geht, zu gewalttätigen Handlungen neigt, rassendiskriminierendes Verhalten an den Tag legt und bereit ist, sich über geltendes Recht hinwegzusetzen. Aufgrund der

Aktualität der Vorkommnisse kann weder auf einen gefestigten Charakter noch auf den proklamierten Gesinnungswandel geschlossen werden. Es ist folglich von einer ungünstigen Legalprognose auszugehen und nachvollziehbar, wenn die Fachstelle auf ein erhöhtes Gewalt- und Missbrauchspotenzial der persönlichen Waffe schloss und die Vorinstanz gestützt darauf den Ausschluss aus der Armee verfügte. Da die Vorinstanz ihren Entscheid nicht unmittelbar auf die Akten des laufenden Strafverfahrens der Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurn abstützte und auch die vorstehenden Überlegungen lediglich auf den Eintragungen im Strafregisterauszug beruhen, die Strafakten für das vorliegende Verfahren mithin irrelevant sind, erübrigt sich auch deren geforderter vollständige Beizug.

E. 6

Im Weiteren ist zu prüfen, ob der Ausschluss des Beschwerdeführers im öffentlichen Interesse liegt. Das öffentliche Interesse an einer funktionsfähigen Armee, die in der Öffentlichkeit einen guten Ruf genießt und deren Autorität und Disziplin gewahrt wird, liegt auf der Hand. Das Bundesverwaltungsgericht hat in seiner Praxis denn auch festgehalten, es bestehe ein nachvollziehbares öffentliches Interesse daran, die Akzeptanz und das Ansehen der Armee in der Öffentlichkeit zu schützen, die Erfüllung der Aufgaben mittels geordnetem Dienstbetrieb zu gewährleisten und die Zwangsgemeinschaft für Armeeingehörige erträglich zu gestalten (Urteil des BVGer A 2962/2013 vom 28. Oktober 2013 E. 8). Wenn die Vorinstanz als Behörde, die mit den Gegebenheiten der Armee bestens vertraut ist, feststellt, dass aufgrund der Vorstrafen sowie der Risikoerklärung der Fachstelle ein Verbleib des Beschwerdeführers das Ansehen und die Glaubwürdigkeit der Armee beeinträchtigen könne, so ist dies nicht zu beanstanden. Wenn der Beschwerdeführer auf andere Personen bzw. Umstände verweist, welche allenfalls den Ruf der Armee beeinträchtigen könnten, so ändert dies nichts an der Beurteilung des vorliegenden Falles. Er kann daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten.

E. 7

Zu prüfen ist ausserdem, ob der Ausschluss aus der Armee verhältnismässig ist. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) umfasst drei Elemente, die kumulativ gegeben sein müssen: Eine staatliche Massnahme ist verhältnismässig, wenn sie zur Verwirklichung der im öffentlichen Interesse liegenden Ziele geeignet, erforderlich und zumutbar ist. Geeignet ist sie dann, wenn mit ihr die angestrebten Ziele erreicht werden können oder sie zu deren Erreichung einen nicht zu vernachlässigenden Beitrag leisten kann (sog. Zwecktauglichkeit). Die Erforderlichkeit liegt vor, wenn mit keiner gleichermassen geeigneten, aber für den Betroffenen weniger einschneidenden Massnahme der angestrebte Erfolg ebenso erreicht werden kann. Sie ist schliesslich nur dann gerechtfertigt, wenn eine angemessene Zweck-Mittel-Relation (sog. Zumutbarkeit) besteht, d.h. der damit verbundene Eingriff in die Rechtsstellung des Betroffenen im Vergleich zur Bedeutung der verfolgten öffentlichen Interessen nicht unverhältnismässig schwerer wiegt (vgl. BGE 136 I 29 E. 4.2; Häfelin/Haller/Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Auflage 2012, Rz. 320 ff.). Wie dargelegt, besteht ein öffentliches Interesse der Armee daran, ihr Ansehen und ihre Glaubwürdigkeit in der Öffentlichkeit zu wahren und zu stärken. Der Ausschluss von Personen, die bestimmte Straftaten verübt haben und denen keine Armeewaffe überlassen werden sollte, ist geeignet, dieses Ziel zu fördern, wird doch dadurch ein klares Signal gesetzt. Die Massnahme ist zudem erforderlich, da diese Signalwirkung nicht zum Tragen kommt, wenn die betreffende Person z.B. bloss nicht mehr aufgeboten wird. Der Ausschluss ist zudem auch zumutbar: Da der Beschwerdeführer in der Armee bleiben

möchte, trifft ihn ein Ausschluss von der Dienstleitung zweifellos. Allerdings stehen diesen privaten Interessen gewichtige Interessen der Armee und Öffentlichkeit gegenüber. Das Interesse an der Wahrung und Förderung des Ansehens und der Glaubwürdigkeit der Armee überwiegt das private Interesse am Verbleib in der Armee. Die Massnahme wahrt vorliegend deshalb ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem Eingriffszweck und dessen Wirkung.

E. 8.1

Der Beschwerdeführer wendet schliesslich ein, die Armee hätte bereits bei seiner Aushebung im Jahr 2006 von seiner Vorstrafe gemäss Art. 261bis StGB gewusst und ihn dennoch keinem psychologischen Gutachten unterzogen, wie dies heute bei jedem Stellungspflichtigen geschehe. Überdies habe er sogar einen Kadervorschlag erhalten.

E. 8.2

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass zum Zeitpunkt als der Beschwerdeführer rekrutiert wurde, die Stellungspflichtigen noch nicht flächendeckend einer Sicherheitsprüfung unterzogen wurden, wie dies heute der Fall ist (vgl. Art. 5 Abs. 2 Bst. a der Verordnung über die Personensicherheitsprüfung vom 4. März 2011 [PSPV, SR 120.4]). Sollte die Rekrutierungsinstanz dennoch von der Vorstrafe gewusst haben, so ist festzustellen, dass damals lediglich eine Verurteilung zu 30 Tagen Gefängnis vorlag. Die Ausgangslage war gegenüber heute somit eine andere. Nebstdem nach der Rekrutierung weitere Delikte hinzutraten, fehlte bei der Aushebung insbesondere eine negative Risikoerklärung, welche vom Überlassen einer Waffe abriet. Soweit der Beschwerdeführer mit seinen Vorbringen ein widersprüchliches Verhalten der Armee aufzeigen möchte, gelingt ihm dies nicht. Die ergangenen Entscheide sind jeweils im Lichte der bekannten und relevanten Sach- und Rechtslage zu sehen und laufen dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht zuwider.

E. 9

Zusammenfassend hat die Vorinstanz Gründe vorgebracht, aufgrund derer der Schluss, der Beschwerdeführer sei untragbar geworden, nicht zu beanstanden ist. Mit der angefochtenen Ausschlussverfügung hat sie sich sodann an die Pflicht zur Wahrung öffentlicher Interessen und das Prinzip der Verhältnismässigkeit gehalten. Die Beschwerde ist folglich als unbegründet abzuweisen.

E. 10

Bei diesem Verfahrensausgang gilt der Beschwerdeführer als unterliegend. Er hat deshalb die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese sind auf Fr. 1'000.00 festzusetzen (Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Zur Bezahlung ist der einbezahlte Kostenvorschuss zu verwenden. Angesichts seines Unterliegens steht dem Beschwerdeführer keine Parteientschädigung zu (Art. 64 Abs. 1 VwVG e contrario).

E. 11

Dieses Urteil kann nicht beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 83 Bst. i des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Es tritt daher mit der Eröffnung in Rechtskraft.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.