

# **BVGer A-66/2018 vom 14. November 2018**

Bundesverwaltungsgericht, 2018-11-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-66\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-66_2018)

FR: TAF A-66/2018 du 14 novembre 2018

IT: TAF A-66/2018 del 14 novembre 2018

## **Regeste**

Militärdienstpflicht

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), 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). In seiner Praxis räumt das Bundesverwaltungsgericht der Vorinstanz bezüglich des Ausschlusses aus der Armee einen relativ grossen Beurteilungsspielraum ein (vgl. Urteile des BVGer A-1457/2016 vom 27. Juni 2016 E. 2 und A-3298/2010 vom 24. November 2010 E. 3.1). 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. Zu beachten ist zusätzlich, dass Art. 69 Abs. 3 MDV (zu

deren Anwendbarkeit siehe sogleich E. 3) die Vorinstanz ausdrücklich zu einer einheitlichen Entscheidungspraxis auffordert.

### **E. 3.1**

Auf den 1. Januar 2018 wurde die MDV aufgehoben und durch die Verordnung über die Militärdienstpflicht vom 22. November 2017 (VMDP, SR 512.21) ersetzt. Weil sich die angefochtene Verfügung vom 5. Dezember 2017 noch auf die MDV in der bis zum 31. Dezember 2017 gültigen Fassung stützt, stellt sich zunächst die Frage des anwendbaren Rechts.

### **E. 3.2**

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind Verwaltungsakte mangels anderslautender intertemporaler Regelung grundsätzlich nach der materiellen Rechtslage im Zeitpunkt ihres Ergehens zu beurteilen (BGE 139 II 263 E. 6 m.H.). Neues Recht ist ausnahmsweise anzuwenden, wenn es sich aus zwingenden Gründen, vor allem um der öffentlichen Ordnung willen, aufdrängt (BGE 139 II 470 E. 4.2). Analoges soll gelten, wenn die Gesetzesänderung zur Verbesserung der rechtlichen Situation des Betroffenen führt (Urteile des BVGer A-2961/2017 vom 26. Oktober 2018 E. 3.2 und B-4973/2016 vom 12. Mai 2017 E. 4.2; Moser/Beusch/Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.203 m.H.).

### **E. 3.3**

Vorliegend besteht weder eine spezialgesetzliche Übergangsregelung für die hier relevanten Bestimmungen noch liegen zwingende Gründe für die Anwendung neuen Rechts vor, weshalb die Bestimmungen der MDV in der bis zum 31. Dezember 2017 gültigen Fassung zur Anwendung kommen (vgl. Urteil des BVGer A-5411/2016 vom 26. Februar 2018 E. 3.3).

### **E. 4.1**

Gemäss Art. 22 Abs. 1 Bst. a MG 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.

#### **E. 4.1.1**

Der Bundesrat schreibt in seiner Botschaft zu einer Änderung des Militärgesetzes zum Begriff "Untragbarkeit", dass der neue Artikel weitgehend dem bisherigen entspreche. 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; vgl. dazu ausführlich Urteil des BVGer A 1841/2015 vom 29. Juli 2015 E. 3.1).

#### **E. 4.1.2**

Der Bundesrat konkretisierte Art. 22 MG in Art. 69 MDV, der bestimmt, der Führungsstab der Armee berücksichtige bei einem Ausschluss 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-1841/2015 vom 29. Juli 2015 E. 3.1 und A-1722/2014 vom 20. Mai 2015 E. 5.2).

#### **E. 4.1.3**

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, 7. Aufl. 2016, Rz. 413 ff.; Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 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, a.a.O., Rz. 2.155a; Urteile des BVGer A-4006/2016 vom 11. Mai 2017 E. 3.3 und 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).

#### **E. 4.2**

Die Vorinstanz begründet den Ausschluss des Beschwerdeführers aus der Armee damit, dass aufgrund der Einordnung der begangenen Tat, die entsprechend dem Strafmass der Straftatbestände (Art. 10 und Art. 103 StGB) erfolge, erwiesenermassen feststehe, dass Art. 22 Abs. 1 Bst. a MG erfüllt sei. Gegen den Beschwerdeführer liege nicht nur ein beträchtliches Strafurteil vor, sondern auch eine Risikoerklärung, die in formelle Rechtskraft erwachsen sei. Der Inhalt der Risikoerklärung könne somit nicht mehr in Frage gestellt werden. Aus dieser gehe hervor, dass der Beschwerdeführer als Sicherheitsrisiko erachtet werde, weshalb gravierende sicherheitsrelevante Bedenken vorlägen, die im Hinblick auf die Beurteilung der Militärdienstfähigkeit zu einer funktionalen Untauglichkeit führe. Zur gerichtlich anerkannten Praxis der Vorinstanz gehöre, dass auch bereits eine Risikoerklärung einen Ausschluss aus der Armee zu begründen vermag. Vorliegend stehe fest, dass der Beschwerdeführer bereits alleine aufgrund seines Strafurteils für die Armee nicht mehr tragbar sei. In Anbetracht dessen, dass zusätzlich eine Risikoerklärung vorliege, die ihn als Sicherheitsrisiko deklariere, sei von einer besonders qualifizierten Form der Untragbarkeit auszugehen, die im Lichte des Schutz- und Sicherheitsinteresses des Staates und der Bevölkerung jegliche weitere Verwendung

innerhalb der Armee ausschliesse.

### **E. 4.3**

Der Beschwerdeführer entgegnet hierzu, dass er in der vorliegenden Risikoerklärung keinen verstärkenden Charakter erkenne und deren Zusammenhang mit dem Ausschluss aus der Armee sei sachlich nicht nachvollziehbar. Seine rechtskräftige Verurteilung habe bereits vor drei Jahren vorgelegen und er sei nur mit einer bedingten Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 30.- bestraft worden, weshalb kaum von einem "beträchtlichem Strafurteil" und einer schweren Tat gesprochen werden könne. Die bedingte Strafe spreche dafür, dass für ihn damals eine positive Legalprognose gestellt worden sei, welche sich in den folgenden zwei Jahren (Probezeit) bewahrheitet habe. Die Gewährung der Verkürzung der Wartefrist, einen Grundausbildungsdienst zu leisten, lasse darauf schliessen, dass er für die Vorinstanz nach mehrfacher Prüfung kein beträchtliches Risiko dargestellt habe. Die Risikoerklärung habe er, nach Abklärungen mit seinem Kommandanten, deshalb nicht angefochten, weil er höchstens zu Zeiten der strategischen Funkausbildung Zugang zu geheim klassifizierten Daten gehabt habe, seit der Ausbildung zum Kommandanten und beim Aufbau der Kompanie jedoch nicht mehr. Es werde denn auch nirgends aufgeführt, welche Tätigkeiten seinerseits Zugang zu geheim klassifizierten Informationen oder Anlagen brauchen würde. Im Vergleich zu anderen Personen, welche medienwirksam und hochrangig mit der rechten Szene in Verbindung stünden oder wegen schweren Raubes verurteilt worden seien, sehe er die Verhältnismässigkeit des Ausschlusses seiner Person nicht. Bei dieser Massnahme handle es sich nicht um die mildeste. Es ist nachfolgend deshalb zu untersuchen, ob die Vorinstanz die Ausschlusskriterien nach Art. 22 MG korrekt angewandt hat.

### **E. 5.1**

Gemäss Auszug aus dem Schweizerischen Strafregister wurde der Beschwerdeführer wegen unbefugten Eindringens in ein Datenverarbeitungssystem (Art. 143bis StGB) verurteilt. Dieser Tatbestand ist 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 sechs oder mehr Monaten Freiheitsstrafe oder einer Geldstrafe von 180 Tagessätzen nimmt die Vorinstanz grundsätzlich einen Grund für einen Armeeausschluss an (vgl. Urteile des BVGer A-1841/2015 vom 29. Juli 2015 E. 4; A-2643/2015 vom 22. Juli 2015 E. 5.2.4; A-2556/2014 vom 27. Mai 2015 E. 3.3 und A-4854/2012 vom 7. März 2013 E. 5.3). 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. und A-4854/2012 vom 7. März 2013 E. 4.3). Wie aus der Ausschlussverfügung hervorgeht, geht die Vorinstanz offensichtlich von einem solchen Fall aus und betrachtet den Beschwerdeführer bereits aufgrund dem von ihm begangenen Delikt als untragbar für die Armee.

### **E. 5.2**

Obwohl das Strafmass des Beschwerdeführers am unteren Rand des Strafrahmens liegt - was im Übrigen bei Ersttätern üblich ist -, fällt sein kriminelles Verhalten im

Zusammenhang mit den vorgesehenen Aufgaben, die er als Kommandant übernehmen müsste und in der Risikoerklärung ausführlich dargelegt werden, negativ ins Gewicht. Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass der Beschwerdeführer offenbar die Tragweite seines damaligen Verhaltens nicht erkennt und seine Tat kaum hinterfragt. Angesichts der Unvereinbarkeit des verübten Delikts mit der vorgesehenen Funktion sowie seiner Vorbildfunktion als Kader, die der Beschwerdeführer als Kommandant hätte, ist seine Tragbarkeit nicht mehr gegeben. Dass die Vorinstanz ihren Entscheid auf die in Rechtskraft erwachsene Risikoerklärung stützt, ist nicht zu beanstanden und erfolgte zu Recht (vgl. Urteil des BVGer A-1841/2015 vom 29. Juli 2015 E. 5.3). Angesichts der vorliegenden Risikoerklärung und insbesondere der darin enthaltenen Empfehlung, dem Beschwerdeführer keinen Zugang zu geheim klassifizierten Informationen, ebenso klassifiziertem Material und militärischen Anlagen der Schutzzone 3 zu gewähren, und da überdies nicht gewährleistet werden kann, dass er in Zukunft die vorgesehenen Aufgaben eines Kommandanten ohne Risiko für die Eidgenossenschaft ausüben wird, ist es wegen des relativ grossen Beurteilungsspielraums der Vorinstanz nicht zu beanstanden, wenn sie unter Einbezug der Strafe zum Schluss gekommen ist, der Beschwerdeführer sei für die Armee untragbar. Die vorinstanzliche Würdigung der Ausschlusskriterien nach Art. 22 MG ist somit auch im Ergebnis nicht zu beanstanden.

#### **E. 6.1**

Der Beschwerdeführer wendet schliesslich ein, die Vorinstanz habe nach mehrfacher Prüfung seines Falles, insbesondere bei der Prüfung der Verkürzung der Wartezeit für den Grundausbildungsdienst, welche ihm gewährt worden sei, offenbar kein beträchtliches Risiko in ihm erkannt. Die plötzliche und drastische Richtungsänderung stelle seines Erachtens widersprüchliches Behördenverhalten dar und verstosse somit gegen den Grundsatz von Treu und Glauben.

#### **E. 6.2**

Der Beschwerdeführer verkennt vorliegend, dass die Vorinstanz am 28. Januar 2016 die Verkürzung der Wartezeit für den Grundausbildungsdienst ausdrücklich unter dem Vorbehalt "allfälliger weiterer Ereignisse oder dem Ergebnis einer Personensicherheitsprüfung, welche gegen dieses Entgegenkommen sprechen" gewährte. Aus der Personensicherheitsprüfung resultierte schliesslich am 15. September 2017 ein negatives Ergebnis, welches die Vorinstanz veranlasste, das Ausschlussverfahren in die Wege zu leiten. Darin kann weder ein widersprüchliches Verhalten gesehen werden noch verletzt die Vorinstanz damit den Grundsatz von Treu und Glauben. Auch diese Rüge erweist sich somit als unbegründet.

#### **E. 7**

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 (vgl. Urteil des BVGer A-2643/2015 vom 22. Juli 2015 E. 6.2). Wenn die Vorinstanz als Behörde, die mit den Gegebenheiten der Armee

bestens vertraut ist, feststellt, dass aufgrund von 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. 8**

Zu prüfen ist ausserdem, ob der Ausschluss der Armee verhältnismässig ist.

### **E. 8.1**

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/Thurnherr, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Auflage 2016, Rz. 320 ff.).

### **E. 8.2**

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 der Zugang zu geheim klassifizierten Informationen, ebenso klassifiziertem Material und militärischen Anlagen verweigert 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 oder eine Sicherheitserklärung mit Auflagen erlassen wird, die das militärische Führen deutlich erschweren würde. Der Ausschluss ist zudem auch zumutbar: Da der Beschwerdeführer in der Armee bleiben möchte, trifft ihn ein Ausschluss 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. 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. 800.- 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 in gleicher Höhe einbezahlte Kostenvorschuss zu verwenden. Angesichts seines Unterliegens steht dem Beschwerdeführer keine Parteientschädigung zu (Art. 64 Abs. 1 VwVG e contrario). Die Vorinstanz hat als Bundesbehörde ebenfalls keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

**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.