

MKGE 10 Nr. 56

Mkg, 1983-09-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/mkg_MKGE_10_Nr_56

FR: ATMC 10 n° 56

IT: STMC 10 n. 56

Volltext

185 Nr. 56 tig erledigt sei, da sein Verteidiger Kassationsbeschwerde eingereicht ha be. Am 28. Oktober 1981 liess der Kp Kdt Pz Gren F. unter Hinweis auf die Straffolgen wissen, dass der Marschbefehl für den WK 1981 gleichwohl Gültigkeit habe. Am 30. Oktober 1981 schrieb Pz Gren F. seinem Kp Kdt, um nicht in Konflikt mit seinen höchsten Lebensprinzipien zu geraten, werde er keinem weiteren Aufgebot Folge leisten. Am 12. November 1981 dispensierte das Bundesamt für Mechanisierte und Leichte Truppen Pz Gren F. nachtraglich vom WK 1981 mit der Begründung: «Dienstverweigerung aus Gewissensgründen. Hangiges Gerichtsverfahren WK 1980». Am 19. Februar 1982 zog der private Verteidiger von Pz Gren F. die gegen das entsprechende Urteil des Militarappellationsgerichts 2A vom 20. August 1981 erhobene Kassationsbeschwerde zurück, so dass dieses in Rechtskraft erwuchs. B.- Am 11. November 1982 sprach das Divisionsgericht 11 Pz Gren F. von der Anklage der Dienstverweigerung im Zusammenhang mit dem WK 1981 frei, verurteilte ihn jedoch wegen fortgesetzter Dienstverweigerung im Sinne von Art. 81 Ziff. 1 Abs. 1 MStG bezüglich der Nachinspektionen und Nachschliesskurse der Jahre 1980 und 1981 zu zwei Monaten Gefängnis, teilweise als Zusatzstrafe zum Urteil des Militarappellationsgerichts 2A vom 20. August 1981, sowie zum Ausschluss aus der Armee. Ausserdem widerrief es den im Urteil vom 20. August 1981 gewährten bedingten Strafvollzug. Auf die Appellationen des Auditors und des Verteidigers hin bestätigte das Militarappellationsgericht 2A am 8. März 1983 das angefochtene Urteil. C.- Der Auditor führt Kassationsbeschwerde mit Antrag, das Urteil des Militarappellationsgerichts 2A vom 8. März 1983 sei aufzuheben und die Sache zur vollumfänglichen Schuldigsprechung des Angeklagten an die Vorinstanz zurückzuweisen. Der private Verteidiger trägt auf Abweisung der Kassationsbeschwerde an. Aus den Erwiigungen: 1.- Die Vorinstanz gelangte zum Schluss, das Aufgebot zum WK 1981 sei infolge eines schwerwiegenden Rechtsmangels nichtig und damit für den Angeklagten unverbindlich. Damit verstösst sie nach Auffassung des Beschwerdeführers gegen das Gesetz im Sinne von Art. 185 Abs. 1 Bst. d MStP. Dieser raumt zwar ein, das betreffende Aufgebot sei fehlerhaft. Indessen ist er der Meinung, der Mangel habe lediglich die Anfechtbarkeit des Verwaltungsaktes zur Folge. Mangels einer Anfechtung müsse die Rechtsbeständigkeit des Aufgebots bejaht werden. 2.- Die Vermutung spricht in der Tat für die Gültigkeit eines Verwaltungsaktes. Sie liegt im Interesse an einer funktionstüchtigen und reibungslosen Verwaltung. Nichtigkeit ist daher nur ausnahmsweise bei besonders schwerwiegenden Mängeln eines Verwaltungsaktes anzunehmen. Die

Nr. 56 186 Grenzziehung zwischen der blossen Anfechtbarkeit und der Nichtigkeit erfolgt denn auch nicht nach rein begrifflichen Gesichtspunkten, vielmehr gestützt auf ein wertendes Abwägen der mit den unterschiedlichen Rechtsfolgen bei Anfechtbarkeit und Nichtigkeit verbundenen Interessen. Nichtigkeit tritt regelmässig nur ein, wenn

kumulativ drei Voraussetzungen erfüllt sind: Wenn der Mangel des Verwaltungsaktes besonders ins Gewicht fällt, wenn er offenkundig oder leicht erkennbar ist und wenn die Rechtssicherheit nicht in untragbarer Weise beeinträchtigt wird (MKGE 9 Nr. 135 mit weiteren Verweisen, bestätigt in MKGE 10 Nr. 2). In der Rechtsprechung wurden als Nichtigkeitsgründe in der Regel nur besonders schwerwiegende Zuständigkeits-, Verfahrens- und Formfehler anerkannt, inhaltliche Mängel des Verwaltungsaktes nur in seltenen Ausnahmefällen (MKGE 9 Nr. 135 mit zahlreichen Hinweisen und neuestens das Bundesgericht in BGE 108 II 460 ff. E.2 und 3 mit weiteren Hinweisen, sowie BGE 104 Ia 176 f; grundsätzlich zur Überprüfung von Verwaltungsverfügungen durch den Militärstrafrichter MKGE 9 Nr. 80). Danach der Vorinstanz war zur Zeit des Aufgebots von Pz Gren F. zum WK 1981 e in Militärstrafverfahren wegen Dienstverweigerung hängig, wo bei sich die Frage der Gewissensnot stellte. Für diesen Fall sieht Art. 4 der Verfügung des EMD über die Erfüllung der Instruktionsdienstpflicht vom 4. September 1965 vor, dass erst nach Abschluss eines militärgerichtlichen Verfahrens und unter Umständen nach der Verbüssung einer allfälligen Freiheitsstrafe erneut zu einem Instruktionsdienst aufgeboten werden darf. Und diese Vorschrift ist für die zuständigen Truppenkommandanten auch in Ziffer 40 des Reglements 51.23 «Ausbildung und Organisation in Truppenkursen (AOT)» festgehalten worden. Die Vorschrift stützt sich auf Art. 42 Abs. 3 der bundesrätlichen Verordnung über die Erfüllung der Instruktionspflicht vom 2. Dezember 1963, zu deren Erlass der Bundesrat in Art. 147 Abs. 1 und Art. 160 der Militärorganisation ermächtigt worden ist. Das entgegen Art. 4 der Verfügung des EMD vom 4. September 1965 und Ziff. 40 AOT erlassene Aufgebot ist somit mit einem inhaltlichen Mangel behaftet, weil eindeutig gesetzwidrig. a) Nun stimmen die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 98 IV 107; 267; 95 IV 175) und die herrschende Meinung der Lehre (Roos, Die Ungehorsamsstrafe des Art. 292 StGB, ZBJV 1943, 496 ff; Imboden, Strafrechtliche Verwaltungskontrolle, ZStr R 1959, 139 ff; Stratenwerth, Strafrecht Besonderer Teil II, 1978, 295 f gegenüber der grösseren Zurückhaltung von Gygi, Zur strafrichterlichen Überprüfung von Verwaltungsverfügungen, ZStrR 1977, FG Schultz, 399 ff) darin überein, Verwaltungsverfügungen mit inhaltlichem Mangel, selbst wenn sie in der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterliegen, diese aber vom Richter nicht vorgenommen worden ist, den Schutz des Strafrichters jedenfalls dann zu versagen,

187 Nr. 56 wenn sie offensichtlich gegen das Gesetz verstossen. Diese Auffassung findet ihre Rechtfertigung im rechtsstaatlichen Grundsatz der Rechtmässigkeit der Verwaltung. Es ist in der Tat unerträglich, offensichtlich rechtswidrige Verwaltungsverfügungen strafrechtlich abzusichern. Und diese Feststellung gilt auch für den Militärstrafrichter. Zwar muss er bei seinen Entscheidungen auch die Bedürfnisse der Armee im Auge behalten, die an der strikten Befolgung von Aufgeboten und Befehlen zweifellos ein hervorragendes Interesse hat. Gerade dieses Interesse verlangt aber auch auf Seiten der zuständigen militärischen Amts- und Dienststellen, dass sie sich bei ihren Anordnungen streng an das Gesetz halten. Mit dem richterlichen Schutz offensichtlich gesetzwidriger Anordnungen würde der Disziplin in der Armee ein schlechter Dienst erwiesen (so Comtesse, Kommentar N. 2 zu Art. 18 und N. 1 zu Art. 61 MStG und Hauri, Kommentar N. 2 der Vorbemerkungen zu Art. 61-65 MStG). Tatsächlich hängt der Gehorsam als Teil der militärischen Ordnung nicht nur allein vom Untergebenen ab, sondern ebenso von seinem Vorgesetzten. Diesem kann keineswegs die Befugnis zukommen, durch seinen rechtswidrigen Verwaltungsakt die Rangordnung von Gesetz und Verfügung umzukehren.

Zudem ist nicht schon der Ungehorsam gegen eine behördliche Anordnung als solche, vielmehr der darin zum Ausdruck kommende Verstoß gegen den Willen des Gesetzes strafwürdig. Einen solchen Willen des demokratisch legitimierten Gesetzes gilt es aber bei einer offensichtlich gesetzeswidrigen Verfügung nicht strafrechtlich abzusichern (Anders MKGE 9 Nr. 38 und Hauri, Kommentar N. 68 zu Art. 81 MStG). Gegen eine solche Betrachtungsweise kann nicht auf die ständige Rechtsprechung des Militärkassationsgerichts verwiesen werden, wonach bei nachträglich festgestellter Militärdienstuntauglichkeit mit Rücksicht auf die früheren und an einem inhaltlichen Mangelleidenden Aufgebote nicht von absoluter Nichtigkeit, sondern von blosser Anfechtbarkeit auszugehen ist (MKGE 9 Nr. 135 mit weiteren Hinweisen und Bestätigung in MKGE I Nr. 2). Bei nachträglich festgestellter Dienstuntauglichkeit gilt es einmal abgesehen von der Frage der Erkennbarkeit des inhaltlichen Mangels und dem entsprechenden Bedürfnis nach Rechtssicherheit – gerade auch festzuhalten, dass die früheren Aufgebote und insbesondere die Aushebung auf einem besondern Verfahren beruhen, das die Frage der Diensttauglichkeit eigens zu überprüfen hatte und ohne Verstoß gegen die entsprechenden Verfahrensvorschriften durchgeführt wurde, so dass auch das Ergebnis dieses Verfahrens, nämlich die Diensttauglichkeitserklärung nicht als offensichtlich rechtswidrig bezeichnet werden kann, auch wenn sie sich nachträglich als falsch erweist. b) Ob die Erkennbarkeit der Rechtswidrigkeit eines Aufgebots entgegen Art. 4 der Verfügung des EMD über die Erfüllung der Instruktionsdienstpflicht vom 4. September 1965 schon allein deshalb als leicht zu bezeichnen ist für den aufbietenden Truppenkommandanten, weil diese

Nr. 56, 57 188 Vorschrift in Ziff. 40 AOT wiederholt wird, für den Fall, dass sich diese Erkennbarkeit auch auf das leichte Auffinden einer Norm in einer Grosszahl von Verwaltungsvorschriften beziehen und nicht nur auf die Tatsache der Rechtswidrigkeit als solche erstrecken sollte, kann im vorliegenden Fall dahingestellt bleiben. Pz Gren F. hat seinen Kommandanten in einem Schreiben vom 24. Oktober 1981 noch eigens darauf aufmerksam gemacht, dass das gegen ihn hangige Militärgerichtsverfahren wegen Dienstverweigerung noch nicht rechtskräftig abgeschlossen worden sei. Dieser Umstand hatte den aufbietenden Kommandanten veranlassen müssen, sich über die Zulässigkeit eines neuen Aufgebots näher ins Bild zu setzen, wobei er dann ohne weiteres selber oder mit rechtskundiger Hilfe auf die erwähnte Vorschrift des EMD gestossen wäre. e) Schliesslich kann im Zusammenhang mit einem offensichtlich rechtswidrigen Aufgebot auch kein besonderes Interesse an der Rechtssicherheit auf Seiten des Staates geltend gemacht werden. Aus all diesen Gründen erweist sich die Kassationsbeschwerde des Auditors als unbegründet. Sie ist abzuweisen. (9. September 1983, Aud e. MAG 2A und F.) 57. Zustellung der Urteilsausfertigung (Art. 154 MStP) Beginn der Rekursfrist (Art. 197 MStP) Wenn das für den Verurteilten bestimmte Urteilsexemplar vorschriftsgemäss seinem Verteidiger zugestellt wird, so fängt die Rekursfrist mit dieser Zustellung zu laufen an (Erw. 1). Wird ausnahmsweise die Polizei mit der Zustellung des schriftlichen Urteils in entsprechender Anwendung von Art. 51 Abs. 2 und Art. 78 MStP beauftragt, so löst dies, ohne Vorbehalt bezüglich einer früheren Zustellung, nach Treu und Glauben eine neue Rechtsmittelfrist aus (Erw. 2). Notification des expéditions du jugement (art. 154 PPM) Point de départ du délai de recours (art. 197 PPM) Lorsque l'expédition du jugement destinée au condamné est notifiée, conformément à la loi, à son défenseur, le délai de recours commence à courir de cette notification (cons. 1). Lorsque, exceptionnellement, l'expédition du jugement est notifiée par la police, en application analogique des art. 51, 2e

al. et art. 78 PPM, cette notification fait courir, en toute bonne foi, un nouveau délai de recours, sans égard à une précédente notification (cons. 2).

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