

MKGE 10 Nr. 91

Mkg, 1985-11-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/mkg_MKGE_10_Nr_91

FR: ATMC 10 n° 91

IT: STMC 10 n. 91

Erwägungen

E. 2

Der Angeklagte macht geltend, er sei unrechtmässig zur Leistung von Dienst mit der Waffe einberufen worden und demzufolge vom Vorwurf der Dienstverweigerung freizusprechen. Es trifft zu, dass das Gesuch des Angeklagten um waffenlosen Militärdienst von der Beschwerdekommision des EMD abgewiesen wurde und der Vorsteher des EMD sich dieser Entscheidung angeschlossen hat. Bei dieser Sachlage kann offenbleiben, ob die Verordnung des Bundesrates über den waffenlosen Militärdienst aus Gewissensgründen vom 24. Juni 1981 unter gewissen Voraussetzungen einen Rechtsanspruch einräumt und ob sie deswegen mit Gesetz und Verfassung im Einklang stehe. Hingegen stellt sich hier die Frage nach dem Umfang der vorfrageweisen Prüfung eines Verwaltungsaktes durch den Strafrichter. Nach Auffassung des Angeklagten hat das MKG die Entscheidung des EMD einer freien Rechtsprüfung zu unterziehen; das müsse zur Gutheissung der Beschwerde führen, weil beide Vorinstanzen im Gegensatz zur Beschwerdekommision des EMD zur Auffassung gelangt seien, der Angeklagte komme durch das Tragen einer Waffe in schwere Gewissensnot.

E. 3

Es ist nicht bestritten, dass die Verfügung der Beschwerdekommision EMD in der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle entzogen ist. Derartige Verfügungen unterliegen nach der mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung übereinstimmenden Praxis des MKG der freien Überprüfung auf ihre formelle und materielle Rechtmässigkeit durch den Strafrichter; ausgenommen davon ist einzig die Ermessenskontrolle (MKGE 9 Nr. 135 E. Ia). Ermessensbetätigung wird unrechtmässig erst, wo die Grenzen pflichtgemässen Ermessens nicht mehr eingehalten sind, also eine Ermessensüberschreitung oder ein Ermessensmissbrauch vorliegt. Die verwaltungsgerichtliche Überprüfung der in Anwendung vom Bundesrecht erlassenen Verfügungen ist im Bereich des Ermessens deshalb seit jeher auf Ermessensüberschreitung und -missbrauch eingeschränkt, die allein Rechtsverletzungen darstellen. Die Kognition des Strafrichters, der verwaltungsgerichtlicher Kontrolle entzogene Verfügungen vorfrageweise auf ihre Rechtmässigkeit prüft, kann also nicht weiter reichen als jene des Verwaltungsrichters über den Fall, dass er diese Prüfung hauptfrageweise selber vornehmen könnte. Ermessenskontrolle ist mit Angemessenheitsprüfung nicht gleichzusetzen (vgl. Art. 104 OG). Deshalb folgt nicht bereits aus dem Ausschluss der Angemessenheitsprüfung auch der Ausschluss der Ermessenskontrolle (BGE 104 IV 25 Erwägung E. 2 sowie 100 IV 68 Erwägung E. 2a mit Hinweisen).

303 Nr. 91 Entgegen der Ansicht des Angeklagten ist somit die freie Überprüfung der Verwaltungsverfügung, die einer verwaltungsgerichtlichen Kontrolle entzogen ist, auf Ermessensüberschreitung und -missbrauch eingeschränkt. a) Ermessensüberschreitung liegt

vor, wenn die Behörde Ermessens wal- ten lasst, wo das Gesetz ihr keines einräumt, oder wo sie statt zweier zulassi- gen Lösungen eine dritte wählt (BGE 98 I 131 E. 2 und 97 I 583 E. 3 mit Hin- weisen). Ein Gesuch um Bewilligung waffenlosen Militärdienstes kann nur entweder gutgeheissen oder abgewiesen werden. Ob der Gesuchsteller sich seiner Beteuerung entsprechend in einer schweren Gewissensnot befindet, ist aufgrund der vorhandenen Informationen über sein Vorleben und seine Lebenshaltung sowie des von ihm gewonnenen persönlichen Eindrucks zu entscheiden, stellt also Beweiswürdigung dar (MKGE 9 N r. 81 E.2 und 95), welche einen weiten Spielraum des Ermessens öffnet (BGE 101 Ia 306 E. 5 mit Hinweisen). Es fehlte demnach bereits an der Möglichkeit, dass der Aushebungsoffizier durch die Zuweisung des Angeklagten zu den waffen- tragenden mechanisierten und leichten Truppen oder das EMD durch Abweisung d er gegen di ese V erfügung geführten Beschwerde ihr Ermessen überhaupt hatte überschreiten können. b) Ermessensmissbrauch ist gegeben, wenn di e Behörde im Rahmen des ihr eingeräumten Ermessens bleibt, sich aber von unsachlichen, dem Zweck der massgebenden Vorschriften fremden Erwägungen leiten lasst und/oder allgemeine Rechtsprinzipien, wie das Verbot der Willkür und rechtsunglei- chen Behandlung, das Gebot von Treue und Glauben oder den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzt (BGE 98 V 131 E. 2 und 97 I 583 E. 3 mit Hinweisen). Di e Beschwerdekommision des EMD, die de n Angeklagten am 26. August 1983 angehört hatte, kam aufgrund ihres Eindrucks zum Schluss, ein Gewissenskonflikt ergabe si eh beim Angeklagten zweifellos auf intellek- tueller Ebene als Spannung zwischen de m geforderten Dienst als Solda t un d de r religiösen Lehre. Trotz intensiver Befragung könne jedoch ke ine eigent- liche Gewissensnot festgestellt werden, alles bleibe zu sehr im Theoreti- schen. Es müsse deshalb angenommen werden, dass der Antrag mehr aus dem religiösen Umfeld und der in der Gemeinde allgemein vertretenen Lehre komme un d d em Angeklagten nicht innerstes Anliegen sei. J edenfalls sei e ine emotionelle Betroffenheit ni eh t spürbar. Aus diesem Grund müsse der Gewissensnot die erforderliche Schwere abgesprochen werden. Damit hat die Beschwerdekommision EMD ihr Ermessen nicht miss- braucht und sich insbesondere nicht von unsachlichen, dem Zweck der Ver- ordnung fremden Erwägungen leiten lassen. Wenn sie an das Vorliegen der schweren Gewissensnot ähnlich strenge Kriterien setzte, wie der Militar- richter für die Annahme der Privilegierung gemäss Art. 81 Ziff. 2 MStG zu legen hat, ist sie angesichts der identischen Voraussetzungen dieser Bestim- mung und Art. 1 der Verordnung über den waffenlosen Militärdienst von

Nr. 91 304 einer sachgemässen Überlegung ausgegangen. Wenn sie ausserdem in erheblichem Masse auf den vom Angeklagten während der Befragung vom 26. August 1984 gewonnenen persönlichen Eindruck abstellte, bewegte sie sich in dem von der konstanten und langjährigen Praxis der Militärgerichte abgesteckten Rahmen. Sie durfte in ihre Überlegungen auch den Umstand einbeziehen, dass die Mennonitengemeinde den Dienst mit der Waffe an sich gestatten würde (Beschwerde des Angeklagten vom 30. April 1983 an die Beschwerdekommision EMD, act. 18). Die vom Angeklagten aufge- legten Berichte schliesslich lassen den Antrag in der Beschwerdekommis- sion und den gestützt darauf erlassenen ablehnenden Entscheid des EMD ebenfalls nicht als unsachlich erscheinen: Die Bescheinigung des Präsiden- ten und des Gemeindeältesten der alt evangelischen taufgesinnten Gemeinde B. (Mennoniten) vom 11. April 1983 enthält bloss den Hinweis darauf, dass das Begehren des Angeklagten um Leistung von waffenlosem Militärdienst dessen religiöser Überzeugung entspreche. Sein Va t er- eben- falls Mitglied d er Mennonitengemeinde-weist in sein em Schreiben vom 23. April 1983 darauf hin, dass

diese Gemeinschaft der Auffassung sei, ihr persönlicher, christlicher Glaube erlaube es nicht, Menschen zu toten. M., Spitaldirektor, bescheinigt, dass der Angeklagte Schwierigkeiten habe, eine Waffe zu übernehmen. Er sei in keiner Art und Weise ein Drückeberger, aber seine ethischen und religiösen Auffassungen verboten ihm dies. Einzig G., Mitglied der Bibelgruppe der Mennoniten, bezeugt in seinem Schreiben vom 24. April 1983 - allerdings ohne nähere Begründung - eine unüberwindbare Gewissensnot, in die W. durch das Tragen einer Waffe käme. Insgesamt vermitteln die genannten Berichte sowie das Leumundszeugnis und das Lehrzeugnis vom Angeklagten das Bild eines charakterlich einwandfreien und beruflich ausgezeichneten Mannes, der aus seiner religiösen Überzeugung heraus keine Waffe tragen mochte. Der Aushebungsoffizier wie auch das EMD liessen sich indessen nicht von unsachlichen Erwägungen leiten, wenn sie daraus nicht auch die geforderte schwere Gewissensnot ableiteten. Aus der unterschiedlichen Beurteilung einer und derselben Frage durch die Militärgerichte und die Verwaltungsbehörden, indem jene einen seelischen Notstand bejaht, diese ihn aber verneint haben, kann der Angeklagte nach dem Gesagten nichts zu seinen Gunsten ableiten, denn die Militärgerichte verfügten über umfassendere Beurteilungsgrundlagen als die Verwaltungsbehörden. Stellt aber der Entscheid des EMD vom 30. November 1983 keine Rechtsverletzung dar, dann setzte das Militärappellationsgericht auch keinen Kassationsgrund, wenn es den Angeklagten der Dienstverweigerung im Sinne von Art. 81 Ziff. 2 MStG schuldig sprach. Die Kassationsbeschwerde des Angeklagten muss mithin abgewiesen werden.

E. 4

Der Auditor rügt in seiner Kassationsbeschwerde, dass das Militärappellationsgericht den Art. 32 MStG dadurch verletzt habe, dass es dem Angeklagten den bedingten Strafvollzug gewährte.

305 Nr. 91 Die objektiven Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges sind unbestrittenermassen erfüllt: Der Angeklagte musste noch nie eine Freiheitsstrafe verbüssen. In subjektiver Beziehung ist der bedingte Strafvollzug nur möglich, wenn Vorleben und Charakter des Verurteilten erwarten lassen, er werde dadurch von weiteren Verbrechen oder Vergehen abgehalten. Diese Erwartung rechtfertigt sich nur dann, wenn angenommen werden darf, der Verurteilte sei bezüglich seiner strafbaren Handlung zu einer inneren Umkehr gelangt und er werde in Zukunft auch bei Aussprechung einer blossen Warnstrafe aller Voraussicht nach die gesamte strafrechtlich sanktionierte Rechtsordnung befolgen. Dies setzt bei einem Dienstverweigerer u.a. voraus, dass er sich künftighin zur Leistung von Militärdienst bereitfindet. Das Militärappellationsgericht gibt diese Grundsätze in seinem Urteil an sich durchaus zutreffend wieder. Es folgert aber in bezug auf den Angeklagten, diese sei auch in Zukunft bereit, Dienst zu leisten. Zwar räumt die Vorinstanz ein, dass er dies auch weiterhin nur ohne Waffe tun will, und dass diesbezüglich beim Angeklagten keine innere Wandlung eingetreten ist. Trotzdem glaubt sie, eine gute Prognose stellen zu können. Das Militärappellationsgericht stellt für die gute Prognose im wesentlichen darauf ab, das EMD werde auf seinen seinerzeitigen Ablehnungsentscheid zurückkommen und dem Angeklagten gestatten, ohne Waffe Dienst zu leisten, nachdem nunmehr im Gerichtsverfahren das Vorliegen einer schweren Gewissensnot anerkannt worden sei. Ob das EMD wirklich auf seinen Entscheid zurückkommt, kann indessen offenbleiben. Desgleichen ist auch jetzt nicht zu prüfen, ob wie das die Vorinstanz annimmt - dem

Angeklagten aufgrund der Verordnung über den waffenlosen Dienst in eigentlicher Rechtsanspruch zustehe. Selbst wenn ein solcher Rechtsanspruch zu bejahen wäre und das EMD den Angeklagten wirklich zum waffenlosen Militärdienst umteilte, vermochte das nämlich entgegen der Ansicht des Militärappellationsgerichts nichts daran zu ändern, dass der Angeklagte auch dann lediglich durch einen aussern Umstand, also nicht aufgrund innerer Wandlung, nicht mehr in die Lage käme, den Dienst mit Waffe zu verweigern. Nach ständiger Rechtsprechung des Militärkassationsgerichts, die im Entscheid vom 13. März 1985 i.S. L. Erwägung 3, erneut bestätigt wurde, ist eine ganzheitliche Prognose zu stellen, also eine solche, die sich auf sämtliche durch Strafrechtsnormen sanktionierte Verhaltensgebote erstreckt. Eine derartige Prognose hat nun das Militärappellationsgericht nicht gestellt, hat es doch den militärischen Bereich teilweise davon ausgenommen. Damit hat die Vorinstanz den Art. 32 MStG verletzt, und die Kassationsbeschwerde des Auditors ist demzufolge gutzuheissen. Die Sache ist an das Militärappellationsgericht 2A zurückzuweisen, auf dass es dem Angeklagten den bedingten Strafvollzug verweigere.

Nr. 91, 92 306

E. 5

Der Auditor macht in seiner Kassationsbeschwerde ferner geltend, dem Angeklagten hinsichtlich der gesamten Verfahrenskosten auch vor der zweiten Instanz auferlegt werden sollen. Auf seinen diesbezüglichen Antrag kann indessen im Rahmen der Kassationsbeschwerde nicht eingetreten werden. Hingegen rechtfertigt es sich, das Begehren als Kostenrekurs zu behandeln (vgl. den Entscheid des MKG vom 13. Juni 1985 i.S. Sch., Erwägung C2). Weil das MKG sämtliche Beurteilungselemente kennt, kann es selber in dieser Frage entscheiden (vgl. Art. 198 MStP). Das Militärappellationsgericht hatte dem Angeklagten die erstinstanzlichen Verfahrenskosten sowie ein Drittel der zweitinstanzlichen Verfahrenskosten auferlegt. Nachdem aber der Angeklagte in der Frage des bedingten Strafvollzuges unterlegen ist, sind die zweitinstanzlichen Kosten anders zu verteilen. Das Militärkassationsgericht hält dafür, dass der Angeklagte zwei Drittel und der Bund ein Drittel der zweitinstanzlichen Kosten zu tragen hat.

E. 6

Was die Kosten des Verfahrens vor dem Militärkassationsgericht anbetrifft, so rechtfertigt es sich, diese dem Angeklagten aufzuerlegen, da seine Beschwerde abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann (vgl. Art. 193 MStP). (27. November 1985, W. e. MAG 2A) 92. Dienstverweigerung, bedingter Strafvollzug, waffenloser Militärdienst (Art. 81 Ziff. 2, Art. 32 Ziff. 1 Abs. 1 MStG) Zur Gewährung des bedingten Strafvollzugs bedarf es einer ganzheitlich guten Prognose im Sinne des Wandels der Einstellung und der subjektiven Einsicht in den Unrechtsgehalt. Ob ein Rechtsanspruch auf waffenlosen Militärdienst besteht, kann offen bleiben. Refus de servir, octroi du sursis, service militaire sans arme (art. 81, eh. 2, art. 32, eh. 1, l. er al. CPM) L'octroi du sursis présuppose un pronostic d'amendement favorable portant sur tous les domaines de la légalité et exige un revirement intérieur et une prise de conscience de la faute commise. La question de savoir si l'accusé a un droit subjectif à effectuer un service militaire sans arme peut rester ouverte. Riluto del servizio, concessione della sospensione condizionale, servizio militare non armato (art. 81 efr. 2, art. 32 efr. 1 epv. 1 CPM) La concessione della sospensione condizionale della pena presuppone una prognosi favorevole per quanto concerne il sincero ravvedimento e la presa di coscienza del reato nella sua totalità. La questione a sapere se

esiste un diritto legale a prestare servizio militare noo armato puo restare aperta.

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