

MKGE 13 Nr. 25

Mkg, 2010-12-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/mkg_MKGE_13_Nr_25

FR: ATMC 13 n° 25

IT: STMC 13 n. 25

Erwägungen

E. 1.1

Die Kassationsbeschwerde ist zulässig gegen Urteile der Militärappellationsgerichte (Art. 184 Abs. 1 lit. a MStP). Auf die fristgerecht angemeldete und begründete (Art. 186 Abs. 2 sowie Art. 187 Abs. 1 MStP), den Formerfordernissen entsprechende Beschwerde des zur Ergreifung dieses Rechtsmittels legitimierten Auditors (Art. 186 Abs. 1 MStP) ist – unter Vorbehalt des so gleich Ausgeführten – einzutreten.

Die Kassationsbeschwerde ist grundsätzlich rein kassatorischer Natur (vgl. Art. 190 und Art. 191 Abs. 1 MStP; MKGE 13 Nr. 1 E. 1a; MOSER, in: Wehrenberg et al., Kommentar zum Militärstrafprozess, Zürich 2008, Vorbem. zu Art. 184-194 N. 13, mit weiteren Hinweisen in Fn. 21). Soweit der Auditor mehr beantragt als die blosser Aufhebung des angefochtenen Urteils und dessen Rückweisung an die Vorinstanz zur Neuurteilung, sind seine Rechtsbegehren unzulässig.

E. 1.2

Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet – wie zuvor im angefochtenen Urteil des Militärappellationsgerichts 2 bezüglich der nur auf diesen Punkt beschränkten Appellation des Auditors – einzig der Anklagepunkt der Militärdienstverweigerung bzw. des Militärdienstversäumnisses. Die Verurteilung wegen Nichtbefolgen von Dienstvorschriften bzw. Verletzung der Meldepflichten ist in Rechtskraft erwachsen.

E. 2

Der Auditor rügt eine falsche Anwendung des Grundsatzes in dubio pro reo. Die Vorinstanz habe aus sich widersprechenden Beweismitteln automatisch den für den Angeklagten günstigeren Schluss gezogen. Die Vorinstanz setze die Anforderungen an die Beweisführung so hoch an, dass faktisch absolute Gewissheit für die Zustellung des Aufgebots verlangt werde. Beim vorliegenden Beweisergebnis bestünden lediglich theoretische und damit nicht massgebliche Zweifel daran, dass der Angeklagte tatsächlich Kenntnis vom Aufgebot in die Inf RS 11-1/2008 erhalten habe.

E. 2.1

Der Tatbestand von Art. 81 Abs. 1 lit. b MStG setzt wie jener von Art. 82 Abs. 1 lit. b MStG ein gültiges Aufgebot voraus. Dieses muss erlassen und dem Adressaten mitgeteilt werden (vgl. PETER POPP, Kommentar zum Militärstrafgesetz, Besonderer Teil, St. Gallen 1992, Art. 81a N. 9 f.). Rechtlich ist keine Schriftlichkeit erforderlich; je nach Art der Dienstleistung können auch ein mündliches Aufgebot, ein öffentlicher Anschlag oder andere geeignete Übermittlungsarten wie Radio, Telegramm und anderes mehr genügen (Art. 17 ff. der Verordnung vom 19. November 2003 über die Militärdienstpflicht [MDV; SR 512.21]; MKGE 10 Nr. 33 E. 1). Zu den Ausbildungsdiensten wird durch öffentliches

militärisches Aufgebot, durch persönlichen Marschbefehl oder durch besonderes Aufgebot aufgegeben (Art. 17 MDV). Im vorliegenden Fall ist allerdings einzig zu prüfen, ob dem Angeklagten der persönliche Marschbefehl und allenfalls das Begrüssungsschreiben des Kdt der Inf RS zugestellt worden ist. Wohl war die Inf RS 11-1 2008 auch auf dem militärischen Aufgebotstableau aufgeführt. Im Unterschied zu den Fort- bildungsdiensten der Truppe besteht für die RS jedoch keine feste

5/8

Einteilung. Der Angeklagte konnte und musste sich anhand des Aufgebotstableaus daher nicht informieren. Als Aufgebotsmittel kam im vorliegenden Fall einzig ein persönliches Aufgebot in Frage.

E. 2.2

Der Marschbefehl gelangt nach konstanter Rechtsprechung des Militär- kassationsgerichts durch Einwurf in den Briefkasten des Empfängers in dessen persönlichen Einflussbereich (MKGE 11 Nr. 34). Eine Ausnahme gilt, wenn sich der Empfänger, insbesondere zufolge unregelter Meldeverhält- nisse, in die Unmöglichkeit begibt, ein Aufgebot, mit dem er rechnen muss, tatsächlich zu erhalten (MKGE 10 Nr. 33 E. 1, Nr. 88 E. 2; 11 Nr. 34 E. 2). Diesfalls gilt er als aufgegeben, auch wenn das Aufgebot nicht in seinen Einflussbereich gelangt ist. Die Kenntnisnahme durch den Aufgeborenen ist dabei nicht notwendig. Ein rechtsgültiges Aufgebot liegt bereits vor, wenn es ordnungsgemäss mitgeteilt wird, mag es den Adressaten erreichen oder nicht (so ausdrücklich MKGE 10 Nr. 33 E. 1). Diese Rechtsprechung ent- spricht dem schweizerischen Verwaltungsrecht, das bestimmte Rechtswir- kungen nicht erst mit der Kenntnisnahme durch den Adressaten, sondern schon im Zeitpunkt der ordnungsgemässen Zustellung eintreten lässt (vgl. etwa BGE 122 I 139 E. 1 S. 143; 115 Ia 12 E. 3b S. 17; 113 Ib 296 E. 2a S. 297 f.; RHINOW/KRÄHENMANN, Schweiz. Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel 1990, Nr. 84 B. I a).

E. 2.3

Der Angeklagte machte in den Verfahren vor Militär- und Militärappellations- gericht geltend, weder das Aufgebot noch den Begrüssungsbrief des Kdt der Inf RS erhalten zu haben. Zu prüfen ist, ob das Militärappellationsgericht in Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse ohne Rechtsverletzung zum Er- gebnis kommen durfte, es lägen unüberwindbare Zweifel daran vor, dass diese Dokumente tatsächlich in den Einflussbereich des Angeklagten, d.h. in seinen Briefkasten, gelangt seien, und es aus diesem Grund an einem gülti- gen Aufgebot gefehlt habe.

E. 2.3.1

Es obliegt der Behörde, den Nachweis der Zustellung zu erbringen. Sie hat gegebenenfalls die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen. Diese Beweisregel greift nach der Rechtsprechung des Bundes- gerichts jedoch erst Platz, wenn es sich als unmöglich erweist, im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes auf Grund einer Beweis- würdigung einen Sachverhalt zu ermitteln, der zumindest die Wahrscheinlichkeit für sich hat, der Wirklichkeit zu entsprechen (vgl. BGE 117 V 261 E. 3b S. 263 f.; Urteil des EVG K 78/03 vom 1. Juni 2004 E. 3). Beim Versand von Aufgeboten handelt es sich um ein Massengeschäft. Für solche lässt das Bundesgericht das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit genügen. Dies gilt beispiels- weise für den Versand wesentlicher neuer statutarischer oder reglementarischer Bestimmungen, die mitteilungsbedürftig und für die

versicherte Person grundsätzlich erst ab gehöriger Bekanntgabe verbindlich sind, vorausgesetzt, dass eine Verteilliste über den Versand geführt wird (Urteil des EVG K 78/03 vom 1. Juni 2004). Dies gilt auch für die Zustellung einer Abholungseinladung durch die Post. Sofern nicht besondere Umstände für eine Pflichtwidrigkeit des

6/8

Postbeamten sprechen, wird von der natürlichen Vermutung ausgegangen, dass die Abholungseinladung in den Briefkasten des Adressaten gelangt ist. Für die Widerlegung der Vermutung genügt ebenfalls der Nachweis einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit von Fehlern bei der Zustellung (Urteil des BGer 2C_38/2009 vom 5. Juni 2009 E. 4.1). Schliesslich gilt der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit auch bezüglich Tatsachen, die für die Zustellung von Kassenverfügungen massgeblich sind. Anders verhält es sich bei Verfügungen, die in der Regel mit eingeschriebenem Brief zu eröffnen sind. Nach der Rechtsprechung vermag die Verwaltung den Wahrscheinlichkeitsbeweis für die Zustellung einer Verfügung nicht durch den blossen Hinweis auf den üblichen administrativen Ablauf zu erbringen (BGE 121 V 5 E. 3b S. 6 f.). Ebenso ist einzuräumen, dass Postsendungen vereinzelt nicht ankommen. Wird beispielsweise für den Nachweis des Zustellungsdatums einer nicht eingeschriebenen Sendung nur auf eine aus einer Wahrscheinlichkeitsüberlegung fliessende Fiktion abgestellt, so verfällt das Gericht in Willkür (Urteil des BGer 2P.54/2000 vom 5. Juli 2000 E. 2c). Nach einer zweimaligen Übermittlung einer eingeschriebenen Sendung darf aber ohne Willkür von der natürlichen Vermutung ausgegangen werden, dass der Postbeamte wenigstens eine der beiden Abholungs- einladungen in den richtigen Briefkasten gelegt hat (Urteil des BGer 2A.234/2001 vom 15. Februar 2002 E. 2.2). Analoges gilt im Falle einer Zweitzustellung mit gewöhnlicher (A-)Post (Urteil des BGer 2A.429/2002 vom 8. Oktober 2002 E. 2).

E. 2.3.2

Für den persönlichen Marschbefehl schreiben die einschlägigen Bestimmungen keine bestimmte Zustellform vor. Es findet sich lediglich der Hinweis, wonach der Marschbefehl den Angehörigen der Armee in der Regel spätestens sechs Wochen vor Beginn des Dienstes "per Post zugestellt" wird (Art. 19 Abs. 1 MDV). Eine Zustellung auf dem Weg der eingeschriebenen Postsendung (wie etwa in Art. 85 Abs. 2 StPO oder Art. 138 Abs. 1 ZPO vorgesehen) wird nicht verlangt. Bei der Zustellung persönlicher Marschbefehle handelt es sich um ein Massengeschäft. Es rechtfertigt sich daher, die erwähnten Grundsätze zu Massenversendungen auch auf den Versand von Marschbefehlen anzuwenden. Es kann der Armee nicht zugemutet werden, bei Massenversendungen wie Aufgebots höheren Anforderungen genügen zu müssen, als sie in anderen vergleichbaren Bereichen gelten. Sofern eine korrekte Versandliste geführt wird, genügt somit das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit. In diesem Sinne hat das Militärkassationsgericht in MKGE 10 Nr. 88 E. 2 eine korrekte Kontrollliste über den Versand ohne weiteres als Beweis für die ordentliche Zustellung des Aufgebots genügen lassen. An dieser Rechtsprechung ist festzuhalten. Wohl lag im damaligen Fall zusätzlich eine Missachtung militärischer Melde- pflichten vor. Massgeblich für den Zustellungsvorgang ist indessen einzig, dass in diesem Urteil von der natürlichen Vermutung ausgegangen worden ist, der nachgewiesenermassen korrekt versandte Marschbefehl sei auch tatsächlich im Briefkasten des Angeklagten und damit in seinem Einflussbereich angekommen.

7/8

E. 2.3.3

Im vorliegenden Fall sind die Daten für den Versand direkt aus der Datenbank PISA übernommen und ausgedruckt worden. Der Angeklagte ist auf der dazugehörigen Kontrollliste für den Versand der Marschbefehle korrekt aufgeführt. Ausserdem ist dem Angeklagten nicht nur der Marschbefehl zugestellt worden, sondern auch der Begrüssungsbrief des Kdt Inf RS. Beide Dokumente sind nicht als unzustellbar retourniert worden. Insoweit spricht eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür, dass wenigstens eine der beiden nicht als unzustellbar zurückgekommenen Sendungen im Briefkasten des Angeklagten und damit in seinem Einflussbereich angekommen ist.

E. 2.3.4

Andererseits steht fest, dass am 14. März 2008 – also vier Tage nach dem Nichteinrücken – eine korrekt adressierte Nachforschung über das Nichteinrücken nicht an den Angeklagten zugestellt werden konnte. Die Sendung kam mit der Mitteilung zurück, wonach der Empfänger unter angegebener Adresse nicht erreicht werden konnte. Der Vorgang ist unverständlich; er steht im scheinbaren Widerspruch zur verbindlichen Feststellung des Militärappellationsgerichts, dass der Briefkasten des Angeklagten gehörig beschriftet gewesen ist. Die näheren Umstände sind nicht geklärt und nach dem langen Zeitablauf auch nicht mehr erhellbar. Weiter hat die Vorinstanz festgestellt, dass dem Angeklagten zwischen dem 6. November 2007 und dem 18. April 2010 im Rahmen der gegen ihn laufenden militärgerichtlichen Verfahren immerhin fünf Dokumente erfolgreich zugestellt werden konnten. Es steht somit fest, dass im fraglichen Zeitraum von sechs Dokumenten eines aus unerklärlichen Gründen nicht zugestellt werden konnte. Es ist nun aber nicht am Angeklagten, die Folgen dieser Unklarheit zu tragen. Die erfolglose Zustellung vom 14. März 2008 ist vielmehr geeignet, Zweifel am ordnungsgemässen Ablauf der Zustellungen an den Angeklagten zu wecken. Wenn von sechs Zustellungen eine missglückt, so kann nicht mehr von einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit ausgegangen werden, dass zumindest eine der beiden für das Aufgebot des Angeklagten massgeblichen Sendungen den Angeklagten tatsächlich erreicht hat. Der Vorinstanz kann somit im genannten Zusammenhang nicht vorgeworfen werden, dem Ergebnis des Beweisverfahrens widersprechende wesentliche tatsächliche Feststellungen getroffen (Art. 185 Abs. 1 lit. f MStP) oder in Verletzung des Strafgesetzes bzw. ohne hinreichende Entscheidungsgründe geurteilt zu haben (Art. 185 Abs. 1 lit. d bzw. lit. e MStP).

E. 2.3.5

Beizupflichten ist dem Militärappellationsgericht schliesslich auch insoweit, als es die Vorgehensweise der Militärverwaltung als unverständlich bezeichnet, wenn diese bei renitenten Militärdienstpflichtigen die Zustellung eines Aufgebots nicht durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Zustellnachweis vornehmen lässt. Solches wäre nicht mit einem unverhältnismässigen Aufwand verbunden und würde Klarheit darüber schaffen, ob das betreffende Aufgebot dem Militärdienstpflichtigen wirklich zugestellt worden ist.

8/8

E. 2.3.6

Zusammenfassend ergibt sich, dass bei der Zustellung von Marschbefehlen als Massengeschäft zunächst von der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ausgegangen werden kann, dass der Marschbefehl den Adressaten erreicht, wenn die Daten direkt aus dem

elektronischen Kontrollsystem ausgedruckt werden und dazu eine korrekte Marschbefehlskontrolle geführt wird, soweit der Empfänger korrekt gemeldet und der Briefkasten richtig beschriftet ist. Diese natürliche Vermutung wird verstärkt, wenn innert kurzer Zeit ein zweites Dokument zugestellt wird, das den gleichen Anforderungen genügt. Dann darf davon ausgegangen werden, dass mindestens eines der beiden Dokumente den Adressaten erreicht hat. Sind jedoch – wie im vorliegenden Fall – Unregelmässigkeiten nachgewiesen, wofür ebenfalls das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit genügt, so ist die natürliche Vermutung der Zustellung zugunsten des Empfängers, der den Nichterhalt behauptet, widerlegt. Will die Militärverwaltung solche Konsequenzen vermeiden, kann sie bei Dienstpflichtigen, die schon einmal einem Aufgebot nicht Folge geleistet haben, den Marschbefehl eingeschrieben oder mit einem anderen Zustellnachweis zustellen.

E. 3

Nach dem Gesagten ist die Kassationsbeschwerde des Auditors als unbegründet abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Bei diesem Ausgang gehen die Kosten des Verfahrens vor Militärkassationsgericht zu Lasten des Bundes. Die Entschädigung des amtlichen Verteidigers des Angeklagten und Beschwerdegegners für das Verfahren vor Militärkassationsgericht erfolgt usanzgemäss durch separate Verfügung des Präsidenten (MKGE 13 Nr. 9 E. 5).

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