

MKGE 14 Nr. 15

Mkg, 2017-12-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/mkg_MKGE_14_Nr_15

FR: ATMC 14 n° 15

IT: STMC 14 n. 15

Erwägungen

E. 2

- a) Der Beschwerdeführer macht geltend, das Militärappellationsgericht 2 habe das Aufgebot für ein Erscheinen vor einer Med UCI zu Unrecht nicht als Militärdienstleistung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 Bst. b MStG qualifiziert. Nach seiner Auffassung müsse eine Nr. 15 89 teleologische Auslegung von Art. 82 Abs. 1 Bst. b MStG unter Berücksichtigung der Ver- ordnung vom 19. November 2003 über die Militärdienstpflicht (MDV; SR 512.21) und ins- besondere von deren Anhang 3 dazu führen, dass die Med UCI als Militärdienstleistung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 Bst. b MStG zu qualifizieren sei. Ein Nichtbefolgen des ent- sprechenden Aufgebots beeinträchtige offensichtlich die Einsatzfähigkeit und die Einsatz- bereitschaft der Armee, weil es dabei gerade um die Feststellung der Einsatzfähigkeit des betreffenden Angehörigen der Armee gehe. Weiter führt der Beschwerdeführer aus, das Aufgebot zum Erscheinen vor einer Med UCI wie für zahlreiche andere Dienstleis- tungen erfolge mit einem persönlichen Marschbefehl, was auch beim Angeklagten der Fall gewesen sei. Ausserdem gehe aus dem Personalinformationssystem der Armee (PISA) hervor, dass das am 10. März 2016 wahrgenommene Aufgebot vor einer Med UCI als geleisteter und anrechenbarer Dienstag registriert worden sei. Schliesslich kritisiert der Beschwerdeführer, dass künftig auch hinter die Strafbarkeit bei Nichteinrücken zu anderen «Besonderen Dienstleistungen», wie etwa zur «Befragung bei erweiterter Si- cherheitsprüfung (BSP)» oder zur «Nachrekrutierung (NIAX)», ein Fragezeichen zu set- zen sei. Es bliebe dann offen, wie die Armee ihre Einsatzfähigkeit und Einsatzbereitschaft sicherzustellen hätte, wenn Marschbefehle zu solchen Dienstleistungen nicht mit straf- rechtlichen Mitteln sanktioniert werden könnten.
- c) In der Beschwerdeantwort vom 5. September 2017 bringt der Angeklagte vor, dass ein Termin bei einer Med UCI nicht unter den Begriff der Militärdienstleistung subsumiert werden könne, da an diesem Termin überhaupt erst abgeklärt werde, ob jemand dienst- tauglich sei und somit an einer Militärdienstleistung teilnehmen könne. Weiter legt er dar, der Bundesrat müsse sich beim Erlass der MDV als reine Vollziehungsverordnung an die Grundlagen von Militärstrafgesetz und Militärgesetz (MG) halten. Dort seien die Militär- dienstleistungen in Art. 12 und 41–67 MG umschrieben; ebenso, dass die Med UCI keine der aufgeführten Dienstleistungen darstelle. Der Bundesrat habe daher mit seiner For- mulierung von Art. 14 MDV seine Kompetenz überschritten, soweit er mehr als nur Aus- bildungs- und Fortbildungsdienste erfasse und die medizinische Untersuchung und Be- ratung in Anhang 3 zur MDV aufführe, obwohl dies der Wortlaut von Art. 41 MG nicht hergebe. Zudem erklärt der Angeklagte, dass das Nichtbefolgen eines Aufgebots zur Med UCI die Einsatzfähigkeit und Einsatzbereitschaft der Armee nicht beeinträchtige, weil eine Person, die einem solchen Aufgebot keine Folge leiste, weiterhin als diensttauglich und einrückungs- sowie dienstleistungspflichtig gelte. Entsprechend müsse sie dem nächsten

Aufgebot zu einer Militärdienstleistung wieder nachkommen. Es sei irrelevant, ob das Erscheinen vor einer Med UCI als Dienstag angerechnet werde oder nicht.

E. 3

a) Die Bestrafung nach Art. 82 Abs. 1 Bst. b MStG setzt unter anderem voraus, dass der Angeklagte zu einer Militärdienstleistung aufgeboten worden ist. Was eine Militärdienstleistung darstellt, lässt sich dem Wortlaut dieser Bestimmung nicht entnehmen. Es handelt sich um eine generell-abstrakte Norm, die anhand anderer Bestimmungen zu ergänzen bzw. zu präzisieren ist. Für den Begriff der Militärdienstleistung ist insbesondere auf das MG und die MDV abzustellen (vgl. MKGE 5 Nr. 118, E. 1; Hauri, Kommentar zum Militärstrafgesetz, Bern 1983, Art. 81 N 34, mit Verweis auf Art. 2 N 6 ff.; Flachs-mann/Fluri/Görllich Käser/Isenring/Wehrenberg, Tafeln zum Militärstrafrecht, 3. Aufl. Zürich 2014, Tafel 91 S. 157, FN 3). Art. 12 MG hält fest, welche Dienste ein Militärdienstpflichtiger zu absolvieren hat. Aus dieser – abschliessenden – Aufzählung ergibt sich, dass namentlich der Ausbildungsdienst (Art. 41 ff. MG) und die allgemeinen Pflichten

Nr. 15

90 ausser Dienst (Art. 25 MG) unter den Begriff des Militärdienstes fallen. Der Friedensförderungsdienst, der Assistenzdienst und der Aktivdienst können hier ausser Acht gelassen werden.

b) Die Teilnahme an einer Med UCI gehört nicht zu den in Art. 25 MG abschliessend aufgeführten Pflichten ausser Dienst. Unter diesen in Ziff. 89 des Dienstreglements der Armee vom 22. Juni 1994 (DRA; 510.107.0) konkretisierten Pflichten werden obligatorische Schiessübungen (Abs. 1 und 2), militärische Meldepflichten (Abs. 3), Auslandurlaub für Angehörige der Armee, die sich lange Zeit im Ausland aufhalten wollen (Abs. 4) und Informationspflichten für die Einrückung (Abs. 5) erwähnt, nicht aber Verhaltenspflichten hinsichtlich einer medizinischen Untersuchungskontrolle oder Beurteilung.

E. 4

a) Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Teilnahme an einer Med UCI zu den Ausbildungsdiensten im Sinne von Art. 41 ff. MG zu zählen ist. Ausbildungsdienste umfassen laut Art. 41 Abs. 1 MG Schulen, Kurse, Übungen und Rapporte. Weiter wird die Ausbildung der Armee in die Grundausbildung (Art. 49 f. MG) und in die Ausbildungsdienste der Formationen (Art. 51 ff. MG) unterteilt. Art. 41 Abs. 3 MG gibt sodann dem Bundesrat die Kompetenz, die Ausbildungsdienste sowie deren Dauer und Unterstellung festzulegen. Art. 14 MDV hält fest, dass sich Ausbildungsdienste in Grundausbildungsdienste und Fortbildungsdienste gliedern. Zudem weist diese Bestimmung darauf hin, dass die detaillierten Bezeichnungen der Ausbildungsdienste in Anhang 3 zur MDV geregelt werden. Dieser als Tabelle gestaltete Anhang unterteilt die Ausbildungsdienste zunächst in Grundausbildungsdienste und Fortbildungsdienste. Diese Fortbildungsdienste werden weiter in Ausbildungsdienste der Formationen, Besondere Dienstleistungen und Zusatzausbildungsdienste unterteilt. Unter den «Besondere Dienstleistungen» findet sich u.a. die «Medizinische Untersuchung und Beurteilung», worunter die Med UCI fällt. Gestützt darauf könnte, so die Argumentation des Beschwerdeführers, die Teilnahme an einer Med UCI als Besondere Dienstleistung bzw. als Ausbildungsdienst im Sinne von Art. 12 i.V.m. Art. 41 MG betrachtet und deshalb als Militärdienstleistung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 lit. b MStG qualifiziert werden. Eine solche Charakterisierung trifft denn auch für bestimmte Dienste, die an besagter Stelle als «Besondere Dienstleistungen» aufgeführt werden, als

Ausbildung bzw. Fortbildung der Armee zu: so beispielsweise für die Stabs- übung, den Rapport oder das individuelle Training. Nicht nachvollziehbar ist jedoch, in- wiefern die «Medizinische Untersuchung und Beurteilung» als «Besondere Dienstleis- tung» und damit als Fortbildung qualifiziert werden sollte. Eine medizinische Beurteilung dient offensichtlich weder der Aus- noch der Fortbildung der Armee, so dass die entspre- chende Argumentation des Beschwerdeführers fehlgeht.

b) Art. 14 MDV erwähnt als Ausbildungsdienste die Grundausbildung und die Fortbil- dungsdienste abschliessend. Dienstleistungen, die weder der Grund- noch der Fortbil- dung dienen, fallen somit nicht unter Art. 14 MDV. Die Einteilung der «Medizinischen Untersuchung und Beurteilung» als Fortbildungsdienst ist umso weniger nachvollziehbar, als dieser «Dienst» weder als Schule oder Kurs noch als Übung oder Rapport qualifiziert werden kann. In diesem Sinne wird der Begriff «Ausbildungsdienst» in Art. 41 Abs. 1 MG allerdings umschrieben bzw. definiert. Anhang 3 zur MDV geht damit jedenfalls in Bezug auf die «Medizinische Untersuchung und Beurteilung» und damit die Teilnahme an einer Med UCI, über Art. 14 MDV und Art. 41 Abs. 1 MG hinaus.

Nr. 15 91

E. 5

a) Der Beschwerdeführer vertritt weiter die Auffassung, dass Anhang 3 zur MDV bzw. der Hinweis auf die «Medizinische Untersuchung und Beurteilung» im Rahmen einer te- leologischen Auslegung des Begriffes «Militärdienstleistung» im Sinne von Art. 82 Abs. 1 Bst. b MStG dazu führen müsse, dass die Teilnahme an einer Med UCI als Militärdienst- leistung zu qualifizieren sei.

b) Art. 41 Abs. 3 MG gibt dem Bundesrat einzig die Kompetenz, auf dem Verord- nungsweg Ausbildungsdienste sowie deren Dauer und Unterstellung festzuschreiben. Art. 41 Abs. 3 MG ist nicht als Rechtsetzungsdelegation zu verstehen. Vielmehr räumt sie dem Bundesrat lediglich das Recht ein, eine Vollziehungsverordnung zu erlassen (vgl. hierzu auch Art. 150 Abs. 1 MG; allgemein zu den Vollziehungsverordnungen Häfelin/Hal- ler/Keller/Thurnherr, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl. Zürich 2016, N 1859 ff.). Vollziehungsverordnungen können sich nur auf eine bestimmte Materie beziehen, die Gegenstand des zu vollziehenden Gesetzes bildet. Sie dürfen dieses somit weder aufhe- ben noch abändern (Häfelin et al., a.a.O., N 1860). Vollziehungsverordnungen führen die durch das Gesetz bereits begründeten Verpflichtungen und Berechtigungen näher aus und passen das schon im Gesetz Bestimmte den konkreten praktischen Gegebenheiten an. Sie dürfen nur den durch das Gesetz geschaffenen Rahmen bzw. die im Gesetz ge- gebenen Richtlinien ausfüllen, nicht aber ergänzen. Insbesondere dürfen Vollziehungs- verordnungen nicht die Rechte der Betroffenen einschränken oder ihnen neue Pflichten auferlegen (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. Zürich 2016, N 99; ferner zum Ganzen BGE 141 II 169 E. 3, 139 II 460 E. 2). Vor diesem Hintergrund ist der Bundesrat gestützt auf Art. 41 Abs. 3 MG einzig befugt, jene Dienstleistungen zu bezeichnen, die effektiv der Aus- bzw. Fortbildung dienen. Eine medizinische Untersu- chung kann weder als Aus- noch als Fortbildung qualifiziert werden. Mit der Erwähnung der «Medizinischen Untersuchung und Beurteilung» in Anhang 3 zur MDV hat der Bun- desrat etwas hinzugefügt, was Art. 12 MG nicht umfasst, mithin diese Bestimmung bzw. das Gesetz ergänzt und dadurch seine in Art. 41 Abs. 3 MG aufgeführte Kompetenz über- schritten. Daraus folgt, dass auf diesen Anhang, jedenfalls soweit hier die «Medizinische

Untersuchung und Beurteilung» bzw. die Teilnahme an einer Med UCI betroffen ist, nicht abgestellt werden kann (vgl. dazu im Ergebnis bzw. hinsichtlich der Methodik ähnlich BGE 103 IV 192).

E. 6

a) Abgesehen von hier nicht interessierenden weiteren Diensten gelten nach Art. 12 MG als Militärdienst die Ausbildungsdienste (lit. a). Diese umfassen nach Art. 41 MG Schulen, Kurse, Übungen und Rapporte. Eine ausserdienstliche medizinische Untersuchung kann – wie erwähnt – keiner dieser vier Kategorien zugeordnet werden, auch nicht mittels Auslegung. Gleiches gilt für die Einteilung in Grundausbildungsdienste und Fortbildungsdienste, die in Art. 14 MDV erwähnt wird.

b) Indem Art. 41 MG abschliessend Schulen, Kurse, Übungen und Rapporte als Ausbildungsdienste aufführt und die Teilnahme an einer Med UCI keiner dieser Dienstarten zugerechnet werden kann, fällt die Einordnung einer Teilnahme an einer Med UCI als Militärdienstleistung mit Blick auf den in Art. 1 MStG festgehaltenen Grundsatz *nulla poena sine lege stricta* (Keine Strafe ohne Gesetz) ausser Betracht. Art. 1 MStG ist verletzt,

Nr. 15

92 wenn der Richter eine Verurteilung für einen Sachverhalt vornimmt, der nicht unter eine Strafbestimmung subsumiert werden kann (MKGE 3 Nr. 11). Entsprechend kann im vorliegenden Fall keine Bestrafung nach Art. 82 MStG erfolgen.

E. 7

Auch aus den nachfolgenden Erwägungen fehlt eine genügende gesetzliche Grundlage, um die medizinische Beurteilung nach der Rekrutierung als Militärdienstleistung qualifizieren zu können. Im konkreten Fall hat der Militärärztliche Dienst Kreis Ost, Ittingen, dem Angeklagten am 30. Oktober 2014 einen Marschbefehl zugeschickt (s. Dossier MG7 15.1231, Nr. 4 ff. und 26). Der Gesetzgeber und der Bundesrat als Verordnungsgeber haben die medizinische Beurteilung der Militärdiensttauglichkeit und der Militärdienstfähigkeit sowie dessen Verfahren in Art. 20 MG bzw. in der auf Art. 150 MG gestützten Verordnung vom 24. November 2004 über die medizinische Beurteilung der Militärdiensttauglichkeit und der Militärdienstfähigkeit (VMBM, SR 511.12) eingehend geregelt. Weder im MG noch in der VMBM wird eine medizinische Untersuchung und Beurteilung nach der Rekrutierung als Militärdienstleistung eingestuft. Art. 20 MG steht zwar im zweiten Abschnitt „Militärdienstpflicht“ des zweiten Kapitels „Inhalt der Militärdienstpflicht“ des zweiten Titels „Militärdienstpflicht“ des Militärgesetzes, definiert aber die Neubeurteilung der Tauglichkeit nicht als Militärdienst. Im Übrigen sieht auch die VMBM nicht vor, dass die medizinische Beurteilung nach der Rekrutierung einer pflichtigen Militärdienstleistung gleichkommt: Art. 6a Abs. 1 VMBM regelt, dass zu einem medizinischen Untersuchungs- und Beurteilungstag aufgeboten wird, wer nach der Rekrutierung medizinisch zu beurteilen ist. Gemäss Abs. 3 dieser Bestimmung ist die zu beurteilende Person mit dem Aufgebot bis zur medizinischen Beurteilung dispensiert; unter anderem auch vom Einrücken in einen Ausbildungsdienst, was im erwähnten Marschbefehl angemerkt wurde.

E. 8

Das Nichteinrücken zu einer Med UCI kann nach dem Gesagten nicht als Versäumnis einer Militärdienstleistung im Sinne von Art. 82 MStG qualifiziert werden. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass – wie der Beschwerdeführer hervorhebt – mit-

Marschbefehl zur Med UCI aufgeboden und im Falle einer Teilnahme ein Dienstag angerechnet wird. Art. 6a Abs. 1 VMBM sieht ausdrücklich vor, dass zu einem medizinischen Untersuchungs- und Beurteilungstag (MUB) aufgeboden wird, wer nach der Rekrutierung medizinisch zu beurteilen ist. Das Aufgebot hat aber nicht zur Folge, dass die Untersuchung als Militärdienst zu qualifizieren ist, sofern – wie aufgezeigt – weder Gesetz noch Verordnung dies vorsehen. Auch das zweite Argument, wonach das Erscheinen des Angeklagten vor einer medizinischen Untersuchungskommission am 10. März 2016 als Dienstag angerechnet worden sei, sticht nicht. Inwiefern eine solche Anrechnung zu einer Militärdienstleistung führen würde, ist nicht ersichtlich. Für eine solche Qualifikation fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage.

E. 9

Schliesslich stellt sich die Frage, ob das MG die Teilnahme an einer Med UCI bewusst nicht als Militärdienstleistung erfasst, mithin ein qualifiziertes Schweigen oder eine Lücke infolge eines gesetzgeberischen Versehens vorliegt. Im 1. und 2. Abschnitt des MG über die Stellungspflicht und Rekrutierung (Art. 7■11) und über die Militärdienstpflicht (Art. 12 ff.) könnte der Schluss gezogen werden, dass die Teilnahme an einer Med UCI bei der Formulierung von Art. 7■10 MG vergessen gegangen ist und dieses Versehen mittels

Nr. 15 93 Richterrecht zu füllen wäre. Angesichts des in Art. 1 MStG festgehaltenen Grundsatzes «nulla poena sine lege» ist einer Lückenfüllung durch Richterrecht grosse Vorsicht geboten. Tatsächlich gibt es einen Unterschied zwischen Stellungspflichtigen, welche verpflichtet sind, an der Orientierungsveranstaltung teilzunehmen, dort im Hinblick auf eine Diensttauglichkeitsprüfung einen medizinischen Fragebogen abzugeben und sich allenfalls untersuchen zu lassen (vgl. Art. 8 MG) und einem bereits eingeteilten, bisher als diensttauglich qualifizierten und dienstleistenden Angehörigen der Armee, der sich einer Beurteilung über die noch bestehende Diensttauglichkeit untersuchen lassen könnte. Es fehlt aber an jedem Anhaltspunkt im Gesetz, der eine Grundlage darstellen könnte, die medizinische Untersuchung als Militärdienstleistung einzustufen. Entsprechend kann auch nicht via Auslegung oder Richterrecht eine vermeintliche Lücke geschlossen und der Betroffene auf diese Weise einer Strafbarkeit zugeführt werden.

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