

## MKGE 9 Nr. 135

Mkg, 1977-10-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/mkg\\_MKGE\\_9\\_Nr\\_135](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/mkg_MKGE_9_Nr_135)

FR: ATMC 9 n° 135

IT: STMC 9 n. 135

### Volltext

241 Nr. 135 Insoumission intentionnelle (art. 81, eh. 1er, 2e al. CPM): Légalité des décisions de recrutement; pouvoir d'examen du juge pénal militaire; eonfirmation de la jurisprudencee introduite par l'arrêt du TMC 9 n° 80 ( eons. la); Effets juridiques d'une déeision de recrutement erronée; distinction entre nullité et annullabilité ( cons. l b). Recours en cassation (art. 188, 1er al., eh. 1er OJPPM). Constitue aussi une violation de la loi, au sens de cette disposition, un prononeé erroné sur la question préjudicielle de droit administratif relative à l'aptitude au serviee du militaire aecusé d'insoumission intentionnelle (cons. le). Omissione intenzionale del servizio (art. 81 n. 1 cpv. 2 CPM): Legalità di decisioni di reelutamento; potere d'esame del giudice penale militare; conferma della giurisprudenza iniziata in STMC 9, n. 80 ( cons. la); Effetti giuridici di una deeisione di reelutamento errata; differenza tra nul- lità e annullabilità (eons. lb). Ricorso per cassazione (art. 188 epv. l n. l OGPPM). Costituisee pure una violazione della legge penale secondo questa disposizione un giudizio errato sulla questione pregiudiziale di diritto amministrativo riguardante l'idoneità al servizio di un militare aceusato di omissione intenzionale del ser- vizio ( eons. le). Aus den Erwägungen: l. - Die Vorinstanz geht davon aus, der Angeklagte sei infolge einer Angstneurose schon zur Zeit seiner Rekrutierung dienstuntauglich gewesen. Sie stützt sich da bei auf ein schlüssiges psychiatrisches Gutachten, weshalb das Militärkassationsgericht an diese tatsächliche Feststellung gebunden ist. Der in Verkennung dieses psychischen Zustands des Angeklagten ergangenen Aushebungsverfügung haftet somit ohne Zweifel ein Rechtsmangel an. Die Vorinstanz schliesst daraus, die Aushebung des Angeklagten sei zu Unrecht, das heisst im Widerspruch zu Art. 5 des Bundesgesetzes über die Militärorganisation erfolgt, so dass vorliegend der objektive Tatbestand der vorsätzlichen Dienstversäumnis nicht erfüllt sei. Der beschwerdeführende Auditor wendet dagegen ein, die rechtliche Schlussfolgerung d er V orinstanz liesse sich nur vertreten, wenn die Aushebungsverfügung als nichtig und damit absolut unwirksam zu betrachten wäre. Dies müsse jedoch verneint werden, da der Mangel der Aushebungsverfügung bloss deren Aufuebbar- keit bewirkt habe. a) Dass die Vorinstanz die Aushebungsverfügung aufihre Rechtsbestän- digkeit überprüfte, lässt sich nicht beanstanden. Si e war dazu berechtigt und verpflichtet. Die in Einklang mit der neuen bundesgerichtlichen Praxis ste- hende Rechtsprechung des Militärkassationsgerichts räumt auch dem Mili-

Nr. 135 242 tärstrafrichter die Befugnis ein, V erwaltungsverfügungen vorfrageweise auf ihre formelle und materielle Rechtmässigkeit zu überprüfen. Verwal- tungsakte, die einer verwaltungsgerichtlichen Kontrolle entzogen sind- was insbesondere für Aushebungsverfügungen zutrifft - unterliegen mit Aus- nahme d er Ermessenskontrolle sogar d er frei en Überprüfung des Strafrich- ters (MKGE 9 Nr. 80; mit Hinweis aufBGE 98 IV 106 und 264; vgl. ferner Roos, Die Ungehorsamstrafe des Art. 292 StGB, ZBJV 1943, 497 ff.; Roth, Z ur Frage des akzessorischen Überprüfungsrechts des ordentlichen Richters,

insbesondere des Strafrichters, gegenüber Verwaltungsverfügungen, SJZ 1952, 33 ff.; Stratenwerth, StGB Beso. Teil 11, 589 ff.; Imboden/Rhinow, Schweiz. Verwaltungsrechtsprechung, Bd. 1: Allg. Teil, Basel 1976, 305). Es stellt sich daher nur noch die Frage, ob das Überprüfungsergebnis, zu welchem die Vorinstanz in diesem Fall gelangte, rechtens ist. Diese Rechtsfrage, welche sich mittelbar auf die Anwendung des Strafgesetzes auswirkt, unterliegt der freien Überprüfung des Militärkassationsgerichts. b) Lehre und Rechtsprechung unterscheiden bei den Rechtsfolgen eines fehlerhaften Verwaltungsaktes zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit (oder auch Aufhebbarkeit). Nichtigkeit bedeutet die absolute Unwirksamkeit, das Fehlen von Rechtswirkungen schlechthin. Ein nichtiger Verwaltungsakt ist vom Erlass an (ex tunc) und ohne besondere amtliche Aufhebung rechtlich als nicht existent und daher unverbindlich zu betrachten. Anfechtbarkeit wird dagegen angenommen, wenn einem Verwaltungsakt trotz Fehlerhaftigkeit bis zu seiner formlichen Rücknahme oder Aufhebung volle Rechtsgültigkeit zukommt oder wenn seine Fehlerhaftigkeit nur auf Antrag des Adressaten in einem bestimmten qualifizierten Verfahren beachtet werden kann. Die Vermutung spricht für die Gültigkeit eines Verwaltungsaktes. Diese Regel ist durch das Interesse an einer funktionstüchtigen und reibungslosen Verwaltung geboten. Als typische Folge fehlerhafter Verwaltungsakte wird somit die Anfechtbarkeit angesehen und Nichtigkeit demzufolge nur ausnahmsweise, bei besonders tiefgreifenden wesentlichen Mängeln angenommen. Bei der Grenzziehung zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit verfahren Doktrin und Praxis nicht nach begrifflichen, dogmatischen Gesichtspunkten, sondern nach der sogenannten Evidenztheorie. Sie geben einer rein kasuistischen, wertenden Losung der Frage, einem Abwägen der für und der gegen die praktische Folge der Unwirksamkeit sprechenden Interessen den Vorrang. Nichtigkeit tritt demzufolge nur ein, wenn kumulativ drei Voraussetzungen erfüllt sind, nämlich wenn der Mangel schwer wiegt, wenn er offenkundig oder leicht erkennbar ist und wenn durch die Annahme der Nichtigkeit die Rechtssicherheit nicht in untragbarer Weise beeinträchtigt wird. So wurden von der Praxis als Nichtigkeitsgründe in der Regel nur besonders schwerwiegende Zuständigkeits-, Verfahrens- und Formfehler, inhaltliche Mängel dagegen nur in seltenen

243 Nr. 135 Ausnahmefällen anerkannt (vgl. Imboden. Der nichtige Staatsakt, Zürich 1944, 7 und 25-28; Giacometti, Allgemeine Lehre des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, I. Bd., Zürich 1960, 424 ff.; Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I. Bd.: Allgemeiner Teil, 8. Auflage, 1961, 206 ff.; Imboden/Rhinow, Schweiz. Verwaltungsrechtsprechung, Bd. 1; Allgemeiner Teil, Basel 1976, 239 ff.; BGE 71 I 198, 83 I 5, 91 I 381, 92 IV 197, 95 IV 175, 98 Ia 571. Misst man die in Frage stehende Aushebungsverfügung an diesen verwaltungsrechtlichen Prinzipien, so ergibt sich einmal, dass sie von der zuständigen Behörde in einem rechtsgültigen Verfahren zustande kam. Dieses Verfahren richtete sich nach den Vorschriften der bundesrätlichen Verordnung über die Aushebung der Wehrpflichtigen vom 20. 8. 1951 (SR. 511.11) und der gestützt darauf erlassenen Verfügung des Eidgenössischen Militärdepartements über die militärärztliche Beurteilung der Diensttauglichkeit vom 1. 2. 1970 (MBD I) sowie der bezüglichen fachtechnischen Weisungen des Oberfeldarztes vom 1. 2. 1970 (MBD 11). Nach diesen Vorschriften besteht Gewähr, dass die sanitärische Untersuchung der Rekruten mit der erforderlichen Gründlichkeit durchgeführt wird. Trotzdem kann natürlich nicht ausgeschlossen werden, dass gewisse körperliche oder seelische Krankheiten eines Stellungspflichtigen der Untersuchungskommission (Ue) unter Umständen verborgen bleiben. Diesem Umstand wird indessen durch verschiedene Rechtsbehelfe Rechnung getragen. So kann der

Ue-Entscheid innert 30 Tagen mit Beschwerde, welcher aufschiebende Wirkung zukommt, angefochten (Art. 86 MBD I) und gegen einen rechtskräftigen Ue-Entscheid jederzeit Revision anbegehrt werden, wenn im V erfahren Vorschriften verletzt wurden, massgebliche Tatsachen der Ue nicht bekannt waren oder nach dem Entscheid eintraten. Bis zum Entscheid der Revisionsinstanz bleibt indessen der Ue- bzw. Beschwerdeentscheid in Kraft (Art. 94 MBD I). Ausserdem hat der nicht im Dienst stehende Wehrpflichtige aus gesundheitlichen Gründen jederzeit das Recht, die Überprüfung seiner Diensttauglichkeit durch eine Ue zu beantragen (Art. 37 MBD I) und schliesslich findet zu Beginn eines jeden Dienstes eine sanitärische Eintrittsmusterung statt, bei welcher die Frage der Diensttauglichkeit ebenfalls aufgeworfen werden kann. Nach den gesetzlichen Grundlagen ist somit nicht nur die Anfechtbarkeit eines Rekrutierungsentscheids aus sanitärischen Gründen ausdrücklich vorgesehen, sondern auch Gewähr geboten, dass dem Betroffenen aus einem fehlerhaften Ue-Entscheid keine schwerwiegenden Nachteile erwachsen. Zur Annahme, dass die Angstneurose des Angeklagten offenkundig oder leicht erkennbar gewesen wäre, besteht kein Anlass. Die Tatsache der Fettsucht und der Verkrümmung der Wirbelsäule, weswegen Sch. zum HD aufgehoben wurde, liess für sich allein noch keineswegs auf eine Neurose schliessen. Dass sonst Anzeichen für dieses Leiden vorhanden gewesen wären, geht aus den Akten nicht hervor. Auch der Psychiater bedurfte über-

Nr. 135, 136 244 gegen mehrerer Untersuchungen, um zu seinen Schlussfolgerungen zu gelangen. Aus allen diesen Gründen hatte der materielle Mangel der in Frage stehenden Aushebungsverfügung nicht deren Nichtigkeit, sondern nur deren Anfechtbarkeit zur Folge. Vor allem wiegt der Mangel nicht schwer, jedenfalls nicht schwerer, als die sich aus der Annahme der Nichtigkeit ergebende Beeinträchtigung der Rechtssicherheit und des handlungsökonomischen staatlichen Interesses, also des Interesses des Bundes an optimaler Auffüllung der Bestände der einzelnen Truppengattungen in einem zweckmässigen und rationellen Aushebungsverfahren (vgl. BGE 83 I 5). In diesem Zusammenhang sei schliesslich darauf hingewiesen, dass eine rückwirkende Dispensierung von einem bereits versäumten oder verweigerten Dienst aufgrund eines psychiatrischen Gutachtens, wie es die Abteilung für Sanität in ihrem Schreiben vom 11. 5. 1977 an den Grossrichter des Divisionsgerichts IOB vorsieht, rechtlich nicht zulässig ist. Ein solches Vorgehen verstösst nicht nur gegen den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsatz, dass ein anfechtbarer Verwaltungsakt nicht rückwirkend aufgehoben werden kann (vgl. Schwarzenbach, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Bern 1965, 71), sondern im besonderen auch gegen die Vorschrift des Art. 94 Abs. 3 MBD I, wonach eine rechtskräftige UC-Entscheid bis zum Entscheid der Revisionsinstanz in Kraft bleibt. e) Ist davon auszugehen, dass der materielle Mangel der konkreten Aushebungsverfügung nicht deren Nichtigkeit, sondern bloss deren Anfechtbarkeit zur Folge hatte, so war sie für den Adressaten bis zu einer allfälligen förmlichen Aufhebung auch rechtswirksam und verbindlich. Es versteht sich, dass somit eine der beiden Voraussetzungen der Dienstverweigerung bzw. Dienstversäumnis, nämlich das Bestehen einer Dienstpflicht, erfüllt ist. Indem die Vorinstanz diese Vorfrage gegenteilig entschied und HD Bauarb Sch. mangels Erfüllung des objektiven Tatbestands freisprach, hat sie das Strafgesetz verletzt. Ihr Urteil ist daher gestützt auf Art. 188 Abs. 1 Ziff. 1 MStGO aufzuheben. 2.- ... (21. Oktober 1977, Auditor e. DG IOB und Sch.) 136. Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK). Bedeutung für die Rechtstellung des schweizerischen Wehrmannes. A) Landesrechtliche Auswirkung der Ratifikation der EMRK: Vorrang des

Staatsvertragsrechtes gegenüber früheren und späteren Gesetzen und Verordnungen des Bundes (Erw. 1a); unmittelbare Anwendung des Konventionsrechtes durch den schweizerischen Militärriechter (Erw. 1b);

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