

MKGE 9 Nr. 143

Mkg, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/mkg_MKGE_9_Nr_143

FR: ATMC 9 n° 143

IT: STMC 9 n. 143

Volltext

Nr. 143 276 Rechtsfolgen einer fehlerhaften Aushebungsverfügung; Abgrenzung zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit. Refus de servir (art. 81, eh. 1er, 1er al. CPM): Légalité des décisions de recrutement; leur réexamen par le juge militaire (confirmation de la jurisprudence introduite par l'arrêt A T M C 9 no 80, et suivie par ATMC 9 nos 135 et 137); Conséquences juridiques d'une décision de recrutement erronée; distinction entre nullité et annulabilité. Rifiuto del servizio (art. 81 n. 1 cpv. 1 CPM): Legalità della decisione di reclutamento; riesame da parte del giudice penale militare (conferma della giurisprudenza iniziata in STMC 9 n. 80 e continuata in STMC 9 n. 135 e 137); Conseguenze giuridiche di una decisione errata; differenza tra nullità e annullabilità. Aus den Erwägungen: 1.- Die Vorinstanz geht davon aus, dass der Angeklagte sei infolge seiner neurotischen Persönlichkeitsentwicklung überhaupt nie diensttauglich gewesen. Sie stützt sich dabei auf ein wohlbegründetes psychiatrisches Gutachten, weshalb das Militärkassationsgericht an diese tatsächliche Feststellung gebunden ist. Damit ist gleichzeitig gesagt, dass der in Verkennung dieses psychischen Zustandes des Angeklagten ergangenen Aushebungsverfügung ein Rechtsmangel anhaftet. Aus dieser zutreffenden Feststellung leitet die Vorinstanz das Fehlen einer Dienstpflicht für den Angeklagten ab und hält dafür, dass deshalb der objektive Tatbestand des in Frage stehenden Delikts nicht erfüllt sei. Dieser rechtlichen Schlussfolgerung der Vorinstanz liesse sich indessen nur dann beipflichten, wenn die Aushebungsverfügung als nichtig und damit als absolut unwirksam zu betrachten wäre. Nun ist aber nach Lehre und Rechtsprechung als Rechtsfolge eines fehlerhaften Verwaltungsaktes in aller Regel nur Anfechtbarkeit anzunehmen; Nichtigkeit soll nur ausnahmsweise bei besonders schwerwiegenden Mängeln angenommen werden, wenn kumulativ drei Voraussetzungen erfüllt sind: wenn der Mangel offenkundig oder leicht erkennbar ist, wenn er ausserordentlich schwer wiegt und wenn durch die Annahme der Nichtigkeit die Rechtssicherheit nicht in untragbarer Weise beeinträchtigt wird (vgl. zu dieser Frage MKGE 9 Nr. 135 und 137 und Lehre und Rechtsprechung). Zur Annahme, dass die Dienstuntauglichkeit des Angeklagten offenkundig oder leicht erkennbar gewesen wäre, besteht kein Anlass. Die erste Aushebung wurde wegen Konsums von Rauschgift zurückgestellt. Bei der zweiten Aushebung wurde er auf eigenen Wunsch in die San Trp eingeteilt. Er rückte in die RS ein mit dem Ziel, weiterzumachen. Der Schularzt erkannte die Dienstuntauglichkeit während der mehr als zwei-monatigen Dienstzeit nicht. Nach Ansicht des Experten hätte wohl der Waf-

277 Nr. 143, 144 fenplatz-Psychiater den Exploranden mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nach Hause entlassen. Doch sagt der Gutachter auch, dass die neurotische Persönlichkeitsentwicklung gerade im Militärdienst zum Ausbruch kommen musste. Diese Feststellung lässt erkennen, dass P. zur Zeit der Aushebung nicht leicht als dienstuntauglich erkennbar war. Aus 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). 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 beziehungsweise Dienstversäumnis, nämlich das Bestehen einer Dienstpflicht, erfüllt ist. Indem die Vorinstanz in dieser Vorfrage gegenteilig entschied und P. 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.- ... (17. März 1978, Auditor e. DG 10 B und P.) 144. Strafzumessung (Art. 44 MStG): Willkürliche Strafzumessung kann insbesondere bei extrem unangemessener Festsetzung der Strafe innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens liegen (Bestätigung der Rechtsprechung, vgl. MKGE 9 Nr. 72); Bedeutung der Dauer des verweigerten Dienstes in diesem Bereich (Erw. 2). Kassationsbeschwerde (Art. 194 MStGO): Erlass des dem Gesetz entsprechenden Urteils nach Kassation des erstinstanzlichen Entscheids; Anwendungsfall (Erw. 3). Ausschliessung aus dem Heere (Art. 29 Abs. 2 MStG): diese Nebenstrafe stellt einen Ermessensentscheid des Sachrichters dar; diesbezügliches Gewicht einer generellen Verweigerung des Militärdienstes (Erw. 4). Fixation de la peine (art. 44 CPM): Est notamment arbitraire une peine tout à fait inadéquate, même fixée

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