

2. Militärdienstverweigerung und Desertion

2.1 Gemeinsame Tatbestandsmerkmale

2.1.1 Objektive Strafbarkeitsbedingungen (Art. 81 Abs. 6 lit. a bis c MStG)

Objektive Strafbarkeitsbedingungen¹

Der Täter wird **nicht zum Zivildienst² bzw. zum waffenlosen Dienst³ zugelassen^{4,5}** und war im Tatzeitpunkt **diensttauglich⁶**.

Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen brauchen vom Vorsatz nicht erfasst zu werden.

¹ Zum Begriff der objektiven Strafbarkeitsbedingung vgl. etwa DONATSCH/TAG, I § 8 3.; STRATENWERTH, AT I § 8 N 29 f.; SCHULTZ, AT I, S. 120, 235 ff.; TRECHSEL/NOLL, AT I § 19 D 2. Vertretbar ist auch die Einstufung als Strafbefreiungsgrund (vgl. auch POPP, N 36 ff. zu Art. 81a).

² Nach Art. 1 ZDG wird der Militärdienstpflichtige zum **Zivildienst** zugelassen, wenn er den Militärdienst nicht mit seinem *Gewissen* vereinbaren kann. Als *Tatbeweis* reicht seit dem 1. April 2009 die Bereitschaft aus, einen längeren Ersatzdienst zu leisten (vgl. nur etwa BBl 2008 2738 f.). Die Gewissensprüfung durch eine Zulassungskommission wurde abgeschafft. Nach Art. 8 Abs. 1 ZDG dauert der Zivildienst 1,5-mal so lange wie die Gesamtdauer der noch nicht geleisteten Ausbildungsdienste (für höhere Unteroffiziere oder Offiziere gilt der Faktor 1,1). Nach Art. 17 Abs. 1 ZDG ist die gesuchstellende Person nur dann nicht einrückungspflichtig, wenn sie ihr Gesuch spätestens drei Monate vor der nächsten Militärdienstleistung einreicht. Nach Art. 18b ZDG wird der Gesuchsteller, der den Entscheid über die Zulassung zum Zivildienst während einer Militärdienstleistung erhält, spätestens am folgenden Tag aus der Militärdienstleistung entlassen.

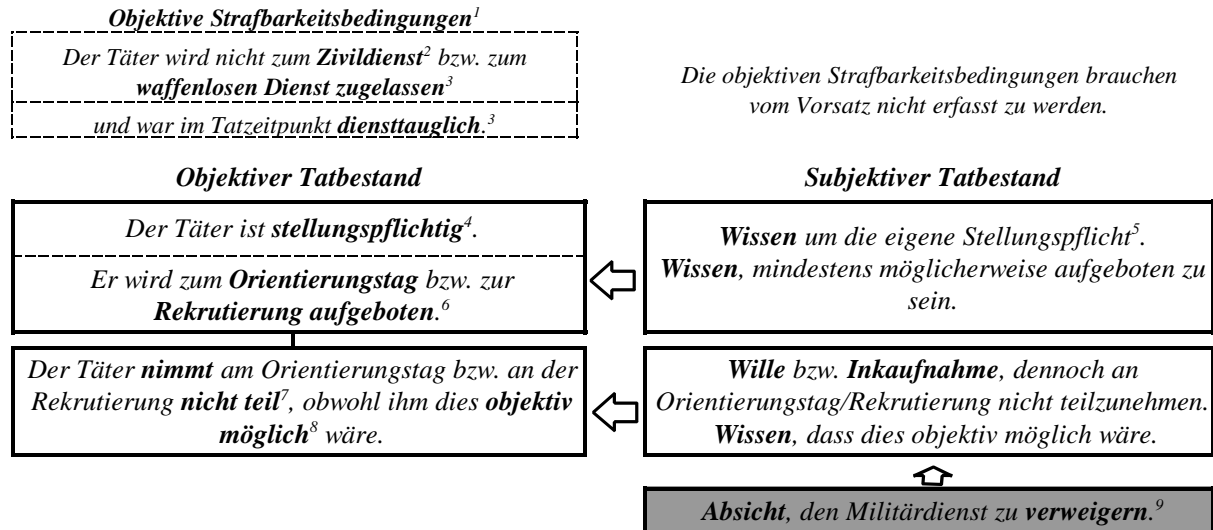
³ Nach Art. 16 Abs. 1 MG wird der Militärdienstpflichtige zum waffenlosen Militärdienst zugelassen, wenn er vor Bewilligungsinstanz (Art. 16 Abs. 2 MG; Art. 17 ff. VREK) glaubhaft darlegt, dass er den bewaffneten Militärdienst nicht mit seinem *Gewissen* vereinbaren kann.

⁴ Da zum Zivildienst als *Ersatzdienst* nur derjenige Wehrpflichtige zugelassen werden kann, dessen Militärdiensttauglichkeit festgestellt wurde (und der damit militärdienstpflichtig ist), muss bei einem *Stellungspflichtigen*, der den Militärdienst als solchen verweigert und bereits nicht am Orientierungstag oder an der Rekrutierung teilnimmt, vor dem eigentlichen Zulassungsverfahren in einer speziellen Aushebung nach Art. 9 Abs. 2 MG überprüft werden, ob er diensttauglich ist. **Auf das Gesuch um Zulassung zum Zivildienst kann in diesem Fall nicht eingetreten werden.**

⁵ Die objektive Strafbarkeitsbedingung ist auch erfüllt, wenn der Täter die **Zulassung** zum Zivildienst oder zum waffenlosen Dienst gar **nicht beantragt** (zum Zivildienst vgl. Botschaft zum Zivildienstgesetz vom 22. Juni 1994, S. 105). Da die Militärgerichtsbarkeit nicht über die Zulassung zum Zivildienst bzw. nicht mehr über die Zulassung zum waffenlosen Dienst (vgl. noch Art. 81 Ziff. 2^{bis} aMStG) entscheidet, hat sie keine eigentliche **Gewissensprüfung** mehr durchzuführen. Die Militärgerichtsbarkeit muss nach Nichtzulassung des Täters zum Zivildienst bzw. zum waffenlosen Dienst nurmehr darüber befinden, ob die Nichterfüllung der Dienstleistung als Militärdienstverweigerung (i.S. von Art. 81 MStG) oder Militärdienstversäumnis (i.S. von Art. 82-83 MStG) bzw. Missachten eines Aufgebots (i.S. von Art. 84 Abs. 1 MStG) zu qualifizieren ist oder allenfalls straflos bleibt. Als *Ausnahme* verbleibt der Militärgerichtsbarkeit seit der Revision nur noch die Gewissensprüfung betreffend der Verweigerung der Übernahme eines höheren Grades nach Art. 81 Abs. 4 MStG (Botschaft zum Zivildienstgesetz vom 22. Juni 1994, S. 107).

⁶ Aufgrund von Art. 81 Abs. 6 lit. c MStG sowie Art. 82 Abs. 5 MStG und Art. 83 Abs. 4 MStG ist der Täter sowohl für die in den Art. 81-83 MStG unter Strafe gestellten echten Unterlassungen als auch für die pönalisierte Begehung straflos, wenn seine Dienstuntauglichkeit (**fachärztlich**) untersucht und durch die *medizinische Untersuchungskommission* (Art. 9 VMBDD) festgestellt wird und diese im Zeitpunkt der tatbestandsmässigen Unterlassung bzw. Begehung bestanden hat (vgl. hinten S. 149). Daraus muss u.E. gefolgert werden, dass der Diensttauglichkeit (neben der Nicht-Zulassung zum Zivildienst bzw. zum waffenlosen Dienst) ebenfalls die Bedeutung einer **objektiven Strafbarkeitsbedingung** zukommt (offen gelassen in MKGE 11 Nr. 44 E. 3. b); POPP, N 36 ff. zu Art. 81a: Strafbefreiungsgrund), welche etwa im Gegensatz zur Tatmacht (vgl. hinten S. 149) nicht vom Vorsatz des Täters erfasst zu sein braucht. Demnach bleibt der dienstuntaugliche Täter nach Art. 81 Abs. 6 lit. c MStG sowie Art. 82 Abs. 5 MStG und Art. 83 Abs. 4 MStG straflos, auch wenn er einrückungsfähig war und damit nach den allgemeinen Regeln die Tatmacht zur Befolgung des Aufgebots besitzt. Der Täter ist alsdann nach Art. 84 MStG zu beurteilen.

2.2.2 Nichtteilnahme an Orientierungstag oder Rekrutierung (Art. 81 Abs. 1 lit. a MStG)



¹ Zur objektiven Strafbarkeitsbedingung vgl. FN 1, S. 147; zum Zivildienst vgl. FN 2, S. 147; zum waffenlosen Dienst vgl. FN 3, S. 147 und zur Militärdiensttauglichkeit vgl. FN 6, S. 147.

² Zur Zulassung zum Zivildienst vgl. FN 4 und 5, S. 147. Das Einreichen eines Gesuchs um Zulassung zum Zivildienst entbindet daher nach Art. 17 Abs. 1^{bis} ZDG nicht von der Pflicht, an der Rekrutierung teilzunehmen. Bei fehlender Diensttauglichkeit kann auf ein Gesuch um Zulassung zum Zivildienst nicht eingetreten werden.

³ Die Stellungspflicht als solche setzt zwar keine Militärdiensttauglichkeit voraus, diese ist indessen aufgrund des klaren Wortlauts von Art. 81 Abs. 6 lit. c MStG auch bei Nichterfüllung der Stellungspflicht objektive Strafbarkeitsbedingung. U.E. ist die Militärdiensttauglichkeit im militärischen Strafverfahren (analog Art. 9 Abs. 2 MG bei der Zulassung zum Zivildienst) auch dann abzuklären, wenn dies anlässlich der Rekrutierung infolge des Verhaltens des Beschuldigten nicht möglich war.

⁴ Die **Stellungspflicht** (Art. 7 f. MG vgl. aber BBl 2008 3282 ff.) umfasst neben der Pflicht, sich zur Aufnahme in die Militärkontrolle zu melden, die Pflicht zur Teilnahme am Orientierungstag und an der Rekrutierung. Sie beginnt am Anfang des Jahres, in dem der Wehrpflichtige das 19. Altersjahr vollendet und erlischt am Ende des Jahres, in dem er das 25. Altersjahr vollendet.

⁵ **Eventualvorsatz** genügt (MKGE 5 Nr. 38). Der Irrtum über die Stellungspflicht ist u.E. nach den allgemeinen Regeln entweder als *Rechtsirrtum* oder als *Sachverhaltsirrtum* zu beurteilen (vgl. POPP, N 4 und 18 ff. zu Art. 81a). Vor dem Erhalt des Orientierungsschreibens oder vor dem Besuch des Orientierungstags sollte u.E. ein Irrtum eines Stellungspflichtigen weniger streng beurteilt werden, da dieser dann noch über weniger Informationen verfügt. In Frage kommen fehlerhafte Angaben im Orientierungsschreiben, denen der Stellungspflichtige vertraut; die Kenntnis der Pflichten nach Art. 7 MG werden indessen vorausgesetzt.

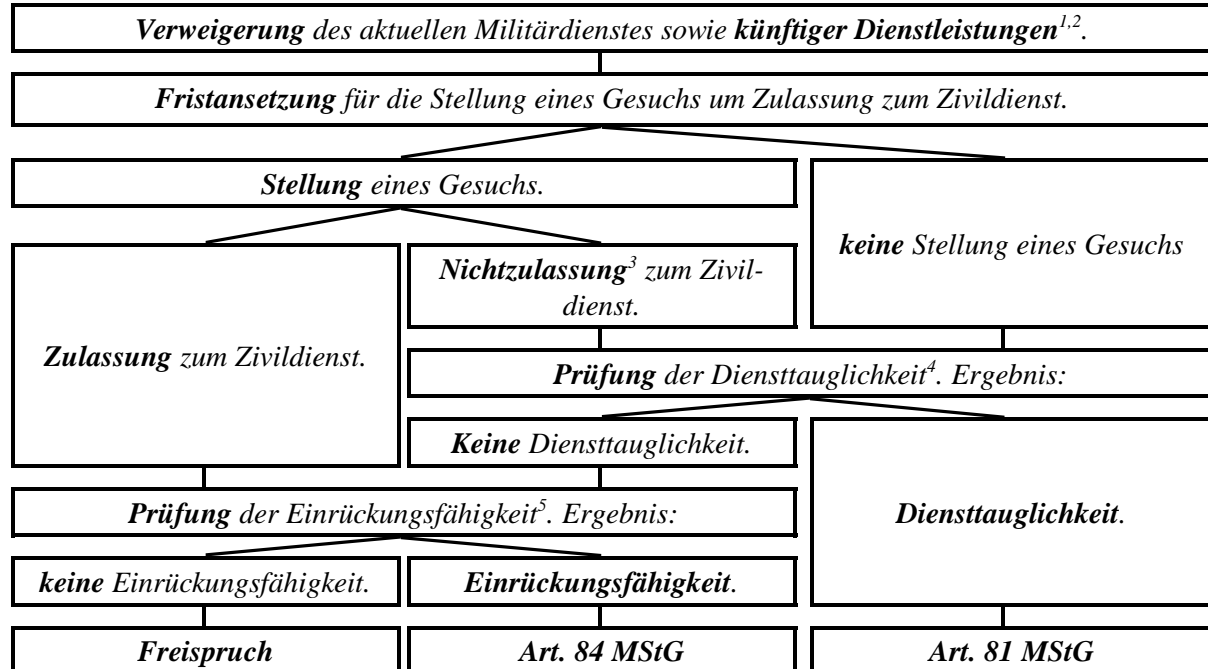
⁶ Das Aufgebot zum Orientierungstag und zur Rekrutierung erfolgt durch ein persönliches Aufgebot. Die entsprechenden Angaben sind nicht im öffentlichen Aufgebotsplakat ersichtlich.

⁷ Mit dem Nichtteilnehmen ist diese als *Unbotmässigkeitsdelikt* und *Nichterfolgsdelikt* konzipierte Tatvariante **vollendet** (MKGE 8 Nr. 50).

⁸ Die sog. **Tatmacht** ist die Fähigkeit, die gebotene Handlung vorzunehmen. Sie ist gegeben, wenn der Täter die Fähigkeit besitzt, am Orientierungstag und der Rekrutierung teilzunehmen. Tatmacht bedeutet demzufolge auch hier *Einrückungsfähigkeit* (vgl. FN 8, S. 162).

⁹ Zur Absicht, den Militärdienst zu verweigern vgl. FN 1, S. 148.

8.3 Strafverfahren bei Verweigerung sämtlicher künftiger Militärdienstleistungen



¹ Die Motivation des Täters muss sich auf *sämtliche künftigen Dienstleistungen* beziehen. Verweigert der Täter nur einen konkreten Dienst, so kann nach der hier vertretenen Ansicht keine Militärdienstverweigerung vorliegen, da für diese Konstellation Art. 81 Abs. 6 lit. a MStG nicht anwendbar wäre.

² Zur Verweigerung der Schiesspflicht und den Voraussetzungen der Zulassung zum waffenlosen Dienst vgl. vorne S. 147 und S. 155.

³ Beim *Stellungspflichtigen* kann eine *Nichtzulassung* zum Zivildienst seit der Abschaffung der Gewissenprüfung nicht mehr aus materiellen Gründen erfolgen. Noch immer erfolgt die Nichtzulassung bei fehlender Diensttauglichkeit durch *Nichteintreten*. Da zum Zivildienst als *Ersatzdienst* nur derjenige Wehrpflichtige zugelassen werden kann, dessen Militärdiensttauglichkeit festgestellt wurde (und der damit militärdienstpflichtig ist), muss vor dem eigentlichen Zulassungsverfahren in einer speziellen Aushebung nach Art. 9 Abs. 2 MG überprüft werden, ob der Gesuchsteller diensttauglich ist (vgl. Botschaft zum Zivildienst vom 22. Juni 1994, S. 38 f. [BB1 1994 III 1647]).

⁴ Beim *Militärdienstpflichtigen* wird die **Diensttauglichkeit** aufgrund von deren Feststellung anlässlich der Rekrutierung **vermutet**. Sie muss nur dann erneut fachärztlich überprüft werden, wenn sich aufgrund der Strafuntersuchung Zweifel an ihrem Vorliegen bzw. Weiterbestehen ergeben. Beim *Stellungspflichtigen* muss im Rahmen einer Strafuntersuchung zur umfassenden Beurteilung (etwa hinsichtlich Ausschluss aus der Armee oder Strafzumessung) auch seine Diensttauglichkeit (und damit die Militärdienstpflicht) fachärztlich festgestellt werden. Eine entsprechende Beurteilung wird mangels Teilnahme an der Rekrutierung regelmässig fehlen (eine Ausnahme besteht, wenn sich der Täter einer speziellen Aushebung nach Art. 9 Abs. 2 MG unterzogen hat). Steht die *Dienstuntauglichkeit* bereits fest (vgl. oben FN 3), ist der Täter nur nach Art. 84 MStG zu beurteilen. Diese Bestimmung dürfte bei Vorliegen der Einrückungs- oder Reisefähigkeit regelmässig anwendbar sein (allenfalls ist bei Vorliegen entsprechender Zweifelsgründe auch die Schuldfähigkeit [vgl. FN 5] fachärztlich abzuklären).

⁵ Damit ist die Reisefähigkeit gemeint. Es empfiehlt sich, anlässlich der fachärztlichen Überprüfung der Diensttauglichkeit zusätzlich vorsorglich auch die Reisefähigkeit (und gegebenenfalls auch die *Schuldfähigkeit* [Einsichtsfähigkeit und Bestimmungsfähigkeit]) des Täters abklären zu lassen. Liegen Nebendelikte wie etwa die Nichterfüllung der Meldepflicht (i.S. von Art. 72 MStG) vor und bestehen Anzeichen für eine Beeinträchtigung der Diensttauglichkeit in psychischer Hinsicht, ist weiter auch eine Überprüfung der Schuldfähigkeit des Täters betreffend *Nebendelikte* ratsam.