Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung I
A-5361/2012

Urteil vom 22. April 2013

Besetzung

Richter Christoph Bandli (Vorsitz),
Richter André Moser, Richter Markus Metz,
Gerichtsschreiber Stephan Metzger.

Parteien

A._____
Beschwerdeführer,

gegen

Schweizer Armee, Führungsstab der Armee FST A, Rodtmattstrasse 110, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Nichtrekrutierung.

Sachverhalt:

A.
Die Fachstelle für Personensicherheitsprüfungen im Bereich Informations- und Objektsicherheit (IOS; nachfolgend: Fachstelle) wurde vom Führungsstab der Armee FST A mit der Durchführung einer Personensicherheitsprüfung betreffend den Stellungspflichtigen A._____ beauftragt.

B.
Auf das Auskunftsersuchen der Fachstelle hin legte die Jugendanwaltschaft des Kantons X._____ folgende strafrechtlich relevanten Vorfälle dar:

> Am 8. Juni 2009 wurde A._____ eines Vergehens i.S.v. Art. 19 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Betäubungsmittel vom 3. Oktober 1951 (Betäubungsmittelgesetz, aBetmG, SR 812.121) und einer Übertretung desselben nach Art. 19a aBetmG – begangen im Zeitraum zwischen dem 1. Juni 2008 und dem 3. Juni 2009 – schuldig gesprochen.
>
> Gleichentags wurde A._____ des Hausfriedensbruchs i.S.v. Art. 186 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0), der Verletzung von Verkehrsregeln nach Art. 90 Abs. 1 des Strassenverkehrsgesetzes vom 19. Dezember 1958 (SVG, SR 741.01), der Vereitelung von Massnahmen zur Feststellung der Fahrunfähigkeit nach Art. 91a Abs. 1 SVG, des pflichtwidrigen Verhaltens bei Unfall nach Art. 92 Abs. 1 SVG, der Entwendung zum Gebrauch nach Art. 94 Abs. 1 Ziff. 1 aSVG und des Fahrens ohne Führerausweis nach Art. 95 Abs. 1 aSVG – begangen am 15. Juni 2008 – schuldig gesprochen und insgesamt zu einem Freiheitsentzug von drei Wochen, bedingt vollziehbar mit einer Probezeit von sechs Monaten und einer Busse von Fr. 100.-- verurteilt.

C.
Die Fachstelle erachtete die vorhandenen Einträge im Schweizerischen Strafregister für die Risikobeurteilung als ausreichend und verzichtete hernach auf die Durchführung einer persönlichen Befragung von A._____.

Am 20. Januar 2012 fällte das Eidgenössische Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS) den Entscheid, A._____ mit sofortiger Wirkung vorzeitig aus der Rekrutierung zu entlassen. Im Weiteren belegte es ihn mit einem militärischen Aufgebotsstopp mit der Begründung, die Beurteilung als Sicherheitsrisiko lasse eine Rekrutierung zur Zeit nicht zu. Seine persönlichen Verhältnisse gälten derzeit als ungeordnet und daher bestünden Vorbehalte, welche seine Eignung für die Zuteilung zur Armee in Frage stellten.

Gleichzeitig wurde A._____ darüber in Kenntnis gesetzt, dass in Ermangelung einer Einsprache gegen die Risikoerklärung der Fachstelle erwogen werde, ihn nicht zu rekrutieren und in der Folge auch nicht der Schweizer Armee zuzuteilen. Das entsprechende Verfahren werde nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist des Entscheids der IOS ausgelöst.

A._____ nahm zu den Vorbringen schriftlich Stellung. Eine angeblich nachträglich gemachte Stellungnahme ging bis zum 2. Mai 2012 nicht bei der Fachstelle ein.

D.
Am 2. Mai 2012 erliess die Fachstelle eine Risikoerklärung und beurteilte die wiederholt begangenen Vergehen und Übertretungen von A._____ als Hinderungsgrund für die Überlassung der persönlichen Waffe gemäss Art. 113 des Militärgesetzes vom 3. Februar 1995 (MG, SR 510.10) (Ziff. 1). Im Übrigen hielt sie fest, das Überlassen der persönlichen Waffe sei nicht zu empfehlen (Ziff. 2), ebenso wenig die Verwendung innerhalb der Schweizer Armee (Ziff. 3).

Diese Verfügung erwuchs in Rechtskraft.

E.
Mit Schreiben vom 18. Juli 2012 wurde A._____ das rechtliche Gehör bezüglich des in Aussicht gestellten Entscheids über eine Untauglichkeit infolge bestehender Sicherheitsrisiken beziehungsweise einer Nichtrekrutierung infolge der am 2. Mai 2012 erlassenen Risikoerklärung gewährt, von welchem er keinen Gebrauch machte.

F.
Der Führungsstab der Armee FST A (nachfolgend: Vorinstanz) erliess am 13. September 2012 gestützt auf die Risikoerklärung den Entscheid i.S. Nichtrekrutierung gemäss Art. 21 Abs. 1 MG beziehungsweise Art. 113 MG sowie als Folge der Nichterfüllung des Anforderungsprofils.

G.
Mit Eingabe vom 12. Oktober 2012 gelangt A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) ans Bundesverwaltungsgericht und macht sinngemäss die Aufhebung der Nichtrekrutierung infolge der Risikoerklärung geltend. Die Begründung hat er am 18. November 2012 nachgereicht.

Der Beschwerdeführer führt unter anderem aus, dass der Entscheid der Vorinstanz nicht angemessen sei und dadurch sein Berufswunsch, sich in (…) weiterbilden zu lassen, verunmöglicht werde. Zudem sei es für ihn unverständlich, weshalb er nicht wenigstens zum Zivildienst zugelassen werde.

H.
Die Vorinstanz reicht dem Bundesverwaltungsgericht am 10. Dezember 2012 ihre Vernehmlassung zur Beschwerde ein und beantragt, diese sei abzuweisen.

I.
Der Beschwerdeführer hält in seinen Schlussbemerkungen vom 15. Januar 2013 fest, dass er zurzeit in einem festen Arbeitsverhältnis stehe und am 1. Februar bzw. 1. März 2013 wieder (im Einsatz stehe).

J.
Auf die Vorbringen der Parteien und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird, soweit entscheiderheblich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern sie von Behörden erlassen wurden, die gemäss Art. 33 VGG als Vorinstanzen gelten, und überdies keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Der Führungsstab der Armee FST A ist eine Organisationseinheit des VBS. Er gehört somit zu den Behörden nach Art. 33 Bst. d VGG und ist daher Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist damit zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

1.2 Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (vgl. Art. 37 VGG).

1.3 Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Der Beschwerdeführer ist als Adressat der angefochtenen Nichtrekrutierung zur Beschwerde legitimiert.

1.4 Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (vgl. Art. 50 und Art. 52 VwVG) ist daher einzutreten.

2.
Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen – einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens – sowie auf Angemessenheit (Art. 49 VwVG). Gerügt werden kann also auch die Unangemessenheit einer angefochtenen Verfügung (Art. 49 Bst. c VwVG).

3.
Zunächst stellt sich vorliegend die Frage, ob die Risikoerklärung, infolge derer die Nichtrekrutierung verfügt wurde, in formelle Rechtskraft erwachsen ist und deren Inhalt somit nicht mehr in Frage gestellt werden kann.

3.1 Ein Entscheid erwächst in formelle Rechtskraft, d.h. verfahrensmässige Unanfechtbarkeit und Endgültigkeit, Unabänderlichkeit in diesem Verfahren, wenn kein ordentliches Rechtsmittel ergriffen werden kann. Sie tritt unter anderem auch dann ein, wenn die Rechtsmittelfrist unbenützt abgelaufen ist (vgl. dazu RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS/DANIELA THURNHERR/DENISE BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, 2. Aufl., Basel 2010, Rz. 951).

3.2 Die erstinstanzlichen Verfügungen sind nur formell rechtsbeständig, da sie möglicherweise in einem erneuten Verfahren wieder überprüft werden können. Dient ein Verwaltungsentscheid jedoch als Grundlage für einen weiteren Entscheid, hat die Behörde, welche über die zweite Massnahme zu entscheiden hat, vom Ergebnis des früheren Verfahrens auszugehen und es ihrem Entscheid zugrundezulegen. Die Rechtsbeständigkeit einer Verfügung erstreckt sich dabei nur auf das, was Gegenstand des Gesuchs war und von der zuständigen Behörde entschieden wurde (vgl. RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, a.a.O., Rz. 953 f. mit weiteren Verweisen).

3.3 Vorliegend hat der Beschwerdeführer die am 2. Mai 2012 verfügte Risikoerklärung der Fachstelle nicht angefochten. Zwar ist diese nur formell rechtsbeständig, da sie jedoch die Grundlage für die Nichtrekrutierung bildet, hat die Vorinstanz, als Behörde, welche über die Nichtrekrutierung zu entscheiden hat, vom Ergebnis der Risikoverfügung auszugehen und es ihrem Entscheid zugrundezulegen. In der Risikoerklärung vom 2. Mai 2012 beurteilte die Fachstelle die wiederholt begangenen Vergehen und Übertretungen des Beschwerdeführers als Hinderungsgrund für die Überlassung der persönlichen Waffe gemäss Art. 113 MG und empfahl, dem Beschwerdeführer keine persönliche Waffe zu überlassen. Dieses Ergebnis hat die Vorinstanz nun ihrem Entscheid bezüglich Rekrutierung/Nichtrekrutierung zugrundezulegen und sie hat von einer erneuten materiellen Prüfung abzusehen.

4.

Im Folgenden gilt es also lediglich zu prüfen, ob die Nichtrekrutierung aufgrund der unangefochten gebliebenen Risikoerklärung vom 2. Mai 2012 zu Recht erfolgt ist.

4.1 Gemäss Art. 66 der Verordnung über die Militärdienstpflicht vom 19. November 2003 (MDV, SR 512.21) können Angehörige der Armee, deren persönliche Verhältnisse ungeordnet sind, nur mit Zustimmung des Führungsstabs der Armee FST A einen Grundausbildungsdienst leisten, eine neue Funktion übernehmen oder befördert werden (Art. 66 Abs. 1 MDV). Es können zudem eine Umteilung, ein Aufgebotsstopp und vorsorgliche Massnahmen verfügt werden (vgl. Art. 66 Abs. 2 MDV). Ungeordnete persönliche Verhältnisse sind ausdrücklich auch dann gegeben, wenn Hinderungsgründe für die Überlassung der persönlichen Waffe bestehen (vgl. Art. 66 Abs. 3 Bst. d^{bis} MDV). Vorliegend wurde der Beschwerdeführer mit Entscheid des VBS vom 20. Januar 2012 mit sofortiger Wirkung vorzeitig aus der Rekrutierung entlassen und mit einem militärischen Aufgebotsstopp belegt.

In der erwähnten Verfügung betreffend vorzeitige Entlassung und Aufgebotsstopp heisst es weiter, wenn innerhalb einer Frist von 30 Tagen keine Beschwerde ("Einsprache") gegen die Risikoerklärung der Fachstelle geführt werde, erwäge der Führungsstab der Armee FST A, den Beschwerdeführer nicht zu rekrutieren und in der Folge auch nicht der Armee zuzuteilen. Einerseits ergibt sich diese Schlussfolgerung aus Art. 13 Abs. 1 der Verordnung über die Rekrutierung vom 10. April 2002 (VREK, SR 511.11), gemäss welcher nur militärdiensttauglich ist, wer aufgrund seines Leis-

tungsprofils den Anforderungen an den Militärdienst entspricht und bei dem kein Grund für eine Nichtrekrutierung nach Art. 21 Abs. 1 MG sowie kein Hinderungsgrund für die Überlassung der persönlichen Waffe nach Art. 113 MG vorliegt. Andererseits wird gemäss Art. 14 Abs. 1 VREK der Armee nur zugeteilt, wer militärdiensttauglich ist (vgl. zum ganzen Abschnitt: Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-4163/2012 vom 16. Januar 2013 E. 6.2 und A-5391/2011 vom 5. April 2012 E. 5.2).

4.2 Empfiehlt die Fachstelle, von einer Überlassung der persönlichen Waffe sei abzusehen und erwächst diese Empfehlung in Rechtskraft, kommt eine Rekrutierung durch die Vorinstanz faktisch nicht mehr in Frage, wenn für sie kein Anlass besteht, am Vorhandensein eines Hinderungsgrundes gemäss Art. 113 MG zu zweifeln. Denn obschon Art. 21 Abs. 4 Satz 2 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit vom 21. März 1997 (BWIS, SR 120) und Art. 23 Abs. 1 der Verordnung über die Personensicherheitsprüfungen vom 4. März 2011 (PSPV, SR 120.4) bestimmen, dass die Vorinstanz als entscheidende Behörde nicht an die Einschätzung der Fachstelle gebunden ist, lässt Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 14 Abs. 1 VREK keine Rekrutierung mehr zu, wenn die Vorinstanz selbst zu keiner anderen Einschätzung gekommen ist. Durch eine in Rechtskraft erwachsene Risikoerklärung der Fachstelle wird nämlich unabänderlich festgestellt, dass ein Hinderungsgrund für die Überlassung der persönlichen Waffe bestehe, aufgrund dessen eine Militärdiensttauglichkeit ausgeschlossen werden muss und als Folge – bei keinen weiteren Zweifeln der Vorinstanz – auch keine Zuteilung zur Armee erfolgen kann.

4.3 Ist also eine Risikoerklärung unangefochten geblieben, lässt Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 14 Abs. 1 VREK den Verwaltungsbehörden bei der Anordnung von Rechtsfolgen keinen Handlungsspielraum: Ohne Anlass am Vorhandensein eines Hinderungsgrundes gemäss Art. 113 MG zu zweifeln, kommt lediglich eine Nichtrekrutierung in Frage. Die Prüfung der Verhältnismässigkeit des Entscheids als selbstverständlicher Begleiter der Ermessensbetätigung hat demnach zu unterbleiben (vgl. dazu PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 26 Rz. 11; vgl. auch ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 441).

4.4 Zu erwähnen bleibt, dass gemäss Art. 21 Abs. 1 Bst. a MG Stellungspflichtige nicht rekrutiert werden, wenn sie für die Armee infolge eines

Strafurteils wegen eines Verbrechens oder Vergehens untragbar geworden sind. Zudem erlaubt Art. 113 MG der Vorinstanz zur Prüfung von Hinderungsgründen für die Überlassung der persönlichen Waffe unter anderem auch, selbst in das Strafregister sowie in Straf- und Strafvollzugsakten Einsicht zu nehmen (Abs. 1 Bst. b) und eine Nichtrekrutierung zu verfügen. Der "Umweg" über eine Personensicherheitsprüfung gemäss Art. 113 Abs. 1 Bst. d MG und deren durch Art. 13 Abs.1 i.V.m. Art. 14 Abs. 1 VREK vorgesehenen Folgen bei einer unangefochten gebliebenen Risikoerklärung sind demnach gesetzeskonform.

4.5 Der Zivildienst ist gemäss Art. 1 des Bundesgesetzes über den zivilen Ersatzdienst vom 6. Oktober 1995 (ZDG, SR 824.0) nur für Militärdienstpflichtige zugänglich. Auf Gesuch hin hat die Vollzugsstelle des Bundes für den Zivildienst (ZIVI) über die Zulassung zum Zivildienst im militärischen Bereich zu entscheiden (vgl. Art. 16 ff. ZDG). Da die Zulassung des Beschwerdeführers zum Zivildienst vorliegend jedoch nicht Gegenstand der Prüfung bildet, kann diese Frage offengelassen werden. Auch auf die Alternative eines waffenlosen Dienstes ist hier nicht näher einzugehen. Im Übrigen hat sich das Bundesverwaltungsgericht bereits in mehreren Entscheiden dafür ausgesprochen, dass mit der Vorinstanz einig zu gehen sei, dass keine Auflagen erkennbar seien, die das Risiko eines Waffenmissbrauchs verringern können (vgl. dazu u.a. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-4163/2012 vom 16. Januar 2013 E. 8.2, A-1273/2012 vom 11. September 2012 E. 6.4 und A-874/2012 vom 16. August 2012 E. 5.4.2).

5.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die von der Vorinstanz verfügte Nichtrekrutierung zu Recht erfolgte. Die Beschwerde ist damit abzuweisen. Hinzuweisen bleibt auf Folgendes: Die Vorinstanz verlangt – mit Blick auf das mit einer Waffe verbundene Gefahrenpotential – zu Recht, dass die überprüften Stellungspflichtigen, denen sie eine Waffe aushändigt, sich durch eine besondere Zuverlässigkeit auszeichnen müssen. Das Bundesverwaltungsgericht ist sich bewusst, dass sich die Vorinstanz hierbei auf eine Empfehlung stützt, welche einen strengen Massstab ansetzt und erachtet diese vorsichtige Praxis als angebracht und vertretbar (vgl. dazu u.a. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5324/2012 vom 31. Januar 2013 E. 5.4.4 f. und A-4163/2012 vom 16. Januar 2013 E. 8.3). Dass der Beschwerdeführer nun angeblich nicht mehr zur weiteren Ausbildung in (…) zugelassen werden dürfe, liegt aufgrund durchgeführ-

ter Abklärungen nicht auf der Hand und erscheint weder angemessen noch zweckdienlich zu sein.

6.
Bei diesem Verfahrensausgang gilt der Beschwerdeführer als unterliegend. Er hat die Verfahrenskosten zu tragen, welche auf Fr. 500.-- festzusetzen sind (Art. 1 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Vom geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 800.-- sind dem Beschwerdeführer nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils Fr. 300.-- zurückzuerstatten.

7.
Angesichts seines Unterliegens steht dem Beschwerdeführer von vornherein keine Parteientschädigung zu (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE e contrario). Auch der Vorinstanz wird keine Parteientschädigung zugesprochen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 3 VGKE).

8.
Dieses Urteil kann nicht beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 83 Bst. i des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Es ist somit endgültig.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 500.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 800.-- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 300.-- wird dem Beschwerdeführer nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet. Hierzu hat er dem Bundesverwaltungsgericht seine Post- oder Bankverbindung anzugeben.

3.
Es werden keine Parteientschädigungen gesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

– den Beschwerdeführer (Einschreiben)
– die Vorinstanz (Ref-Nr. […]; Einschreiben)
– das Generalsekretariat VBS (Einschreiben)

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
Christoph Bandli	Stephan Metzger

Versand: