

Juristisches Kurzgutachten zur Militärdiensttauglichkeit mit Einschränkungen

erstellt durch das Zentrum für Demokratie Aarau (ZDA)

im Auftrag der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle

Prof. Dr. Andreas Glaser/Clara Beer (BLaw)/Lukas Christen (BLaw)

Aarau, 4. Dezember 2023, aktualisiert und um einen Anhang ergänzt am 19. August 2024

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	3
1. Zusammenfassung	4
2. Militärdiensttauglichkeit.....	5
2.1. Rechtliche Ausgestaltung.....	5
2.2. Erfordernis der gesetzlichen Grundlage	6
2.2.1. Rechtssatzerfordernis: Generell-abstrakte Normstruktur	6
2.2.2. Erfordernis der genügenden Bestimmtheit	7
2.3. Erfordernis der Gesetzesform	10
2.3.1. Wichtige Bestimmungen in ein formelles Gesetz	10
2.3.2. Gesetzesdelegation von weniger wichtigen Bestimmungen	11
2.3.3. Zwischenergebnis	12
2.4. Rechtsmittel gegen den Tauglichkeitsentscheid	13
2.4.1. Beschwerde an eine andere UC	13
2.4.2. Revision.....	15
2.4.3. Neubeurteilung	15
2.4.4. Keine Beschwerde an eine höhere Instanz	17
2.4.5. Zwischenergebnis	19
3. Personensicherheitsprüfung.....	20
3.1. Rechtliche Ausgestaltung.....	20
3.2. Gesetzmässigkeit	20
3.3. Rechtsmittel gegen Entscheide zur Personensicherheitsprüfung.....	20
3.3.1. Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht.....	20
3.3.2. Keine Beschwerde an das Bundesgericht.....	21
4. Anhang: Informationsaustausch in den Rekrutierungszentren	22
4.1. Rechtsgrundlagen betreffend das Gesundheitspersonal.....	22
4.2. Rechtsgrundlagen betreffend das Personal der Fachstelle PSP	22

Vorwort

Die Geschäftsprüfungskommissionen der Eidgenössischen Räte (GPK) haben die Parlamentarische Verwaltungskontrolle (PVK) am 24. Januar 2023 mit einer Evaluation des Militärdienstes mit Einschränkungen beauftragt. Am 8. Mai 2023 hat die zuständige Subkommission EDA/VBS der GPK des Nationalrates (GPK-N) entschieden, dass die PVK die Beurteilung der Tauglichkeit mit Einschränkungen untersuchen soll. Im Rahmen dieser Untersuchung hat die PVK das Zentrum für Demokratie Aarau (ZDA) beauftragt, ein juristisches Kurzgutachten zu verfassen. Das Kurzgutachten bildet eine der Grundlagen des Berichts der PVK, wird der Kommission zugestellt und voraussichtlich auf der Website der PVK publiziert.

Die Zusammenfassung der Ergebnisse findet sich in Teil 1. Das juristische Kurzgutachten analysiert im Hauptteil die Verfassungs- und Gesetzmässigkeit der rechtlichen Ausgestaltung der Tauglichkeitsbeurteilung und der Rechtsmittel gegen den diesbezüglichen Entscheid, insbesondere auch unter dem Gesichtspunkt der Einhaltung der Rechtsgleichheit (Teil 2). Einen Schwerpunkt der Untersuchung bildet die Beantwortung der Frage, ob die Militärdiensttauglichkeit ausreichend rechtlich verankert ist und stufengerecht konkretisiert wird. In diesem Zusammenhang wird auch die Rechtmässigkeit und rechtliche Konkretisierung der Beschwerdemöglichkeiten gegen den Tauglichkeitsentscheid untersucht. Gespiegelt wird die Beurteilung der rechtlichen Ausgestaltung der Tauglichkeitsprüfung mit jener der Personensicherheitsprüfung (Teil 3).

Im Juni 2024 beauftragte die PVK das ZDA darüber hinaus mit der juristischen Begutachtung einer internen Weisung zur Weitergabe von Informationen zu einzelnen Stellungspflichtigen innerhalb der Rekrutierungszentren (Anhang).

1. Zusammenfassung

1.1 Die Kriterien für die medizinische Beurteilung der Militärdiensttauglichkeit sind nicht mit genügender Bestimmtheit in einer gesetzlichen Grundlage verankert. Weder im formellen Gesetz noch in einer Verordnung wird für die Normadressaten hinreichend deutlich, aufgrund welcher körperlicher oder psychischer Beeinträchtigungen zwingend Dienstuntauglichkeit anzunehmen ist bzw. in welchen Fällen die Behörde über Ermessen verfügt. Auch die Kategorie eingeschränkter Tauglichkeit ist in den Rechtsgrundlagen nicht vorgesehen. Da in Gesetzen und Verordnungen keine Kriterien für die Militärdiensttauglichkeit verankert sind, fehlt es an Vorgaben, anhand derer die Einhaltung der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) in der Rechtsanwendung beurteilt werden könnte. Angesichts der sachlichen Wichtigkeit der Militärdienstpflicht bzw. der subsidiären Abgabepflicht müssten die Grundzüge der Regelungen in einem formellen Gesetz verankert sein (vgl. Art. 164 Abs. 1 BV).

1.2 Das Beschwerdeverfahren im Zusammenhang mit dem Entscheid über die Militärdiensttauglichkeit ist im bundesverwaltungsrechtlichen Vergleich atypisch ausgestaltet. So besteht aufgrund eines ausdrücklichen gesetzlichen Ausschlusses keine Beschwerdemöglichkeit an eine gerichtliche Instanz, das Bundesverwaltungsgericht. Das interne Beschwerdeverfahren gleicht vielmehr einem Einspracheverfahren an die bereits in erster Instanz zuständige Behörde. Daneben fehlt es an Vorgaben bezüglich der Ausübung des Ermessens und des Anspruchs auf eine Begründung. Es bestehen somit keine hinreichenden verfahrensrechtlichen Sicherungen zur Einhaltung der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV). Die gesetzliche Ausgestaltung schränkt ausserdem die Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV ein. Dies ist aber in jedem Fall gemäss Art. 190 BV für die rechtsanwendenden Behörden massgebend. Durchgreifende Bedenken bezüglich der Einhaltung der Vorgaben der EMRK bestehen nicht.

2.1. Die Durchführung der Personensicherheitsprüfung verfügt über eine ausreichende gesetzliche Grundlage. Insbesondere sind die Grundzüge der Regelungsmaterie hinreichend bestimmt in einem formellen Gesetz geregelt.

2.2. Das Beschwerdeverfahren im Zusammenhang mit der Personensicherheitsprüfung entspricht üblichen bundesverwaltungsrechtlichen Standards. In Bezug auf die Einhaltung der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) bestehen keine Bedenken.

3. Aus verfassungsrechtlicher Sicht besteht das dringende Anliegen, die Kriterien für die medizinische Beurteilung der Militärdiensttauglichkeit und die daran anknüpfenden Dienstkategorien, insbesondere auch mit Blick auf die Überprüfbarkeit der Einhaltung der Rechtsgleichheit, hinreichend bestimmt auf Gesetzes- und Verordnungsstufe zu verankern. Die rechtlichen Mängel liessen sich im Rahmen des übergeordneten Rechts, insbesondere auch unter Einhaltung der Grundrechte, und weitgehend in der Form der Verordnung beheben.

2. Militärdiensttauglichkeit

2.1. Rechtliche Ausgestaltung

- 1 Die Pflicht zum Militärdienst (Militärdienstpflicht), die sich auf alle männlichen Schweizer Bürger erstreckt, ist in Art. 59 Abs. 1 BV¹ verfassungsrechtlich verankert. Die Verfassung sieht auch vor, dass männliche Schweizer, die weder Militär- noch Ersatzdienst leisten, eine Abgabe entrichten müssen (Abs. 3).
- 2 Der Gesetzgeber hat die Militärdienstpflicht im Militärgesetz (MG²) umgesetzt. Art. 9 Abs. 1 MG definiert die Pflicht zur Teilnahme an der militärischen Rekrutierung. An dieser werden mittels Untersuchungen, Tests und Befragungen die notwendigen Daten über die Stellungspflichtigen für die Erstellung eines Leistungsprofils und die Beurteilung der Militärdiensttauglichkeit bearbeitet (Art. 10 Abs. 1 lit. a und b MG).
- 3 In Art. 150 Abs. 1 MG ermächtigt der Gesetzgeber den Bundesrat zum Erlass von Ausführungsverordnungen. Weiter regelt er die Organisation der Rekrutierung (Art. 120 Abs. 1 MG). Gestützt auf diese Ermächtigungen erliess der Bundesrat die beiden Verordnungen VMBM³ und VMDP⁴.
- 4 Art. 15 Abs. 3 VMDP umschreibt die *Militärdiensttauglichkeit*. Tauglich ist, wer aufgrund seines Leistungsprofils dem Anforderungsprofil mindestens einer Rekrutierungsfunktion der Armee entspricht. Für die Erstellung der Anforderungsprofile wird in Art. 100 VMDP das Kommando Ausbildung des Schweizer Militärs ermächtigt. Art. 14 VMDP listet verschiedene Untersuchungsgegenstände auf, welche zur Ermittlung des Leistungsprofils getestet werden (z.B. Gesundheitszustand, körperliche Leistungsfähigkeit, Intelligenz, Psyche, etc.).
- 5 Die VMBM definiert die Militärdiensttauglichkeit aus einem *medizinischen Blickwinkel*: Militärdiensttauglich ist, wer aus medizinischer Sicht körperlich, intellektuell und psychisch den Anforderungen des Militärdienstes genügt und bei der Erfüllung dieser Anforderungen weder die eigene Gesundheit noch diejenige von Dritten gefährdet (Art. 2 Abs. 1 VMBM). Die medizinische Beurteilung findet durch medizinische Untersuchungskommissionen (UC) statt, die vom Oberfeldarzt gebildet werden (Art. 4 Abs. 1 VMBM).
- 6 Im Anhang 1 zur VMBM regelt der Bundesrat die *Entscheidungsmöglichkeiten* der UC abschliessend: Neben «Militärdiensttauglich» und «Militärdienstuntauglich» sind nach Ziff. 1.2 bis

¹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Bundesverfassung, BV) vom 18. April 1999, SR 101.

² Bundesgesetz über die Armee und die Militärverwaltung (Militärgesetz, MG) vom 3. Februar 1995, SR 510.10.

³ Verordnung über die medizinische Beurteilung der Militärdiensttauglichkeit und der Militärdienstfähigkeit (VMBM) vom 24. November 2004, SR 511.12.

⁴ Verordnung über die Militärdienstpflicht (VMDP) vom 22. November 2017, SR 512.21.

1.5 auch andere Entscheide möglich (sog. differenzierte oder eingeschränkte Militärdiensttauglichkeit). Danach kann ein Stellungspflichtiger zwar als militärdiensttauglich eingestuft werden, jedoch wird ihm aus medizinischen Gründen keine persönliche Waffe abgegeben oder das Führen von militärischen Fahrzeugen verwehrt. Weiter sind Einschränkungen in der Marsch-, Trag- und/oder Hebefähigkeit möglich. Personen mit einer eingeschränkten Militärdiensttauglichkeit gemäss Ziff. 1.2 bis 1.5 des Anhangs 1 der VMBM dürfen nur in dafür vorgesehenen differenzierten Funktionen gemäss dem jeweiligen Anforderungsprofil eingesetzt werden.

7 In Art. 16 Abs. 2 VMBM wird der Oberfeldarzt im Rahmen seiner Zuständigkeiten zum *Erläss von Weisungen* ermächtigt. Gestützt darauf erliess er die Nosologia Militaris (NM⁵), das MBDD⁶ und die UMBM⁷. Die NM enthält die medizinischen Kriterien für die Beurteilung der Diensttauglichkeit. Mittels NM-Nummern können Krankheitsbilder über zu beurteilende Personen erstellt werden. Je nach Diagnose gibt die NM der UC eine Empfehlung oder einen zwingenden Entscheid vor. Empfehlungen sind für die UC bei der Tauglichkeitsbeurteilung nicht verbindlich, an einen zwingenden Entscheid ist die UC jedoch gebunden (mit Ausnahme der Zentral UC; siehe Rz. 33). Das MBDD enthält die fachtechnischen Vorschriften und medizinischen Normen zur Beurteilung der Diensttauglichkeit. Es stellt die Ausführungsbestimmung zur NM dar. Die UMBM regelt insbesondere die Zusammensetzung und Aufgaben der verschiedenen medizinischen UC. Alle Dokumente sind klassifiziert und für die Öffentlichkeit nicht zugänglich.

2.2. Erfordernis der gesetzlichen Grundlage

2.2.1. Rechtssatzerfordernis: Generell-abstrakte Normstruktur

8 Nach dem Erfordernis des Rechtsatzes muss sich staatliches Handeln auf eine generell-abstrakte Norm stützen (vgl. Art. 5 Abs. 1 BV: Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht).⁸ Eine Norm ist generell-abstrakt, wenn sie sich an eine unbestimmte Zahl von Adressaten richtet und eine unbestimmte Zahl von Fällen erfasst.⁹ Art. 9 und 10 MG,

⁵ Nosologia Militaris vom 11. Januar 2022, Reglement 59.010 d.

⁶ Medizinische Beurteilung der Diensttauglichkeit und Dienstfähigkeit der Stellungspflichtigen und Angehörigen der Armee (MBDD) vom 1. September 2011, Reglement 59.002 d.

⁷ Weisungen des Oberfeldarztes über die Umsetzung der Medizinischen Beurteilung der Militärdiensttauglichkeit und der Militärdienstfähigkeit (UMBM) vom 01.03.2020, Weisungen 93.013 d.

⁸ HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 338.

⁹ HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 352.

Art. 15 VMDP und Art. 2 VMBM richten sich an alle Stellungspflichtigen und erfassen deren Rekrutierung sowie Militärdiensttauglichkeit. Sie haben damit generell-abstrakten Normcharakter.

- 9 Die Weisungen und Reglemente des Oberfeldarztes (NM, MBDD und UMBM) richten sich nicht direkt an die Stellungspflichtigen, sondern an das für die Tauglichkeitsbeurteilung zuständige medizinische Militärpersonal. Die Regelungen adressieren das interne Verwaltungspersonal. Die NM, MBDD und UMBM sind damit keine generell-abstrakten Normen, sondern interne Verwaltungsverordnungen.¹⁰

2.2.2. Erfordernis der genügenden Bestimmtheit

- 10 Ein Rechtsatz muss darüber hinaus genügend bestimmt, d.h. so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit absehen kann.¹¹ Je schwerer ein Eingriff in die Grundrechte von Betroffenen wiegt, umso klarer muss die Bestimmung geregelt sein.¹²
- 11 Stehen Personen in einem besonderen Rechtsverhältnis zum Staat (sog. Sonderstatusverhältnis) kann gemäss Bundesgericht ein tieferer Grad an Bestimmtheit genügen.¹³ Personen, die sich im Militärdienst befinden, stehen in einem Sonderstatusverhältnis. Die Ausgestaltung des Sonderstatus der Angehörigen der Armee wird in Art. 28 MG umschrieben, indem in Abs. 1 die Geltung der verfassungsmässigen und gesetzlichen Rechte betont und zugleich in Abs. 2 auf die erleichterten Einschränkungsmöglichkeiten im Interesse des Ausbildungsdienstes oder des jeweiligen Einsatzes hingewiesen wird. Der Beginn des Sonderstatusverhältnisses mit der Eigenschaft als Angehöriger der Armee wird durch die systematische Stellung der Bestimmung unter dem Gesetzestitel «Rechte und Pflichten der Angehörigen der Armee» unterstrichen. Mit der Rekrutierung und insbesondere dem Tauglichkeitsentscheid wird hingegen erst bestimmt, ob eine Person in den Militärdienst eintreten wird. Folglich ist im Zeitpunkt der Rekrutierung noch kein Sonderstatusverhältnis gegeben, sondern es wird geprüft, ob Stellungspflichtige überhaupt in das Sonderstatusverhältnis eintreten werden, resp. müssen. Die Anforderungen an die Bestimmtheit sind somit in diesem Zeitpunkt nicht herabgesetzt.

¹⁰ Zum Ganzen: HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 82 ff.

¹¹ BGE 109 Ia 273; HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 343.

¹² BGE 139 I 280 E. 5.1.

¹³ BGE 135 I 79; MÜLLER RETO PATRICK/MEYER HANSJÖRG, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), SGK BV, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023, Rz. 15 zu Art. 59.

- 12 Zu prüfen ist damit, ob Stellungspflichtige gestützt auf die Bestimmungen des MG, der VMBM und VMDP erkennen können, unter welchen Umständen sie von einer UC als militärdiensttauglich, -untauglich oder -tauglich mit Einschränkungen eingestuft werden. Art. 10 Abs. 1 MG schreibt vor, dass an der Rekrutierung die «notwendigen Daten» mittels «Untersuchungen, Tests und Befragungen» erhoben werden, um ein «Leistungsprofil» zur «Beurteilung der Tauglichkeit» zu erstellen. Das Militärgesetz enthält jedoch keine Definition der Militärdiensttauglichkeit. Ebenso fehlen Kriterien, wann ein Stellungspflichtiger als tauglich, untauglich oder tauglich mit Einschränkungen einzustufen ist. Folglich kann ein Privater nicht erkennen, was die Norm unter Tauglichkeit versteht und unter welchen Voraussetzungen sie gegeben resp. nicht gegeben ist. Ebenso kann er keine Kenntnis darüber haben, was er zu tun hat, um einen positiven Tauglichkeitsentscheid zu erhalten oder ob bei ihm Gründe vorliegen, die bereits zum Voraus einen zwingend negativen Entscheid zur Folge haben. Art. 10 Abs. 1 MG ist damit für die Beurteilung der Tauglichkeit zu unbestimmt. Beispielsweise im Bereich der Invalidenversicherung sind die gesetzlichen Grundlagen wesentlich bestimmter formuliert. Gemäss Art. 8 Abs. 1 ATSG¹⁴ ist die Invalidität die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit. Weitere Konkretisierungen finden sich in Art. 4 IVG¹⁵, zu den Rechtsfolgen in Art. 8 ff. IVG und ausserdem in der IVV¹⁶, z.B. Art. 3 zu Geburtsgebrechen.
- 13 Gemäss Art. 15 Abs. 3 VMDP ist militärdiensttauglich, wer mit seinem Leistungsprofil dem Anforderungsprofil mindestens einer Rekrutierungsfunktion der Armee entspricht. Die Anforderungsprofile werden nach Art. 100 VMDP durch das Kommando Ausbildung des Schweizer Militärs erstellt und sind nicht öffentlich. Damit fehlt Stellungspflichtigen die Vorhersehbarkeit bezüglich der Militärdiensttauglichkeit i.S.d. VMDP. Zudem ermöglicht Art. 15 Abs. 3 VMDP dem Schweizer Militär die Steuerung der Tauglichkeitsentscheide. Schafft sie Rekrutierungsfunktionen mit niedrigem Anforderungsprofil, können selbst Stellungspflichtige mit niedrigem Leistungsprofil als militärdiensttauglich eingestuft werden.
- 14 Art. 2 Abs. 1 VMBM liefert eine Definition der Militärdiensttauglichkeit: Militärdiensttauglich ist, wer aus medizinischer Sicht körperlich, intellektuell und psychisch den Anforderungen des Militärdienstes genügt und bei der Erfüllung dieser Anforderungen weder die eigene Gesundheit noch diejenige von Dritten gefährdet. Zunächst ist nicht ersichtlich, weshalb der Bundesrat die Militärdiensttauglichkeit in der VMDP anders regelt als in der VMBM. Ge-

¹⁴ Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG), SR 830.1.

¹⁵ Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG), SR 831.20.

¹⁶ Verordnung über die Invalidenversicherung (IVV), SR 831.201.

mäss der Definition in der VMBM müssen Stellungspflichtige auch medizinische Anforderungen erfüllen. Damit grenzt der Bundesrat den Kreis der Stellungspflichten im Gegensatz zu Art. 15 Abs. 3 VMDP ein. Jedoch fehlen auch in der VMBM Kriterien für den Tauglichkeitsentscheid.

- 15 Das verfassungsmässige Gebot der rechtsgleichen Behandlung (Art. 8 Abs. 1 BV) ist verletzt, wenn Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich oder Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird.¹⁷ Dies ist insbesondere der Fall, wenn hinsichtlich einer wesentlichen Tatsache *rechtliche* Unterscheidungen getroffen werden, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder wenn Unterscheidungen unterlassen werden, die aufgrund der Verhältnisse hätten getroffen werden müssen. Aufgrund der Unbestimmtheit der einschlägigen Normen in Bezug auf die für die Militärdiensttauglichkeit relevanten Kriterien lässt sich nicht beurteilen, ob und inwieweit beim Vollzug durch die Behörden die Rechtsgleichheit gemäss Art. 8 Abs. 1 BV eingehalten wird. Die Kriterien für allfällige *rechtliche* Unterscheidungen sind weder aus dem Gesetz noch aus den Verordnungen ersichtlich. Um die Rechtsanwendung auf die Einhaltung der Rechtsgleichheit hin untersuchen zu können, bedürfte es vielmehr eines hinreichend klaren Prüfungsmassstabes.
- 16 Ein positiver respektive negativer Tauglichkeitsentscheid liesse sich nur durch Einsicht in die NM und MBDD erkennen, da dort die einzelnen Krankheitsbilder erfasst sind und sie einer UC Empfehlungen oder einen zwingenden Entscheid (Ausnahme Zentral UC; siehe Rz. 33) vorgeben. Diese sind jedoch intern und Privaten nicht zugänglich.
- 17 Für die Verwaltung gilt das Öffentlichkeitsprinzip (Art. 6 BGÖ)¹⁸. Regelungen, die aufgrund des Rechtssatzerfordernisses und des Bestimmtheitsgebots öffentlich sein müssten, aber stattdessen intern oder geheim gehalten werden, bedürfen ihrerseits einer gesetzlichen Grundlage.¹⁹ Eine gesetzliche Geheimhaltungserklärung fehlt jedoch. Weiter wird zur Rechtfertigung der *Geheimhaltung* von NM und MBDD die Besorgnis angeführt, dass eine mögliche Öffentlichkeit der NM missbraucht werden könnte. Stellungspflichtige wüssten vor der Rekrutierung, mit welchem Krankheitsbild sie zwingend dienstuntauglich wären und könnten sich so dem Militärdienst entziehen. Schon heute sind jedoch gewisse Krankheitsbilder allgemein bekannt, aus welchen ein negativer Tauglichkeitsentscheid resultieren kann (Psyche, Schlafwandel, etc.). Soweit diese Diagnosen bereits bekannt sind, besteht daher

¹⁷ Dazu und zum Folgenden BGE 148 I 271 E. 2.2.

¹⁸ Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ), SR 152.3.

¹⁹ Nach dem Öffentlichkeitsprinzip bedarf die Geheimhaltungserklärung gem. Art. 4 BGÖ einer gesetzlichen Grundlage.

ohnehin kein öffentliches Interesse an der Geheimhaltung. Zudem werden Stellungspflichtige im Rahmen der Rekrutierung militärärztlich untersucht. Bringen Stellungspflichtige äusserlich nicht erkennbare Krankheiten vor, so müssen sie diese beweisen und es ist Aufgabe des militärärztlichen Dienstes, die vorgebrachten Einwände zu prüfen. Eine gewisses Manipulationspotential kann zudem nie ganz ausgeschlossen werden.

18 Die medizinische Beurteilung durch das Fachpersonal erfordert notwendigerweise einen gewissen *Ermessensspielraum*. Da die Kriterien jedoch nicht öffentlich sind, ist für eine betroffene Person nicht erkennbar, ob und wie stark das Ermessen ausgeübt wurde oder ob es sich um einen gemäss NM zwingenden Entscheid handelt. Dazu wird der Entscheid nur mündlich erläutert und das Ergebnis schriftlich eröffnet (vgl. Art. 9 Abs. 3 VMBM und Ziff. 2.3 Teil I UMBM). Mangels öffentlicher Kriterien und schriftlicher Begründung ist weder gewährleistet, dass Betroffene den Ausgang ihres Tauglichkeitsentscheids im Vorhinein absehen können noch, dass sie ihn im Nachhinein nachvollziehen können. Gerade in Grenzfällen fehlen Stellungspflichtigen damit wichtige Informationen für den Entschluss, gegen den Tauglichkeitsentscheid ein Rechtsmittel zu ergreifen und dadurch dessen Rechtmässigkeit überprüfen zu lassen.

19 Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Rechtsnormen in MG, VMDP und VMBM den Anforderungen an die Bestimmtheit bezüglich der Militärdiensttauglichkeit nicht genügen. Eine Beurteilung der Vereinbarkeit der Unterscheidungskriterien mit dem Gebot der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) ist folglich nicht möglich.

2.3. Erfordernis der Gesetzesform

2.3.1. Wichtige Bestimmungen in ein formelles Gesetz

20 Gemäss dem Erfordernis der Gesetzesform müssen wichtige Rechtsnormen in einem formellen Gesetz anstatt lediglich in einer Verordnung enthalten sein (Art. 164 Abs. 1 Satz 1 BV). Zu den wichtigen Bestimmungen zählen insbesondere die Rechte und Pflichten von Personen, der Kreis der Abgabepflichtigen sowie der Gegenstand und die Bemessung von Abgaben (Art. 164 Abs. 1 Satz 2 lit. c und d BV). Massgebend für die Wichtigkeit einer Regelung sind zudem namentlich die Intensität, mit der sie in die Rechtsstellung der Betroffenen eingreift, die Zahl an betroffenen Personen, die finanzielle Tragweite sowie die Akzeptanz in der Bevölkerung.²⁰

21 Da die Beurteilungskriterien für den Tauglichkeitsentscheid in der NM und der MBDD enthalten sind und es sich dabei um interne Verwaltungsverordnungen handelt, liegen weder

²⁰ HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 354.

Gesetze im materiellen noch im formellen Sinn vor. Das Gesetzesformerfordernis ist in jedem Fall nicht eingehalten.

- 22 Der Militärdienstpflicht unterstehen alle volljährigen männlichen Schweizer Bürger. Der Militärdienst umfasst 245 zu leistende Dienstage, davon mindestens 18 Wochen in der Rekrutenschule, in welcher Rekruten vom zivilen Leben weitestgehend getrennt sind (Art. 6 VMDB). Wer nicht Militärdienst leistet, ist bis zu 11 Jahre zur Zahlung einer Wehrpflichtersatzabgabe in Höhe von 3% des Jahreslohns verpflichtet (Art. 3, 13 WPEG²¹). Der Tauglichkeitsentscheid ist massgebend dafür, ob ein Betroffener die Pflicht des Militärdienstes oder der Wehrpflichtersatzabgabe zu leisten hat. Es geht somit um Rechte und Pflichten der Einzelnen und unter Umständen um die Erhebung einer Abgabe. Zudem können sich Fragen in Bezug auf die Einhaltung der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) stellen. Auch angesichts der Intensität und der grossen Zahl an Betroffenen handelt es sich beim Tauglichkeitsentscheid um wichtige Bestimmungen i.S.v. Art. 164 Abs. 1 BV. Damit müssten zumindest die Grundzüge des Tauglichkeitsentscheids in einem formellen Gesetz enthalten sein.
- 23 Mit der Einführung der differenzierten Militärdiensttauglichkeit erweitert sich zudem die Zahl der positiven Tauglichkeitsentscheide. Personen mit gesundheitlichen Einschränkungen werden für spezifische Funktionen in den Militärdienst aufgenommen. Stünde diese Möglichkeit nicht zur Verfügung, würden betroffene Personen als militärdienstuntauglich eingestuft werden und dürften, resp. müssten keinen Militärdienst leisten. Wie bereits ausgeführt, hat dies einschneidende Auswirkungen auf die Freiheit der Stellungspflichtigen. Die Militärdiensttauglichkeit mit Einschränkungen ist jedoch nur auf Verordnungsstufe im Anhang I der VMDB verankert. Angesichts der Bedeutung der Regelung müssten auch hier die Grundzüge in einem Gesetz im formellen Sinn verankert sein.

2.3.2. Gesetzesdelegation von weniger wichtigen Bestimmungen

- 24 Weniger wichtige Bestimmungen können in einer Verordnung (sog. gesetzesvertretende Verordnung) geregelt werden.²² Die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an den Bundesrat als Ordnungsgeber ist nach dem Legalitätsprinzip in Art. 5 Abs. 1 BV nur zulässig, wenn sie nicht durch die Verfassung ausgeschlossen ist (Art. 164 Abs. 2 BV), sie sich auf

²¹ Bundesgesetz über die Wehrpflichtersatzabgabe (WPEG) vom 12. Juni 1959, SR 661.

²² HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 351.

eine bestimmte, genau umschriebene Materie beschränkt, die Delegationsnorm in einem Gesetz enthalten ist und die Grundzüge der delegierten Materie in einem Gesetz umschrieben sind.²³

25 Art. 150 Abs. 1 MG ermächtigt den Bundesrat zum Erlass von Ausführungsverordnungen. Danach kann er Dienstreglemente erlassen, in welchen er «namentlich die Rechte und Pflichten der Angehörigen der Armee» umschreibt (Abs. 2). Weiter kann er das VBS ermächtigen, zur Wahrung der militärischen Geheimhaltung Vorschriften zu erlassen (Abs. 3). Eine konkrete Delegationsermächtigung ist nur in Art. 20 Abs. 3 MG für die Neu Beurteilung des Tauglichkeitsentscheids vorgesehen. Die VMDB stützt sich spezifisch auf die Ermächtigungen in Art. 20 Abs. 3 und Art. 150 Abs. 1 MG. Die VM DP stützt sich generell auf das MG. Eine solche Blankoermächtigung vermag die Delegationsvoraussetzungen nicht zu erfüllen. Damit fehlen auf Gesetzesstufe hinreichende Delegationsermächtigungen an den Bundesrat bezüglich der Umschreibung der Diensttauglichkeit, Festlegung der Tauglichkeitskriterien sowie der Erweiterung der Tauglichkeit in Form der differenzierten Tauglichkeit.

2.3.3. Zwischenergebnis

26 Eine Definition der Militärdiensttauglichkeit inkl. der Möglichkeit der Militärdiensttauglichkeit mit Einschränkungen muss in einem Gesetz im formellen Sinn verankert sein. Ebenso müssen die Grundzüge der Voraussetzungen der Militärdiensttauglichkeit verbunden mit einer Ermächtigung des Bundesrats, diese in einer Verordnung genauer zu umschreiben, in einem Gesetz im formellen Sinn geregelt sein. Die derzeit in der NM und der MBDD enthaltenen Vorgaben für die Beurteilung der Militärdiensttauglichkeit müssten zumindest in den groben Zügen mit hinreichender Bestimmtheit auf Verordnungsstufe geregelt werden. Die Regelungen müssten die Entscheidungskriterien betreffend die Tauglichkeit in einer für die Stellungspflichtigen vorhersehbaren Weise umschreiben. Anhand dieser Kriterien liesse sich die Vereinbarkeit mit dem Gebot der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) überprüfen. Sollen bestimmte Vorgaben nicht öffentlich gemacht werden, bedürfte es hierfür ebenfalls einer hinreichend bestimmten Verankerung in Gesetz und Verordnung. Materiell-rechtliche Einwände, beispielsweise mit Blick auf die Verletzung von Grundrechten, drängen sich derzeit nicht auf, sodass sich die rechtlichen Mängel mit einer Überführung der Regelungen in Gesetz und Verordnungen beheben liessen.

²³ HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 350 f.

2.4. Rechtsmittel gegen den Tauglichkeitsentscheid

27 Der Entscheid über die Militärdiensttauglichkeit wird von einer UC gefällt (Art. 14 VMBM). Die UC bestehen aus einer vorsitzenden und normalerweise zwei, mindestens aber einer beisitzenden Person (Art. 4 Abs. 2 VMBM, Ziff. 1 Teil I, Ziff. 2.4 Teil II UMBM). Gegen deren Entscheid können die betroffenen Personen folgende Rechtsmittel ergreifen.

2.4.1. Beschwerde an eine andere UC

28 Anders als in den ordentlichen Rechtsschutzverfahren der Personensicherheitsprüfung und Nichtrekrutierung (Rz. 53 ff.) schliesst Art. 3 lit. d VwVG²⁴ die Anwendbarkeit des VwVG auf Beschwerdeverfahren gem. Art. 39 MG eindeutig aus. Dessen ungeachtet wird in Art. 14 Abs. 2 VMBM das Gegenteil bestimmt, wonach das VwVG unter Vorbehalt von Art. 39 MG und Art. 14 f. VMBM für das Beschwerdeverfahren anwendbar erklärt wird.

29 Auch vor dem Hintergrund des Beschwerdeverfahrens stellt sich die Frage der Vereinbarkeit von Art. 14 VMBM mit dem Legalitätsprinzip (vgl. Rz. 24). Anders als bei der Neubeurteilung in Art. 20 Abs. 3 MG besteht keine explizite Delegationsnorm für die Festlegung der Voraussetzungen der Beschwerde durch den Verordnungsgeber. Die Blankoermächtigung in Art. 150 Abs. 1 MG genügt dem Legalitätsprinzip nicht (Rz. 25). Überdies kann sich der Bundesrat nicht über die gesetzliche Ausnahmeregelung von Art. 3 lit. d VwVG hinwegsetzen und mittels Verordnungsbestimmung das Verfahren dem VwVG unterstellen. Das Verfahren nach Art. 39 MG und Art. 14 f. VMBM wird im Folgenden dargestellt.

30 Mit der Beschwerde kann der Entscheid über die Tauglichkeit (mit Einschränkungen) bzw. Untauglichkeit zum Militärdienst angefochten werden (Art. 39 MG, Art. 14 Abs. 1 VMBM).

31 Nach Art. 39 MG sind «Angehörige der Armee» zur Beschwerdeerhebung legitimiert. Angehöriger der Armee ist jeder, der ausgehoben und für diensttauglich erklärt ist, bis er aus der Militärdienstpflicht entlassen wird (Art. 3 Abs. 1 DRA²⁵). Unter Angehörigen der Armee i.S.v. Art. 39 MG sind demnach auch Rekruten oder Stellungspflichtige zu verstehen. Indes sind Personen, die aufgrund von Untauglichkeit nicht ins Militär aufgenommen wurden, vom Beschwerderecht ausgeschlossen. Angesichts der grossen Anzahl betroffener Personen, der erheblichen Eingriffe in individuelle Rechte und der Auferlegung von Pflichten (Rz. 22) ist es aus rechtsstaatlicher Sicht zentral, diesen Personen ein Beschwerderecht einzuräumen, um zu vermeiden, dass die Beschwerde ins Leere läuft. Ziff. 4 Teil I UMBM, der dieselben

²⁴ Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG) vom 20. Dezember 1968, SR 172.021.

²⁵ Dienstreglement der Armee (DRA), SR 510.107.0.

Personen und Stellen zur Beschwerdeerhebung zulässt wie zur Einreichung eines Gesuchs um Neubeurteilung, entspricht derzeit nicht dem Bundesrecht.

- 32 Die Beschwerde ist bei einer anderen UC zu erheben (Art. 39 MG). Art. 14 Abs. 1 VMBM konkretisiert weiter, dass die Beschwerde beim militärärztlichen Dienst eingereicht werden muss. Die zuständigen Ärzte des militärärztlichen Dienstes bezeichnen anschliessend eine andere UC, welche als Beschwerdeinstanz entscheidet (Ziff. 4.1 Teil I UMBM). Nicht geregelt ist, ob «andere» in diesem Kontext bedeutet, dass die UC aus verschiedenen Personen oder an einem anderen Ort zusammengesetzt sein muss. Um eine Vorbefassung der UC zu vermeiden und deren Unparteilichkeit (Rz. 46) zu gewährleisten, sollten bei der Zweitbeurteilung andere Personen als bei der Erstbeurteilung eingesetzt werden.²⁶ Der räumliche Ort der Beurteilung spielt unter dem Aspekt der Unparteilichkeit eine eher untergeordnete Rolle.
- 33 Richtet sich die Beschwerde gegen einen Untauglichkeitsentscheid, der nach der NM zwingend ist, wird die Beschwerde von der Zentral UC beurteilt. Die Zentral UC besteht aus zivilen Ärzten mit je einem Vertreter der Spezialitäten (Innere Medizin, Chirurgie/Orthopädie und Psychiatrie, Ophthalmologie) sowie einem Vertreter des militärärztlichen Dienstes (Ziff. 6.2 Teil II UMBM). Diese besondere Zusammensetzung rechtfertigt sich dadurch, dass sich die Zentral UC bei ihrem Entscheid als einzige UC im Einzelfall und im Einverständnis mit dem zu Beurteilenden über die sanitätsdienstlichen Vorschriften und Weisungen (insb. der NM) hinwegsetzen darf (Ziff. 6.3 Teil II UMBM). Die fehlende Bindung der Zentral UC an die Weisungen und Reglemente verwischt die Grenze zwischen einem Ermessensentscheid und den zwingenden Tatbeständen der NM. Hier spiegelt sich die bereits oben festgestellte Problematik der fehlenden gesetzlichen Grundlage der Militärdiensttauglichkeit wider sowie der Frage, wann es sich um einen Ermessensentscheid handelt und wann eine zwingende Bindung der UC an die NM besteht (Rz. 16 ff.). Diese Schwierigkeiten führen zu einem inkohärenten Rechtsschutzsystem, in dem die Beschwerdeinstanz einen Entscheid, der nach der NM zwingend ist, dennoch nach eigenem Ermessen beurteilen kann. Daher wäre eine betroffene Person praktisch auch kaum in der Lage, einen allfälligen Verstoss gegen das Gebot der Rechtsgleichheit zu rügen (siehe auch Rz. 10 ff.).
- 34 Spezifische Gründe, die mit der Beschwerde geltend gemacht werden können, sind weder im MG noch in der VMBM oder den UMBM geregelt.
- 35 Die Beschwerde ist innert 30 Tagen seit Eröffnung des Entscheids (Art. 14 Abs. 1 VMBM, Ziff. 4.1 Teil I UMBM) in schriftlicher Form zu erheben (Ziff. 4.1 Teil I UMBM). Das Ver-

²⁶ KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018, § 43 Rz. 30 f.

fahren ist kostenlos (Art. 15 VMBM). Die betroffenen Personen werden durch eine Rechtsmittelerklärung über die Möglichkeit der Beschwerdeerhebung mit Frist- und Formerfordernissen sowie über die Endgültigkeit des Beschwerdeentscheids aufgeklärt.²⁷ Die Einlegung der Beschwerde wird jedoch dadurch erschwert, dass es keine schriftliche Begründung und keine öffentlich zugänglichen Eignungskriterien (Rz. 18) gibt, die es der betroffenen Person ermöglichen würden, die genauen Gründe für den Entscheid nachzuvollziehen. Den Betroffenen ist es daher praktisch kaum möglich, einen allfälligen Verstoss gegen das Gebot der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) zu rügen, da Angaben darüber fehlen, welche Kriterien Ausschlag gebend waren.

2.4.2. Revision

36 Wird davon ausgegangen, dass sich Art. 3 lit. d VwVG nur auf das Beschwerdeverfahren, welches mit dem Entscheid beendet ist, und auf die Anfechtung an eine höhere Instanz bezieht, kann die Partei gegen den Beschwerdeentscheid bei der Beschwerdeinstanz ein Revisionsgesuch nach Art. 66 ff. VwVG einreichen (so Ziff. 4.2 Teil I UMBM). Daneben kann die Revision von der Beschwerdeinstanz von Amtes wegen eingeleitet werden (Art. 66 Abs. 1 VwVG). Die Revision wird wiederum von derjenigen UC beurteilt, welche bereits über die Beschwerde entschieden hat. Frist und Form der Revision sind in Art. 67 VwVG geregelt. In Art. 66 Abs. 1 und 2 VwVG sind ferner die Gründe, welche mit der Revision geltend gemacht werden können, verankert.

2.4.3. Neubeurteilung

37 Stets möglich ist die Forderung bzw. Anordnung einer Neubeurteilung der Militärdiensttauglichkeit. Das Verfahren der Neubeurteilung folgt den speziellen Normen des MG und der VMBM sowie den Allgemeinen des VwVG nach Art. 1 Abs. 2 lit. a und 4 VwVG.

38 Die Neubeurteilung kann entweder von Amtes wegen durch den militärärztlichen Dienst (Art. 20 Abs. 1 MG) oder auf Gesuch von Personen und Stellen nach Art. 20 Abs. 1^{bis} MG eingeleitet werden. Nach Art. 7 VMBM muss die gesuchstellende Person das Gesuch beim militärärztlichen Dienst einreichen. Anschliessend bezeichnet der zuständige Arzt des militärärztlichen Dienstes eine medizinische UC als «Revisionsinstanz», sofern er auf das Neubeurteilungsgesuch eintritt (Ziff. 4.2 Teil I UMBM).

39

²⁷ Form 18.035.03; Form 18.035.

Das MG sowie die VMBM sehen keine gesonderten Gründe vor, die für die Neu beurteilung vorgebracht werden müssen. Demgegenüber bestimmen die UMBM in Ziff. 4.2 «Revisionsgründe», welche eine Neu beurteilung rechtfertigen.²⁸

40 Der Bundesrat kann nach Art. 48 RVOG²⁹ Rechtsetzungsbefugnisse an Departemente, Gruppen und Ämter delegieren, wobei die Tragweite der Regelungsmaterie, d.h. die materielle Wichtigkeit der Bestimmung, zu beachten ist (sog. Subdelegation).³⁰ Unter diesem Gesichtspunkt erscheint die Tragweite der Einschränkung des Neu beurteilungsrechts mittels Definition von «Revisionsgründen» wie in Ziff. 4.2 Teil I UMBM aufgrund der grossen Anzahl an Betroffenen (Rz. 22) zu weitgehend, als dass sie durch eine Weisung wie der UMBM getroffen werden könnte. Erforderlich wäre vielmehr die Umschreibung der Voraussetzungen für eine Neu beurteilung auf Verordnungsstufe, wie in Art. 20 Abs. 3 MG vorgesehen. Ohnehin wirkt die Voraussetzung der Geltendmachung von «neue[n] medizinische[n] Tatsachen oder Veränderungen des Gesundheitszustandes[, die] nach erfolgtem Entscheid eingetreten sind» zu unbestimmt, da aufgrund fehlender gesetzlicher Grundlagen zur Militärdiensttauglichkeit (Rz. 10 ff.) für die betroffene Person nicht erkennbar ist, welche Veränderungen für eine Neu beurteilung entscheidend sein könnten.

41 Eine Frist für die Einreichung des Gesuchs besteht im Gegensatz zur Revision (Rz. 36) nicht. Art. 7 VMBM legt weiter fest, dass das Gesuch schriftlich begründet werden muss und die notwendigen Beweismittel enthalten soll. Welche Beweismittel notwendig sind, wird in der Verordnung nicht näher definiert. Die Rechtsmittelbelehrungen sehen vor, dass dem Gesuch ein Arztzeugnis beizufügen ist.³¹ Für die betroffenen Personen ist jedoch nicht erkennbar, für welche Kriterien sie ein Arztzeugnis bzw. weitere Beweismittel einholen müssten.

42 Da sich alle Rechtsmittel an eine UC wenden, bereitet deren Abgrenzung Schwierigkeiten. Sogar die verantwortlichen Behörden vermischen die Begriffe der Neu beurteilung und der Revision.³² Während nur ein Beschwerdeentscheid in Revision gezogen werden kann (Rz. 36), ist die Neu beurteilung jederzeit möglich (Rz. 41). Die Revisionsgründe in Art. 66 VwVG stimmen im Wesentlichen mit denjenigen der Neu beurteilung nach Ziff. 4.2 Teil I UMBM überein. Allerdings betrachtet Art. 66 Abs. 2 lit. c VwVG die Verletzung der Bestimmungen über den Ausstand, das Akteneinsichtsrecht und das rechtliche Gehör an sich als Revisionsgrund. Dies steht im Einklang mit der Rechtsprechung zur formellen Natur dieser

²⁸ Diese sind auch in den Rechtsmittelbelehrungen Form 18.035.03 und Form 18.035 enthalten.

²⁹ Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG) vom 21. März 1997, SR 172.010.

³⁰ SÄGESSER THOMAS, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz RVOG, 2. Aufl., Bern 2022, Rz. 8 f. zu Art. 48.

³¹ Form 18.035.03; Form 18.035.

³² Während in der Rechtsmittelbelehrung Form 18.035.03 von der «Neu beurteilung/Revision» die Rede ist, verwendet Form 18.035 nur «Neu beurteilung».

Verfahrensrechte.³³ Demgegenüber schränkt Ziff. 4.2 Teil I UMBM das Erfordernis weiter ein und verlangt zusätzlich, dass die Beachtung der Vorschriften «aller Wahrscheinlichkeit nach zu einer anderen Entscheidung geführt hätte[n]». Zudem sind die Revisionsgründe von Art. 66 Abs. 1 und 2 lit. d VwVG nicht in den UMBM enthalten.

43 Konkretisierende Bestimmungen des Bundesrechts finden Anwendung, soweit sie dem VwVG nicht widersprechen (Art. 4 VwVG). Im Anwendungsbereich der Revision (Art. 66 ff. VwVG) ist der widersprechende «Revisionsgrund» des Ziff. 4.2 Teil I UMBM nicht anwendbar und die Revisionsgründe von Art. 66 Abs. 1 und 2 lit. d VwVG müssen angerufen werden können. Angesichts solcher Überschneidungen und Abgrenzungsschwierigkeiten erscheint das Rechtsschutzsystem in sich nicht stimmig.

2.4.4. Keine Beschwerde an eine höhere Instanz

44 Der Entscheidung der Beschwerdeinstanz kann nicht bei einer höheren Instanz angefochten werden (Art. 39 MG). In diesem Zusammenhang wird auch von einer Beschwerde sui generis gesprochen, die vielmehr einer Einsprache gleiche.³⁴ Im Gegensatz zu dem auf Bundesebene üblichen Instanzenzug bei einer Beschwerde gelangt diese (untechnische) Beschwerde an eine hierarchisch gleichgeordnete Behörde. Das Bundesverwaltungsgericht ist – anders als bei der Personensicherheitsprüfung und Nichtrekrutierung (Rz. 53 ff.) – nicht als (einzige) gerichtliche Beschwerdeinstanz vorgesehen. Eine Beschwerde an das Bundesgericht gegen den Beschwerde- oder Revisionsentscheid ist zudem aufgrund des Ausnahmetatbestands von Art. 83 lit. i BGG³⁵ (vgl. auch Rz. 58) ausgeschlossen.³⁶ Damit fehlt jegliche verwaltungs-externe bzw. gerichtliche Kontrolle des Tauglichkeitsentscheids.

45 Nach Art. 177 Abs. 3 BV und Art. 47 RVOG können Entscheidungskompetenzen auf die Departemente, Ämter oder Gruppen übertragen werden, wobei stets der Rechtsschutz sicherzustellen ist. Gegen Entscheide von Verwaltungseinheiten muss deshalb grundsätzlich eine Beschwerdemöglichkeit an die übergeordneten Verwaltungsbehörden gegeben sein.³⁷ Zu beachten sind die Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV sowie Art. 6 Abs. 1 EMRK³⁸.

46

³³ BGE 121 I 230 E. 2a; 119 Ia 136 E. 2b; 127 I 128 E. 4d; 118 Ia 17 E. 1a; 32 I 33 E. 1.

³⁴ MÜLLER MARKUS, Das besondere Rechtsverhältnis, Bern 2003, Fn. 290.

³⁵ Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG) vom 17. Juni 2005, SR 173.110.

³⁶ BGer 2C_221/2017 vom 12. Juni 2017, E. 3.3; HÄBERLI THOMAS, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger/Kneubühler (Hrsg.), BSK BGG, 3. Aufl., Basel 2018, Rz. 184 zu Art. 83.

³⁷ Der Gesetzgeber hat dies nicht in jedem Fall eingehalten; s. auch Art. 36 Abs. 2 MG und Art. 66 Abs. 2 NDG (SR 121); EHRENZELLER BERNHARD, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), SGK BV, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023, Rz. 34 zu Art. 177.

³⁸ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten In Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974, SR 0.101.

Die Rechtsweggarantie in Art. 29a BV verleiht Personen in Rechtsstreitigkeiten einen Anspruch auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz vor mindestens einer gerichtlichen Instanz, die den Anforderungen von Art. 30 Abs. 1 BV genügt. Eine verwaltungsinterne Behörde, wie die Beschwerde UC (Rz. 32 f.), gilt nicht als unabhängig i.S.v. Art. 30 Abs. 1 BV.³⁹ Umso wichtiger ist deshalb die unparteiliche Beurteilung der Beschwerde (Rz. 32). Nach Art. 29a Satz 2 BV können Bund und Kantone die richterliche Beurteilung durch Gesetz in Ausnahmefällen ausschliessen. Der Ausschluss der Beurteilung der Beschwerde durch ein Gericht ist in der gesetzlichen Grundlage Art. 39 MG ausdrücklich angelegt.

47 Einschränkungen der Rechtsweggarantie sind nur in qualifiziert begründeten Ausnahmefällen zulässig und stehen nicht im Belieben des Gesetzgebers.⁴⁰ Gegenstände von Ausnahmen können schwer justiziable Materien oder Handlungen sein, die vor allem politische Fragen betreffen.⁴¹ In den Botschaften zu den Teil-/Totalrevisionen der Militärorganisation wird die Endgültigkeit des Rechtswegs des Tauglichkeitsentscheids nicht begründet, sondern aus dem früheren Gesetz bzw. der Praxis des früheren EMD (heute VBS) übernommen.⁴² In den Detailberatungen begründet der Berichterstatter die Regelung damit, dass der Beschwerdeentscheid von Fachpersonen und damit einer anderen UC getroffen werden müsse.⁴³ Weitere Debatten fanden nicht statt.⁴⁴ Seit diesen Revisionen haben sich die Verhältnisse massgebend verändert, so wurde im Zuge der Justizreform Art. 29a BV in die Verfassung aufgenommen und die Militärdiensttauglichkeit mit Einschränkungen zugelassen.⁴⁵ Die Ausnahme von der Rechtsweggarantie in Art. 39 MG ist somit aus verfassungsrechtlicher Sicht heute stärker rechtfertigungsbedürftig als im Zeitpunkt des ursprünglichen Erlasses.

48 Als Vergleich ist auf das Verfahren zum waffenlosen Militärdienst nach Art. 16 MG und Art. 22 ff. VM DP hinzuweisen. Das Gesuch zum waffenlosen Militärdienst wird nach Art. 22 Abs. 1 VM DP wie die Tauglichkeit im Rekrutierungszentrum geprüft. Anders als bei der Tauglichkeit kann die betroffene Person gegen den Entscheid über das Gesuch jedoch beim VBS Beschwerde einreichen (Art. 23 Abs. 4 VM DP). Gegen den Entscheid des VBS

³⁹ KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018, § 42 Rz. 7 und § 43 Rz. 8.

⁴⁰ KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018, § 42 Rz. 13; KLEY ANDREAS, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), SGK BV, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023, Rz. 20 zu Art. 29a.

⁴¹ BGE 137 I 128 E. 4.2; 134 V 443 E. 3.1; Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 S. 524.

⁴² Botschaft betreffend das Bundesgesetz über die Armee und die Militärverwaltung sowie den Bundesbeschluss über die Organisation der Armee vom 8. September 1993, BBl 1993 IV 1 S. 50; Botschaft betreffend die Teilrevision der Militärorganisation und die Totalrevision des Bundesbeschlusses über die Offiziersausbildung vom 28. Juni 1989, BBl 1989 II 1194 S. 1210.

⁴³ Votum Jagmetti (Berichterstatter), AB 1990 SR 608.

⁴⁴ AB 1994 SR 298; AB 1994 NR 1766; AB 1990 SR 608; AB 1990 NR 610.

⁴⁵ AS 2002 3148; AS 2017 7397.

ist eine Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht möglich.⁴⁶ Hier beurteilt also das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde, obschon die entscheidenden Behörden (ihr gehört u.a. ein Arzt an, Art. 99 Abs. 1 lit. c MG) über bestimmte Fachkenntnisse und einen nicht unerheblichen Beurteilungsspielraum verfügen.⁴⁷

49 Aus verwaltungsrechtlicher Sicht ist allerdings unerheblich, ob die Ausnahme qualifiziert begründet werden kann, weil Bundesgesetze von den rechtsanwendenden Behörden aufgrund von Art. 190 BV selbst dann angewendet werden müssen, wenn sie einer Verfassungsbestimmung widersprechen.⁴⁸ Die Ausnahme von Art. 29a BV wäre nur dann gerichtlich überprüfbar, wenn das Beschwerdeverfahren nach Art. 39 MG zusätzlich die völkerrechtlichen Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK missachten würde. Art. 6 Abs. 1 EMRK garantiert einer Person in «zivilrechtlichen» Streitigkeiten Zugang zu einem unabhängigen und unparteiischen Gericht. In Bezug auf Verfahren betreffend den Wehr- und Ersatzdienst verneinte der EGMR den «zivilrechtlichen» Charakter.⁴⁹ Eine Verletzung der EMRK ist damit nicht ersichtlich.

2.4.5. Zwischenergebnis

50 In Bezug auf den Rechtsschutz bestehen mit Art. 20 und 39 MG ausdrückliche gesetzliche Grundlagen. Die Ausnahme der Rechtsweggarantie bei Tauglichkeitsentscheiden steht nicht im Widerspruch zu Grundrechten und ist daher als rechtmässig einzustufen. Allerdings müssen die inhaltlichen Voraussetzungen der Rechtsmittel stufengerecht geregelt werden: Für die Regelung der Voraussetzungen der Beschwerde in Art. 14 f. VMBM bedarf es daher einer expliziten Delegationsnorm wie in Art. 20 Abs. 3 MG. Die Kriterien der Neubeurteilung müssen mindestens auf Verordnungsstufe geregelt sein. Diese vereinzelt rechtlichen Mängel liessen sich durch punktuelle Ergänzungen von Gesetz und Verordnungen beheben.

⁴⁶ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. Oktober 2013, A-3315/2013, E. 1.

⁴⁷ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. Oktober 2013, A-3315/2013, E. 2.2.

⁴⁸ BGE 136 I 65 E. 3.2; 129 II 249 E. 5.4; 123 II 9 E. 2; BIAGGINI GIOVANNI, OFK BV, 2. Aufl., Zürich 2017, Rz. 6 zu Art. 190.

⁴⁹ Siegfried Nicolussi gegen Österreich, EGMR Urteil vom 8. Mai 1987, 11734/85, § 1; Johansen gegen Norwegen, EKMR Urteil vom 14.10.1985, 10600/83, § 2.

3. Personensicherheitsprüfung

3.1. Rechtliche Ausgestaltung

51 Alle Stellungspflichtigen werden vor der Rekrutierung einer Personensicherheitsprüfung unterzogen (Art. 12 Abs. 3 VPSP⁵⁰). Dabei werden unter anderem Strafregister- und Betreibungsregistrauszüge nach möglichen Einträgen geprüft. So soll herausgefunden werden, ob Angehörigen der Armee später eine persönliche Waffe abgegeben werden kann. Wird einem Stellungspflichtigen an der Rekrutierung eine militärische Funktion zugeteilt, kann eine zweite funktionspezifische Personensicherheitsprüfung stattfinden (Art. 12 Abs. 2 VPSP).

3.2. Gesetzmässigkeit

52 Die funktionspezifische Personensicherheitsprüfung hat ihre Grundlage in Art. 27 bis 29 ISG⁵¹. Die hier behandelte Personensicherheitsprüfung, welche im Rahmen der Rekrutierung stattfindet (Art. 12 Abs. 4 VPSP), hat ihre Grundlage im Militärgesetz. Nach Art. 21 Abs. 1 lit. b MG werden Personen nicht rekrutiert, denen aus Sicherheitsgründen keine persönliche Waffe abgegeben werden darf. Art. 21 Abs. 1 lit. b MG verweist auf Art. 113 Abs. 1 MG, wo in Abs. 4 lit. d die Beurteilung des Gefährdungs- oder Missbrauchpotenzials durch eine bundesinterne Prüfbehörde vorgesehen ist. Diese Prüfbehörde darf ohne Zustimmung der betroffenen Person polizeiliche Berichte verlangen sowie Einsicht in das Strafregister, in Straf- und Strafvollzugsakten, in das Betreibungs- und Konkursregister sowie in Betreibungs- und Konkursakten nehmen (Art. 113 Abs. 5 MG). Daneben ermächtigt Art. 23 MG den Führungsstab der Armee zur Einsichtnahme insbesondere in Straf- und Betreibungsregister sowie zur Durchführung einer Personensicherheitsprüfung. Dies findet vor der Rekrutierung statt, um Personen mit einem Sicherheitsrisiko bereits vorgängig zu identifizieren und von der Rekrutierung auszuschliessen. Damit ist das Verfahren in einem formellen und inhaltlich hinreichend bestimmten Gesetz enthalten und somit genügend rechtlich verankert.

3.3. Rechtsmittel gegen Entscheide zur Personensicherheitsprüfung

3.3.1. Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht

53 Der Rechtsschutz im Rahmen der Nichtrekrutierung (Art. 40 Abs. 1 MG) sowie der Personensicherheitsprüfung (Art. 44 Abs. 3 ISG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 VwVG) richtet sich nach dem VwVG. Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht unterliegt nach Art. 37 VGG⁵² den

⁵⁰ Verordnung über die Personensicherheitsprüfungen (VPSP), SR 128.31.

⁵¹ Bundesgesetz über die Informationssicherheit beim Bund (Informationssicherheitsgesetz, ISG), SR 128.

⁵² Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG) vom 17. Juni 2005, SR 173.32.

Regeln des VwVG, sofern das VGG nichts anderes vorsieht. Verfassungsrechtliche Bedenken mit Blick auf die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) bestehen nicht.

- 54 Für Beschwerden gegen Verfügungen von Bundesbehörden ist das Bundesverwaltungsgericht zuständig (Art. 31 VGG, Art. 47 Abs. 1 lit. b VwVG). Zulässige Vorinstanzen bilden die Departemente, wie vorliegend das VBS, und die ihnen unterstellten oder administrativ zugeordneten Dienststellen der Bundesverwaltung (Art. 33 lit. d VGG). Ein Ausnahmetatbestand von Art. 32 VGG, insbesondere Art. 32 Abs. 1 lit. a VGG, greift nicht.⁵³
- 55 Beschwerdeobjekte bilden zum einen die Risikoerklärung und Sicherheitserklärung mit Vorbehalt gem. Art. 39 Abs. 1 ISG, die gemäss Art. 44 Abs. 3 ISG als Realakte im Sinne von Art. 25a VwVG definiert werden, zum anderen der Entscheid über die Nichtrekrutierung (Art. 21 MG) als Verfügung i.S.v. Art. 31 VGG i.V.m. Art. 5 VwVG. Der Rechtsweg an das Bundesverwaltungsgericht ist für die Personensicherheitsprüfung zusätzlich in Art. 44 Abs. 3 ISG verankert.
- 56 Die Beschwerdelegitimation geht aus Art. 47 VwVG hervor. Art. 49 VwVG regelt die zulässigen Beschwerdegründe. Anforderungen an die Form und Frist der Beschwerde enthalten die Art. 50 und 52 VwVG.

3.3.2. Keine Beschwerde an das Bundesgericht

- 57 Gegen den Beschwerdeentscheid des Bundesverwaltungsgerichtes kann die betroffene Person bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen eine Revision nach Art. 45 ff. VGG bei derselben Instanz verlangen. Die Gründe für eine Revision sind in Art. 121–123 BGG i.V.m. Art. 45 f. VGG verankert. Für die Frist gilt Art. 124 BGG i.V.m. Art. 45 VGG. Die Form des Revisionsgesuchs ergibt sich aus Art. 47 VGG.
- 58 Grundsätzlich unterliegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht (Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG). Davon sind gem. Art. 83 lit. i BGG Entscheide auf dem Gebiet des Militär-, Zivil- und Zivilschutzdienstes ausgenommen. Dazu gehören der Nichtrekrutierungsentscheid sowie Risikoerklärungen bzw. Sicherheitserklärungen mit Auflagen, welche im Rahmen der Rekrutierung ergehen.⁵⁴ Damit endet der Instanzenzug vor dem Bundesverwaltungsgericht.

⁵³ HÄBERLI THOMAS, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger/Kneubühler (Hrsg.), BSK BGG, 3. Aufl., Basel 2018, Rz. 24 zu Art. 83.

⁵⁴ BGer 1C_647/2017 vom 17. Januar 2018, E. 3; HÄBERLI THOMAS, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger/Kneubühler (Hrsg.), BSK BGG, 3. Aufl., Basel 2018, Rz. 184 zu Art. 83.

4. Anhang: Informationsaustausch in den Rekrutierungszentren

59 Die Stellungspflichtigen werden bei der Rekrutierung durch das Gesundheitspersonal des Militärärztlichen Dienstes zur Tauglichkeitsabklärung und durch das Personal der Fachstelle PSP zur Personensicherheitsprüfung beurteilt. Eine interne Weisung⁵⁵ regelt deren Zusammenarbeit sowie den gezielten Informationsaustausch (Art. 1 der internen Weisung).

4.1. Rechtsgrundlagen betreffend das Gesundheitspersonal

60 Das Gesundheitspersonal der Rekrutierungszentren untersteht gem. Art. 321 Ziff. 1 StGB⁵⁶ dem *Berufsgeheimnis*. Die Strafbarkeit entfällt nach Art. 321 Ziff. 2 StGB, wenn die betroffene Person in die Weitergabe der Geheimnisse eingewilligt hat. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist in Art. 113 Abs. 7 MG verankert. Art. 113 Abs. 7 i.V.m. 113 Abs. 1 MG entbindet das Gesundheitspersonal ausdrücklich vom Berufsgeheimnis, wenn ernstzunehmende Anzeichen oder Hinweise auf eine *Selbst- oder Drittgefährdung* durch die persönliche Waffe (lit. a) oder *Missbrauchsgefahr* in Bezug auf die persönliche Waffe (lit. b) bestehen. In diesen Fällen darf das Gesundheitspersonal die Anzeichen, Hinweise oder einen entsprechenden Verdacht den zuständigen Stellen des VBS melden (Art. 113 Abs. 7 MG).

61 Eine gesetzliche Grundlage für die Ausnahme vom Berufsgeheimnis liegt mit Art. 113 Abs. 7 MG vor. Allerdings erwähnt die interne Weisung die Voraussetzungen nach Art. 113 Abs. 1 MG nicht. Vielmehr weitet die interne Weisung in Art. 4.1 (dokumentierter Informationsaustausch über Stellungspflichtige bei unklaren Fällen oder wenn relevante Informationen vorliegen) und 4.2 (Austausch im Rahmen eines «Roundtable» zwischen den Chefs PS, Medizin und Psychologie) die Fallkonstellationen nach Art. 113 Abs. 7 i.V.m. 113 Abs. 1 MG, in denen Informationen durch das Gesundheitspersonal weitergegeben werden dürfen, erheblich aus. So setzt der Informationsaustausch in Art. 4.1 der internen Weisung bei «unklaren Fällen» oder wenn «relevante Informationen» vorhanden sind, keinen Bezug zur Verhinderung einer Gefahr durch die Abgabe einer persönlichen Waffe voraus. Der gesetzliche Rahmen wird durch die interne Weisung somit nicht eingehalten.

4.2. Rechtsgrundlagen betreffend das Personal der Fachstelle PSP

62 Art. 40 Abs. 4 ISG sieht vor, dass die Fachstelle PSP vorläufige Erkenntnisse einer anderen entscheidenden Stelle schriftlich mitteilen darf, wenn konkrete Anhaltspunkte bestehen, die auf ein Sicherheitsrisiko hinweisen. In der Botschaft heisst es dazu: «Wird im Rahmen der

⁵⁵ Zusammenarbeit zwischen der PSP, der Medizin/Psychologie und den Kdo der Rekr Zen (Version ab 2014), Interne Weisung vom 14. April 2014.

⁵⁶ Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB) vom 21. Dezember 1937, SR 311.0.

PSP ein Risiko in Bezug auf die Armeewaffe festgestellt, so dürfen die Fachstellen PSP der zuständigen militärischen Behörde die Erklärung mitteilen. Bei einem begründeten Sicherheitsvorbehalt und bei Dringlichkeit dürfen die Fachstellen PSP zur Gefahrenprävention die zuständigen Stellen über ihre Erkenntnisse informieren, bevor das Verfahren abgeschlossen ist».⁵⁷ Dies wird wiederum durch Art. 23 Abs. 2 VPSP für die Überprüfung der Stellungspflichtigen i.S.v. Art. 113 MG konkretisiert. In Art. 23 Abs. 2 lit. a und c VPSP werden die Voraussetzungen von Art. 113 Abs. 1 MG wiederholt. Zusätzlich können vorläufige Erkenntnisse bei Anzeichen oder Hinweisen auf eine eingeschränkte Militärdiensttauglichkeit, eine Militärdienstuntauglichkeit oder einer Funktionsunfähigkeit mitgeteilt werden (Art. 23 Abs. 2 lit. b VPSP). Letztere Bestimmung der Verordnung erweitert jedoch den rechtlichen Rahmen, was nicht zulässig ist.

63 Bei einer *Gesetzesdelegation* (zu den Voraussetzungen Rz. 24) prüft das Bundesgericht insbesondere, «ob sich der Bundesrat an die Grenzen der ihm im Gesetz eingeräumten Befugnisse gehalten hat».⁵⁸ Wird dem Bundesrat durch die Delegation ein weiter Gestaltungsspielraum für die Regelung durch eine Verordnung zugestanden, ist dieser Spielraum für das Bundesgericht verbindlich (Art. 190 BV). In solchen Fällen ist die bundesgerichtliche Prüfung auf die Frage beschränkt, ob die Verordnung den Rahmen der im Gesetz delegierten Kompetenzen «offensichtlich sprengt oder aus anderen Gründen gesetz- oder verfassungswidrig ist».⁵⁹ Auch bei einem weiten Ermessensspielraum wird verlangt, dass sich die Verordnungsbestimmungen in den Normsinn des Gesetzes einfügen lassen.⁶⁰

64 Die VPSP stützt sich auf die Ermächtigungen nach Art. 150 Abs. 1 MG (vgl. Rz. 3 und 25) und Art. 48 ISG. Letztere ermächtigt den Bundesrat, das Verfahren der Personensicherheitsprüfung sowie den Datenschutz und die Datensicherheit zu regeln. Der Zweck der Personensicherheitsprüfung ist die *Beurteilung des Sicherheitsrisikos* durch die Abgabe einer persönlichen Waffe (Art. 10 Abs. 1 lit. c und 113 MG, vgl. Art. 27 Abs. 1 ISG). Auch Art. 40 Abs. 4 ISG spricht von Hinweisen auf ein Sicherheitsrisiko. Anzeichen für eine Militärdienst(un)tauglichkeit oder Funktionsunfähigkeit gem. Art. 23 Abs. 2 lit. b VPSP begründen allein kein Sicherheitsrisiko. Die VPSP erlaubt in lit. b somit die Weitergabe jeglicher Informationen, die für den Tauglichkeitsentscheid relevant sein könnten. Dies überschreitet jedoch den durch das Gesetz gezogenen Rahmen. Die hohe Anzahl an Betroffenen (Rz. 20)

⁵⁷ Botschaft zum Informationssicherheitsgesetz vom 22. Februar 2017, BBl 2017 2953 S. 3047.

⁵⁸ BGE 150 V 73 E. 6.2; 147 IV 439 E. 3.3.1; 145 V 278 E. 4.1; 144 V 138 E. 2.4; BGer 4A_249/2021 vom 10. Juni 2021, E. 5.4.

⁵⁹ Zum Ganzen siehe BGE 150 V 73 E. 6.2; 147 IV 439 E. 3.3.1; 145 V 278 E. 4.1; 144 V 138 E. 2.4; BGer 4A_249/2021 vom 10. Juni 2021, E. 5.4.

⁶⁰ BGE 144 II 454 E. 5.3.2.

und die sensible Natur der Daten bzw. die mit der Weitergabe der Daten verbundene Einschränkung des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV) sprechen für eine enge Auslegung der gesetzlichen Ermächtigungen an den Bundesrat. Die Auslegung im Lichte der dargestellten Zweckbestimmungen ergibt, dass der Normsinn lediglich Informationen in Bezug auf ein Sicherheitsrisiko im Zusammenhang mit der Abgabe der persönlichen Waffe erfasst, weshalb Art. 23 Abs. 2 lit. b VPSP keine hinreichende gesetzliche Grundlage darstellt. Dasselbe gilt für die Fallgruppen nach Art. 4.1 der internen Weisung, die unklaren Fälle, oder wenn die im Rahmen der PSP erhobenen Informationen für einen anderen Fachbereich relevant sein könnten. Der gesetzliche Rahmen wird durch die interne Weisung und in Art. 23 Abs. 2 lit. b VPSP nicht eingehalten.

65 Dem Ingress einer Verordnung kommt kein normativer Gehalt zu.⁶¹ Nebst dem MG käme daher als gesetzliche Grundlage auch das MIG⁶² in Frage, selbst wenn sich die VPSP im Ingress nicht explizit darauf bezieht. Nach Art. 26 Abs. 2 lit. b^{bis} MIG gelten Daten aus Ergebnissen der Sicherheitsprüfung und über Hinderungsgründe zur Abgabe der persönlichen Waffe nach Art. 113 MG, die für die Beurteilung der Diensttauglichkeit und Dienstfähigkeit notwendig sind, als sanitätsdienstliche Daten. Art. 7 MIV⁶³ sieht vor, dass sich die Gruppe Verteidigung die Daten für das MEDISA bei der Fachstelle PSP aus Prüfungsergebnissen, die sich auf den körperlichen oder geistigen Gesundheitszustand der zu beurteilenden Person beziehen, beschafft. Ziel von Art. 26 Abs. 2 lit. b^{bis} MIG ist es, dass Daten, die in der Sicherheitsprüfung anfallen und für die medizinische Beurteilung der Diensttauglichkeit bzw. -fähigkeit eine zentrale Beurteilungsgrundlage sein können, im MEDISA bearbeitet werden können.⁶⁴ Der Informationsaustausch i.S.v. Art. 23 Abs. 2 lit. b VPSP und Art. 4.1 (bei unklaren Fällen) und 4.2 (im Rahmen eines «Roundtable») der internen Weisung geht indes über die Weitergabe der Daten über MEDISA hinaus, denn die Tatbestände gemäss Art. 113 Abs. 1 MG bilden auch insoweit den äussersten Rahmen. Die Möglichkeit des Gesundheitspersonals, über MEDISA auf durch die Gruppe Verteidigung beschaffte Daten aus der Sicherheitsprüfung zuzugreifen, ist somit zwar gesetzlich vorgesehen. Eine hinreichende gesetzliche Grundlage für die unmittelbare Weitergabe der Daten an das Gesundheitspersonal und die Diskussion der Fälle gem. Art. 4.2 der internen Weisung bei einem so genannten «Roundtable» mit den Chefs PSP, Medizin und Psychologie liegt jedoch nicht vor.

⁶¹ BGE 144 II 454 E. 4.3.1.

⁶² Bundesgesetz über militärische und andere Informationssysteme im VBS (MIG) vom 3. Oktober 2008, SR 510.91.

⁶³ Verordnung über militärische und andere Informationssysteme im VBS (MIV) vom 16. Dezember 2009, SR 510.911.

⁶⁴ Botschaft zum Bundesgesetz über Verbesserungen beim Informationsaustausch zwischen Behörden im Umgang mit Waffen vom 13. Dezember 2013, BBl 2013 303 S. 331.

66 Wie die interne Weisung in Art. 1 festlegt, handelt es sich bei der Tauglichkeitsabklärung und der Personensicherheitsprüfung um zwei unterschiedliche, parallel verlaufende Prozesse. Gem. Art. 4.2 der internen Weisung werden Fälle nach Art. 4.1 der internen Weisung vor dem Erstellen einer Verfügung und dem Tauglichkeitsentscheid an einem Roundtable (RT) diskutiert. Die Verantwortlichen aus der PSP, Medizin und Psychologie legen am RT das weitere Vorgehen verbindlich fest (Art. 4.2 der internen Weisung). Durch diesen, praktisch uneingeschränkten Informationsaustausch und das verbindliche Festlegen des Vorgehens, ist die Zusammenarbeit nicht mehr rein organisatorischer Natur. Die Verfahren der Personensicherheitsprüfung und der Tauglichkeitsabklärung werden inhaltlich vermischt. Dies ist auch hinsichtlich der unterschiedlichen Rechtsmittel problematisch. Eine Beschwerde gegen einen Tauglichkeitsentscheid wird abschliessend von einer auf der gleichen Stufe angesiedelten Behörde behandelt (Art. 39 MG), der Entscheid der PSP kann dagegen direkt am Bundesverwaltungsgericht angefochten werden (Art. 44 Abs. 3 ISG).