



---

Abteilung I  
A-4537/2013

## Urteil vom 17. Januar 2014

---

Besetzung

Richterin Marianne Ryter (Vorsitz),  
Richterin Marie-Chantal May Canellas,  
Richter Maurizio Greppi,  
Gerichtsschreiber Ivo Hartmann.

---

Parteien

**A.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch lic. iur. Georges Schmid-Favre,  
Beschwerdeführer,

gegen

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

---

Gegenstand

Ausschluss aus der Armee.

**Sachverhalt:****A.**

A.\_\_\_\_\_ wurde anlässlich der Nachrekrutierung am 26. April 2013 als tauglich für den Militärdienst befunden und als Fliegersoldat den Fliegertruppen zugeteilt.

**B.**

Im Schweizerischen Strafregister ist A.\_\_\_\_\_ wie folgt verzeichnet:

- 25. Mai 2011  
Staatsanwaltschaft des Kantons X.\_\_\_\_\_, Amt der Region Y.\_\_\_\_\_,  
Z.\_\_\_\_\_:

Verurteilung wegen Fahren in fahruntüchtigem Zustand (Motorfahrzeug, andere Gründe), Art. 91 Abs. 2 des Strassenverkehrsgesetzes vom 19. Dezember 1958 (SVG, SR 741.01) sowie Vergehen gegen Art. 19 Abs. 1 des Betäubungsmittelgesetzes vom 3. Oktober 1951 (aBetmG, AS 1975 1220) am 5. September 2010 zu einer Geldstrafe von 80 Tagessätzen zu Fr. 35.– bedingt vollziehbar, Probezeit 2 Jahre.

Widerrufen am 31. Mai 2012.

- 31. Mai 2012  
Staatsanwaltschaft des Kantons X.\_\_\_\_\_, Amt der Region Y.\_\_\_\_\_,  
Z.\_\_\_\_\_:

Verurteilung wegen Gefährdung des Lebens (Art. 129 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 [StGB, SR 311.0]), Fahren in fahruntüchtigem Zustand (Motorfahrzeug, andere Gründe; Art. 91 Abs. 2 SVG), grobe Verletzung der Verkehrsregeln (Art. 90 Abs. 2 aSVG [AS 2006 3459]) sowie Übertretung nach Art. 19a BetmG am 10. Januar 2012 zu einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu Fr. 90.– bedingt vollziehbar, Probezeit 4 Jahre und einer Busse von Fr. 2'000.–.

**C.**

**C.a** Am 16. Mai 2013 drohte der Führungsstab der Armee (FST A) A.\_\_\_\_\_ wegen dessen Verurteilungen den Ausschluss aus der Armee an und gab ihm Gelegenheit, sich dazu zu äussern.

**C.b** Mit Stellungnahme vom 23. Mai 2013 machte A.\_\_\_\_\_ insbesondere geltend, dass die genannten Verkehrsdelikte der Vergangenheit angehören und er sich seither nichts mehr habe zu Schulden kommen lassen. Er reichte zudem ein Gutachten des Spital X.\_\_\_\_\_, Spitalzentrum Y.\_\_\_\_\_ vom 21. März 2013 ein, wonach er keine Drogen mehr kon-

sumiere. Überdies sei ihm anlässlich der Nachrekrutierung vom 26. April 2013 psychische und physische Tauglichkeit attestiert worden. Folglich bestünden keine Gründe für einen Ausschluss aus der Armee.

**C.c** Am 13. Juni 2013 verfügte der FST A den Ausschluss von A.\_\_\_\_\_ aus der Armee. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass gegen ihn rechtskräftige Verurteilungen vorliegen, welche den Ausschluss aus der Armee zur Folge hätten. Am rechtserheblichen Sachverhalt vermöchten weder die Stellungnahme vom 23. Mai 2013 noch die Ereignisse an der Rekrutierung etwas zu ändern.

**D.**

Am 12. August 2013 erhebt A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführer) beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen diese Verfügung mit den Begehren, die Ausschlussverfügung sei aufzuheben (Ziff. 1) und er sei für militärdiensttauglich zu erklären (Ziff. 2). Zur Begründung macht er im Wesentlichen eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend, weil sich der FST A (nachfolgend: Vorinstanz) zu wenig mit den Vorbringen in der Stellungnahme vom 23. Mai 2013 auseinandergesetzt und die Verfügung nicht ausreichend begründet habe.

**E.**

Die Vorinstanz schliesst in ihrer Vernehmlassung vom 13. September 2013 auf Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung verweist sie insbesondere auf die Einträge im Strafregister des Beschwerdeführers und die darin ausgesprochenen Sanktionen.

**F.**

In den Schlussbemerkungen vom 27. September 2013 hält der Beschwerdeführer an seinen Rechtsbegehren fest und macht insbesondere geltend, dass nach wie vor keine ausreichende Begründung vorliege.

**G.**

Am 12. Dezember 2013 fordert das Bundesverwaltungsgericht die Vorinstanz auf, die in den vorinstanzlichen Akten fehlenden Strafbefehle vom 25. Mai 2011 und 31. Mai 2012 beizubringen, welche den Einträgen im Strafregister des Beschwerdeführers zugrunde liegen. Die Vorinstanz reichte die nachgesuchten Akten am 18. Dezember 2013 ein.

**H.**

Auf die weitergehenden Vorbringen der Parteien und die sich bei den Ak-

ten befindlichen Schriftstücke wird – soweit entscheidenderheblich – im Rahmen der nachstehenden Erwägungen eingegangen.

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

#### **1.**

**1.1** Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen im Sinn von Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist und eine Vorinstanz im Sinn von Art. 33 VGG entschieden hat. Die angefochtene Verfügung stellt ein zulässiges Anfechtungsobjekt dar. Sie stammt von einer Behörde gemäss Art. 33 Bst. d VGG (vgl. Anhang 1, B. Ziff. IV 1.4.2 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 [RVOV, SR 172.010.1]) und eine Ausnahme bezüglich des Sachgebietes liegt nicht vor (Art. 32 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist demnach zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

**1.2** Der Beschwerdeführer stellt in seiner Beschwerde vom 12. August 2013 unter anderem auch das Rechtsbegehren, er sei für militärdiensttauglich zu erklären (Ziff. 2).

**1.2.1** Gegenstand des streitigen Verwaltungsverfahrens und damit Streitgegenstand bildet das durch die Verfügung geregelte Rechtsverhältnis, soweit dieses angefochten wird. Der Streitgegenstand wird folglich durch zwei Elemente bestimmt: erstens durch den Gegenstand der angefochtenen Verfügung oder des angefochtenen Entscheids (sog. Anfechtungsgegenstand) und zweitens durch die Parteibegehren. Dabei bildet das Anfechtungsobjekt den Rahmen, welcher den möglichen Umfang des Streitgegenstandes begrenzt. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens kann nur sein, was Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens war oder nach richtiger Gesetzesauslegung hätte sein sollen (vgl. zum Ganzen: BGE 131 V 164 E. 2.1; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-3274/2012 vom 25. März 2013 E. 1.4.1 und A-4898/2011 vom 20. Februar 2012 E. 1.1; CHRISTOPH AUER, Streitgegenstand und Rügeprinzip im Spannungsfeld der verwaltungsrechtlichen Prozessmaximen, Bern 1997, S. 35, 63). Geht jedoch die mit dem Rechtsbegehren aufgestellte Rechtsfolgebehauptung über den Streitgegenstand hinaus, ist darauf nicht ein-

zutreten (vgl. Urteile des Bundesgerichts 4A\_89/2012 vom 17. Juli 2012 E. 1.2 und 2D.20/2010 vom 20. Mai 2010, E. 1.3; vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3274/2012 vom 25. März 2013 E. 1.4.1).

**1.2.2** Im konkreten Fall verfügte die Vorinstanz in ihrem Entscheid vom 13. Juni 2013 den Ausschluss des Beschwerdeführers aus der Armee, da er für die Armee untragbar geworden sei. Zur Militärdiensttauglichkeit trifft die angefochtene Verfügung jedoch keine Feststellungen. Folglich bewegt sich das Rechtsbegehren, wonach der Beschwerdeführer für militärdiensttauglich zu erklären sei (Ziff. 2), ausserhalb des Streitgegenstands, weshalb darauf nicht einzutreten ist.

**1.3** Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist durch den angefochtenen Entscheid, mit welchem sein Ausschluss aus der Armee verfügt wurde, beschwert. Er verfügt über ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der Verfügung und ist deshalb ohne weiteres zur Beschwerde legitimiert.

**1.4** Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist demnach – unter Vorbehalt von E. 1.2 – einzutreten (Art. 50 und 52 VwVG).

## **2.**

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Verletzungen von Bundesrecht – einschliesslich der unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des Sachverhalts und Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens – sowie grundsätzlich auch auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG). In seiner Praxis räumt das Bundesverwaltungsgericht der Vorinstanz bezüglich des Ausschlusses aus der Armee einen relativ grossen Beurteilungsspielraum ein und hält sich bei der Überprüfung der Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen wie der Untragbarkeit im Sinne von Art. 22 Abs. 1 des Militärgesetzes vom 3. Februar 1995 (MG, SR 510.10) zurück. Diese Zurückhaltung des Bundesverwaltungsgerichts ist angezeigt, da die Vorinstanz eine grosse Vertrautheit mit den Bedürfnissen der Armee aufweist und besser als eine Rechtsmittelinstanz dazu geeignet ist, deren Bedürfnisse umzusetzen (Urteile des

Bundesverwaltungsgerichts A-2962/2013 vom 28. Oktober 2013 E. 5.3, A-4854/2012 vom 7. März 2013 E. 4.2 und A-3298/2010 vom 24. November 2010 E. 3.1).

### **3.**

Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Der Gehörsanspruch ist nach feststehender Rechtsprechung formeller Natur, mit der Folge, dass seine Verletzung ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde grundsätzlich zur Aufhebung des mit dem Verfahrensmangel behafteten Entscheids führt (vgl. BGE 135 I 279 E. 2.6.1, BGE 135 I 187 E. 2.2; BVGE 2009/61 E. 4.1.3, BVGE 2009/36 E. 7.3 mit weiteren Hinweisen). Es rechtfertigt sich daher, die gerügten Verfahrensmängel als erstes zu prüfen, zumal sich im Falle ihrer Feststellung eine weitere materielle Prüfung im Rechtsmittelverfahren unter Umständen erübrigen kann (vgl. BGE 124 I 49 E. 1; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-8386/2010 vom 1. Dezember 2011 E. 3 und A-5549/2009 vom 24. Februar 2010 E. 3.1).

**3.1** Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung der Begründungspflicht, weil sich die Vorinstanz nicht ausreichend mit den vom ihm in der Stellungnahme vom 23. Mai 2013 vorgebrachten Argumenten auseinandergesetzt habe. Anstatt wenigstens kurz die Überlegungen anzuführen, von denen sie sich habe leiten lassen und auf welche sie ihren Entscheid stützte, habe die Vorinstanz lediglich festgehalten, dass seine Ausführungen nichts am rechtserheblichen Sachverhalt zu ändern vermöchten. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass es sich beim Begriff der Untragbarkeit im Sinne von Art. 22 Abs. 1 MG um einen unbestimmten Rechtsbegriff handle und der Vorinstanz ein grosser Ermessenspielraum zugebilligt werde, wäre die Verfügung umso detaillierter zu begründen gewesen.

**3.2** Aus dem in Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) verankerten Grundrecht auf rechtliches Gehör und dessen Konkretisierung für das Bundesverwaltungsverfahren in Art. 29 ff. VwVG ergibt sich das Recht bzw. die Pflicht, dass die verfügende Behörde von den Äusserungen der Parteien Kenntnis nimmt, sich damit auseinandersetzt (Art. 32 VwVG) und ihre Verfügung begründet (Art. 35 Abs. 1 VwVG). Der Anspruch auf Berücksichtigung gebietet, dass die Behörde die rechtserheblichen Vorbringen der Betroffenen auch tatsächlich hört, sorgfältig und ernsthaft prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt (BERNHARD WALDMANN/JÜRIG BICKEL, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommen-

tar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich/Basel/Genf 2009 [hiernach: Praxiskommentar VwVG], Art. 32 N 18). Daraus folgt die grundsätzliche Pflicht der Behörden, ihren Entscheid zu begründen. Welchen Anforderungen eine Begründung im Einzelnen zu genügen hat, hält Art. 35 VwVG nicht fest. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts muss die Begründung jedoch zumindest so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 134 I 83 E. 4.1, BGE 129 I 232 E. 3.2 mit Hinweisen). Dabei hat stets eine Auseinandersetzung mit dem konkret zu beurteilenden Sachverhalt zu erfolgen, da Erwägungen allgemeiner Art ohne Bezugnahme auf den Einzelfall nicht genügend sind (LORENZ KNEUBÜHLER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008 [hiernach: VwVG-Kommentar], Rz. 8 zu Art. 35). Die Begründungsdichte richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles. So gelten einerseits im Bereich der sog. Massenverwaltung herabgesetzte Anforderungen an das Begründungsmass. Entsprechend ist in diesen Bereichen die Verwendung von Textbausteinen und Formularen zwar zulässig, jedoch nur insoweit, als dies eine für den konkreten Fall noch angemessene und verständliche Begründung erlaubt (Urteil des Bundesgerichts I 460/02 vom 26. Juni 2003 E. 1; KNEUBÜHLER, VwVG-Kommentar, Rz. 18 zu Art. 35; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N 632). Andererseits ist die Begründungsdichte abhängig von der Entscheidungsfreiheit der Behörde und der Eingriffsintensität des Entscheids. Je grösser der Spielraum, welcher der Behörde infolge Ermessens oder unbestimmter Rechtsbegriffe eingeräumt ist und je stärker ein Entscheid in die individuellen Rechte eingreift, desto höhere Anforderungen sind an die Begründung eines Entscheids zu stellen (BGE 125 II 369 E. 2c, BGE 112 Ia 107 E. 2b; Urteil des Bundesgerichts 4A.15/2006 vom 13. Dezember 2006 E. 4.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5859/2012 vom 15. Mai 2013 E. 3.8.1; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., N 631; FELIX UHLMANN/ALEXANDRA SCHWANK, Praxiskommentar VwVG, Art. 35 N 21).

### 3.3

**3.3.1** Vorliegend nimmt die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung an zwei Stellen Bezug auf die Stellungnahme des Beschwerdeführers. So hält die Vorinstanz dem Argument des Beschwerdeführers, wonach dieser an der Nachrekrutierung vom 26. April 2013 einer eingehenden Prüfung unterzogen und für tauglich befunden wurde, entgegen, dass sie auf die Ereignisse im Zusammenhang mit der Rekrutierung keinen Einfluss gehabt habe und deren Ergebnisse ohnehin nicht erheblich seien. Zudem weist sie darauf hin, dass dessen weitere Ausführungen nichts am rechtserheblichen Sachverhalt zu ändern vermögen.

Insgesamt fällt damit die Auseinandersetzung mit den Vorbringen des Beschwerdeführers zwar knapp aus. Dennoch bringt die Vorinstanz mit ihren Ausführungen zum Ausdruck, dass sie die Argumente des Beschwerdeführers geprüft hat, diese jedoch keinen Einfluss auf den festgestellten Sachverhalt hätten bzw. nicht rechtserheblich seien. Die Rüge einer mangelnden Auseinandersetzung mit den Vorbringen des Beschwerdeführers geht somit fehl.

**3.3.2** Bezüglich der zweiten erhobenen Rüge der Verletzung der Begründungspflicht fällt jedoch auf, dass die Begründung der angefochtenen Verfügung insgesamt allgemein gehalten und äusserst knapp ausgefallen ist. Denn die Vorinstanz nimmt lediglich Bezug auf die Bestimmung von Art. 22 MG, wonach aus der Armee ausgeschlossen werde, wer infolge einer Verurteilung durch ein Strafgericht wegen Verbrechen und Vergehen für die Armee untragbar geworden sei. Gestützt darauf kommt sie zum Schluss, dass im konkreten Fall gegen den Beschwerdeführer rechtskräftige Verurteilungen vorliegen, welche den Ausschluss aus der Armee nach sich ziehen. Die Vorinstanz legt dabei jedoch die einzelnen Überlegungen, welche ihrem Entscheid zugrunde liegen, nicht offen.

Zwar sind in Bereichen der Massenverwaltung – wozu grundsätzlich auch die Entscheidungen der Vorinstanz zu zählen sind (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4854/2012 vom 7. März 2013 E. 3.2, wonach im Jahr 2012 über 561 Personen aus der Armee ausgeschlossen wurden) – die Anforderungen an die Begründungsdichte herabgesetzt. Dennoch muss auch in diesen Bereichen eine – wenn auch knappe – auf den konkreten Fall bezogene, angemessene Begründung erfolgen. Wie der Beschwerdeführer zu Recht geltend macht, gilt es vorliegend überdies zu berücksichtigen, dass der Begriff der Untragbarkeit als unbestimmter Rechtsbegriff der Konkretisierung bedarf und der Vorinstanz dabei ein erheblicher Ermessenspielraum zugestanden wird, was die Anforderungen

an die Begründungsdichte wiederum erhöht (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-2962/2013 vom 28. Oktober 2013 E. 5.3 und A-3298/2010 vom 24. November 2010 E. 3.1).

Vor diesem Hintergrund sind die Ausführungen der Vorinstanz eindeutig zu knapp ausgefallen. Diese hätte zumindest kurz den Begriff der Untragbarkeit konkretisieren und daraufhin detailliert darlegen müssen, aus welchen Gründen der Beschwerdeführer die Voraussetzungen für einen Ausschluss aus der Armee erfüllt. Zudem hätte sie insbesondere auch die Kriterien in Art. 69 Abs. 1 Bst. a-d der Verordnung vom 19. November 2003 über die Militärdienstpflicht (MDV, SR 512.21) berücksichtigen und letztlich Bezug auf ihre Entscheidungspraxis (vgl. Art. 69 Abs. 3 MDV) nehmen müssen. Nur so wäre es dem Beschwerdeführer möglich gewesen, die Verfügung zu prüfen und sachgerecht anzufechten. Folglich hat die Vorinstanz die Begründungspflicht und infolgedessen den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör verletzt.

#### **4.**

**4.1** Nach der Rechtsprechung kann eine Verletzung des Gehörsanspruchs als geheilt gelten, wenn die unterbliebene Gewährung des rechtlichen Gehörs in einem Rechtsmittelverfahren nachgeholt wird, in dem die Beschwerdeinstanz mit der gleichen Prüfungsbefugnis entscheidet wie die untere Instanz. Die Heilung ist aber ausgeschlossen, wenn es sich um eine besonders schwerwiegende Verletzung der Parteirechte handelt, zudem darf dem Beschwerdeführer kein Nachteil erwachsen und die Heilung soll die Ausnahme bleiben (BGE 133 I 201 E. 2.2, BGE 129 I 129 E. 2.2.3, BGE 126 V 130 E. 2b, BGE 126 I 68 E. 2; Urteil des Bundesgerichts 1A.234/2006 vom 8. Mai 2007 E. 2.2; BVGE 2009/53; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-2601/2012 vom 3. Januar 2013 E. 2.2 und B-6272/2008 vom 20. Oktober 2010 E. 3.1; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 1710). Selbst wenn die Voraussetzungen für die Heilung einer Gehörsverletzung erfüllt sind, liegt es im Ermessen der Beschwerdeinstanz, ob sie in der Sache urteilen oder an die Vorinstanz zurückweisen will (WALDMANN/BICKEL, Praxiskommentar VwVG, Art. 29 N 110).

**4.2** Bei Verstößen gegen die Begründungspflicht wird der Mangel als behoben erachtet, wenn die Rechtsmittelbehörde eine hinreichende Begründung liefert oder wenn die unterinstanzliche Behörde anlässlich der

Anfechtung ihres Entscheides eine genügende Begründung nachschiebt; etwa in der Vernehmlassung (vgl. BGE 126 V 130 E. 2b mit Hinweisen; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-821/2013 vom 2. September 2013 E. 3.2.3 f. und A-1681/2006 vom 13. März 2008 E. 2.4; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2013, Rz. 3.114).

### 4.3

**4.3.1** In der Vernehmlassung vom 13. September 2013 liefert die Vorinstanz eine zusätzliche Begründung für den verfügten Ausschluss aus der Armee. Sie verweist dabei auf die beiden Strafbefehle vom 25. Mai 2011 sowie vom 31. Mai 2012 und hält fest, dass sie in ähnlich gelagerten Fällen in der Vergangenheit jeweils die Untragbarkeit für die Armee im Sinne von Art. 22 MG ohne weiteres als erstellt erachtet habe. Diesbezüglich fällt zunächst in Betracht, dass die Begründung der Vernehmlassung unklar bzw. unpräzise ist, weil die Vorinstanz auf der einen Seite auf das Strafmass beider im Strafregister verzeichneten Urteile abstellt, auf der anderen Seite jedoch an zwei Stellen anmerkt, dass das erste Urteil vom 25. Mai 2011 widerrufen wurde. Anhand der nachträglich eingereichten Strafbefehle, zeigt sich jedoch, dass nicht der Strafbefehl vom 25. Mai 2011, sondern nur der darin angeordnete, bedingte Vollzug der Geldstrafe widerrufen wurden. Sodann unterlässt es die Vorinstanz erneut, ihre Praxis detailliert darzulegen und begnügt sich stattdessen mit dem Verweis auf ähnlich gelagerte Fälle.

Entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers in seiner Stellungnahme vom 27. September 2013 stellt ein derartiger Verweis auf eine (unpublizierte) Praxis nicht von vornherein eine ungenügende Begründung dar. Denn soweit die unpublizierten Präjudizien bloss der rechtlichen Argumentation dienen und die betroffene Person dennoch versteht, aus welchen Gründen ihr Begehren abgewiesen wurde, ist eine derartige Begründung ausreichend (MICHELE ALBERTINI, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliche Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 425; vgl. auch KNEUBÜHLER, VwVG-Kommentar, Rz. 8 zu Art. 35). Dies setzt jedoch in aller Regel voraus, dass die Parteien auf andere Weise von der bestehenden Praxis Kenntnis erlangen können und ihnen deren Kenntnisnahme auch zugemutet werden kann (MARK EUGEN VILLIGER, Die Pflicht zur Begründung von Verfügungen, in: Schweizerisches Zentralblatt [nachfolgend: ZBI] 90/1989, S. 137, 148 f.).

Ob dem Beschwerdeführer im vorliegenden Fall die Kenntnisnahme der vorinstanzlichen Praxis zugemutet werden konnte, kann offen bleiben. Denn der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer hatte insofern Kenntnis dieser Praxis bzw. musste davon Kenntnis haben, als er in seiner Beschwerdeschrift an mehreren Stellen auf einschlägige Urteile des Bundesverwaltungsgerichts Bezug nimmt, in welchen die Praxis der Vorinstanz explizit festgehalten wird (vgl. Beschwerde S. 6 ff., Fn 5, 7, 9, 11, 14, 15-17, 21 und 22). Folglich ist der Einwand des Beschwerdeführers unbehelflich, bereits die Begründung in Form eines schlichten Verweis auf ähnlich gelagerte Fälle sei nicht ausreichend; ob sie im konkreten Fall jedoch zu genügen vermag, ist im Folgenden zu prüfen.

**4.3.2** Soweit die vorinstanzliche Praxis aus den Urteilen des Bundesverwaltungsgericht ersichtlich ist, ergibt sich folgendes Bild: Grundsätzlich wird jeder Fall individuell beurteilt, wobei die Vorinstanz den Ausschluss bei Verurteilungen wegen gewisser Verbrechen und Vergehen, d.h. bei schwerer Delinquenz, unabhängig von der Strafe verfügt. Zudem wird ein Verurteilter grundsätzlich bei verhängten Freiheitsstrafen von 6 oder mehr Monaten bzw. Geldstrafen von 180 oder mehr Tagessätzen (bedingt, teilbedingt oder unbedingt) von der Dienstleistung ausgeschlossen. Schliesslich ist bei der Beurteilung der Voraussetzung der Untragbarkeit im Sinne von Art. 22 Abs. 1 MG das Delikt und das Strafmass allein nicht ausschlaggebend, da auch geringfügige, aber zahlreiche Widerhandlungen einen Ausschluss aus der Armee gebieten können (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-2962/2013 vom 28. Oktober 2013 E. 6, A-4854/2012 vom 7. März 2013 E. 4.3 und A-3298/2010 vom 24. November 2010 E. 3.2 und 3.3.1).

**4.3.3** Der Verweis auf eine Praxis stellt nur solange eine ausreichende Begründung dar, als die der Partei bekannte Praxis nicht geändert haben sollte und für den Betroffenen stets nachvollziehbar ist, aus welchen Gründen sein Begehren abgelehnt wurde. Diesbezüglich fällt zunächst auf, dass die Vorinstanz in der nachträglichen Begründung primär auf eine rein mathematische Betrachtungsweise abstellt. So führt die Vorinstanz aus, die "Untragbarkeit des Beschwerdeführers für die Armee wird bereits schon entscheidend durch die ergangenen Urteile (80 Tagessätze zu CHF 35 und 120 Tagessätze zu CHF 90) bestimmt". Entsprechend gelangt sie implizit zum Ergebnis, dass der Beschwerdeführer bei Berücksichtigung beider Verurteilungen mit einer Geldstrafe von insgesamt 200 Tagessätzen sanktioniert worden sei und somit die praxisgemäss vorgegebene Schwelle von 180 Tagessätzen für den Ausschluss aus der

Armee überschritten hat. Ob eine derartige Addition der ausgefallten Strafen in der vorinstanzlichen Praxis überhaupt vorgesehen ist bzw. die Berücksichtigung mehrerer Verurteilungen, die für sich betrachtet die vorgegebene Schwelle nicht überschreiten und aufgrund ihres Strafmasses nicht besonders schwer wiegen, den Ausschluss aus der Armee zur Folge haben, lässt sich gestützt auf die vorliegenden Angaben nicht abschliessend beurteilen. Zumindest scheint die Vorinstanz in einem Fall, in welchem gegen einen Beschwerdeführer 3 Verurteilungen wegen Fahrens im angetrunkenen Zustand vorlagen, keine Addition der ausfallten Strafen vorgenommen zu haben, war doch erst die letzte verzeichnete Verurteilung des Beschwerdeführers mit einer Geldstrafe von 180 Tagessätzen massgebend für den Ausschluss (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4854/2012 vom 7. März 2013 E. 5.3 letzter Absatz). Es trifft zwar zu, dass nach der vorinstanzlichen Praxis – soweit sie dem Bundesverwaltungsgericht bekannt ist – ebenfalls selbst geringfügige Delikte den Ausschluss aus der Armee zur Folge haben können, sofern zahlreiche Verurteilungen vorliegen. Diesbezüglich ist jedoch nicht bekannt, ob die Vorinstanz bereits bei zwei Verurteilungen das Kriterium zahlreicher Wiederhandlungen als erfüllt erachtet oder ob letztlich die Art der begangenen Delikte – entgegen den Ausführungen in der Vernehmlassung – nicht nur ins Gewicht gefallen ist, sondern den Ausschlag für den Ausschluss gegeben hat. Wie es sich damit verhält, ist nicht überprüfbar, da es die Vorinstanz unterlassen hat, ihre Praxis detailliert darzulegen. Zusammengefasst bestehen somit zahlreiche Unklarheiten wie der konkrete Fall im Lichte der vorinstanzlichen Praxis zu beurteilen wäre. Aus diesem Grund stellt der schlichte Verweis auf "ähnlich gelagerte Fälle" in der Vernehmlassung vom 13. September 2013 keine rechtsgenügende Begründung dar, da für den Beschwerdeführer nicht nachvollziehbar ist, welche Gründe für den Ausschluss aus der Armee massgebend waren.

**4.3.4** Die Heilung der Gehörsverletzung fällt vorliegend aber auch aus einem weiteren Grund ausser Betracht. Nach konstanter Rechtsprechung und Lehre kann ein Mangel von der Beschwerdeinstanz nur geheilt werden, wenn sie im Beschwerdeverfahren mit der gleichen Prüfungsbefugnis entscheidet wie die untere Instanz. Aus diesem Grund ist es nicht zulässig, dass die Rechtsmittelbehörde ihre an und für sich bestehende Prüfungsdichte freiwillig herabsetzt, weil der Vorinstanz bei der Würdigung der persönlichen, örtlichen oder sachlichen Verhältnisse ein grosser Beurteilungsspielraum zukommt (Urteile des Bundesgerichts 1C\_285/2010 vom 13. Januar 2011 E. 2.3 und 1P.736/2001 vom 5. April 2002 E. 5 mit weiteren Hinweisen; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts

B-3490/2007 vom 15. Januar 2008 E. 3.3; RENÉ WIEDERKEHR, Die Begründungspflicht nach Art. 29 Abs. 2 BV und die Heilung bei Verletzung, in: ZBI 111/2010, S. 481, 504 f; WALDMANN/BICKEL, Praxiskommentar VwVG, Art. 29 N 119 f.; PATRICK SUTTER, VwVG-Kommentar, Rz. 20 zu Art. 29). Wie bereits oben (E. 2 und 3.3.2) festgehalten wurde, anerkennt das Bundesverwaltungsgericht, dass der Vorinstanz bei Verfahren betreffend Ausschluss aus der Armee ein grosser Ermessenspielraum zukommt. Angesichts dessen kann es nicht angehen, dass das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen einer allfälligen Heilung einer Gehörsverletzung in den Beurteilungsspielraum der Vorinstanz eingreift und die ihm zustehende Prüfungsbefugnis voll ausschöpft. Dies gilt besonders im vorliegenden Fall, in welchem das rechtliche Gehör durch die mangelhafte Begründung bzw. Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffes der Untragbarkeit im Sinne von Art. 22 Abs. 1 MG verletzt wurde und in welchem trotz der im Beschwerdeverfahren nachgelieferten Begründung nach wie vor Unklarheiten bezüglich der vorinstanzlichen Ausschlusspraxis bestehen (vgl. E. 4.3.3). Der Verzicht auf eine Rückweisung an die Vorinstanz zur Korrektur des Verfahrensfehlers hätte in einem derartigen Fall einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil zur Folge (WALDMANN/BICKEL, Praxiskommentar VwVG, Art. 29 N 120). Aus denselben Überlegungen ist es auch nicht möglich, dass das Bundesverwaltungsgericht die Rechtmässigkeit des Ausschlusses aus der Armee gestützt auf einen mangelhaft begründeten Entscheid beurteilt und diesen hierzu aus eigenen Schritten nachträglich umfassend begründet.

## 5.

Zusammengefasst hat die Vorinstanz die angefochtene Verfügung ungenügend begründet. Als Folge der Verletzung der Begründungspflicht, welche vorliegend nicht geheilt werden kann, ist die Verfügung vom 13. Juni 2013 aufzuheben und die Sache zur erneuten Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Sie hat die Verfügung im Sinne der Erwägungen eingehend zu begründen. Folglich ist die Beschwerde gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist.

## 6.

Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Unterliegt sie nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Das Obsiegen und Unterliegen im Prozess ist grundsätzlich nach den Rechtsbegehren der beschwerdeführenden Partei, gemessen am Ergebnis der Anfechtung des vorinstanzlichen Entscheids, zu beurteilen

(BGE 123 V 156 E. 3c und BGE 123 V 159 E. 4b). In der Verwaltungspflege des Bundes gilt die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu weiteren Abklärungen und neuem Entscheid (mit noch offenem Ausgang) praxisgemäss als volles Obsiegen der beschwerdeführenden Partei (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-2601/2012 vom 3. Januar 2013 E. 4 und A-7809/2010 vom 5. September 2011 E. 4).

Der Beschwerdeführer gilt – obwohl nicht vollumfänglich auf die Beschwerde einzutreten ist (vgl. E. 1.2) – als obsiegend, weshalb ihm keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 800.– wird ihm zurückerstattet. Der unterliegenden Vorinstanz können als Bundesbehörde keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

#### **7.**

Der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer hat aufgrund seines Obsiegens Anspruch auf eine Parteientschädigung für ihm erwachsene, notwendige und verhältnismässig hohe Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Wird keine Kostennote eingereicht, so setzt das Gericht die Entschädigung aufgrund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Das Anwaltshonorar wird dabei nach dem notwendigen Zeitaufwand bemessen, wobei der Stundenansatz mindestens Fr. 200.– und höchstens Fr. 400.– beträgt (vgl. hierzu Art. 7 ff. VGKE). Vorliegend hat der Rechtsvertreter keine Kostennote eingereicht. Da sich das Verfahren weder als besonders schwierig noch umfangreich erweist, wird die Parteientschädigung auf Fr. 2'500.– (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) festgesetzt. Diese ist von der Vorinstanz zu leisten, hat sie doch durch die Verletzung ihrer Begründungspflicht die Aufhebung des angefochtenen Entscheids verschuldet (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

#### **8.**

Dieses Urteil kann nicht beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 83 Bst. i des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Es tritt daher mit der Eröffnung in Rechtskraft.

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist. Die Verfügung vom 13. Juni 2013 wird aufgehoben und die Sache zur Fällung eines neuen Entscheids im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der Kostenvorschuss von Fr. 800.– wird dem Beschwerdeführer zurückerstattet. Hierzu hat er dem Bundesverwaltungsgericht einen Einzahlungsschein zuzustellen oder seine Kontonummer bekannt zu geben.

**3.**

Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 2'500.– (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Einschreiben)

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Marianne Ryter

Ivo Hartmann

Versand: