

BVGer A-2884/2019 vom 17. Februar 2020

Bundesverwaltungsgericht, 2020-02-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-2884_2019

FR: TAF A-2884/2019 du 17 février 2020

IT: TAF A-2884/2019 del 17 febbraio 2020

Regeste

Militärdienstpflicht

Erwägungen

E. 1.1

Nach Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist. Da keine solche Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt, mit dem Kommando Ausbildung eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 Bst. d VGG verfügt hat und die erlassene Verfügung ein zulässiges Anfechtungsobjekt darstellt, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

E. 1.2

Gemäss Art. 37 VGG richtet sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt.

E. 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, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Die Beschwerdeführerin ist im vorinstanzlichen Verfahren mit ihren Anträgen nicht durchgedrungen, durch die angefochtene Verfügung auch materiell beschwert und deshalb zur Beschwerde befugt.

E. 1.4

Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und 52 VwVG) ist demnach einzutreten.

E. 2

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen - einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens - sowie auf Angemessenheit hin (vgl. Art. 49 VwVG). Es stellt - wie die Vorinstanz - den Sachverhalt unter Vorbehalt der Mitwirkungspflicht der Parteien von Amtes wegen fest (Art. 12 und Art. 13 VwVG).

E. 3

Vorliegend ist strittig, ob die Beschwerdeführerin in die Arbeitgeberregistratur der Vorinstanz zwecks Vornahme von Dienstbefreiungen nach Art. 18 MG eingetragen werden kann bzw. ob dienstpflichtige Angestellte der Beschwerdeführerin von der Militärdienstpflicht nach Art. 2 ff. MG i.V.m. Art. 18 Abs. 1 Bst. h MG und Art. 30 Abs. 1 Bst. b VM DP befreit werden können. Um dies beantworten zu können, werden zunächst die Rechtsgrundlagen dargelegt (E. 4). Anschliessend wird durch Auslegung zu klären sein, wie Art. 18 Abs. 1 Bst. h MG, insbesondere der Begriff "der vom Bund konzessionierten Transportunternehmen" zu verstehen ist und welche Folgerungen sich daraus ergeben (E. 5).

E. 4.1

Das Militärgesetz stützt sich auf Art. 58 Abs. 2 und Art. 60 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101). Art. 58 Abs. 2 BV hält fest, dass die Armee der Kriegsverhinderung dient und zur Erhaltung des Friedens beiträgt; sie verteidigt das Land und seine Bevölkerung und unterstützt die zivilen Behörden bei der Abwehr schwerwiegender Bedrohungen der inneren Sicherheit und bei der Bewältigung anderer ausserordentlicher Lagen. Gemäss Art. 60 Abs. 1 BV kommt dem Bund die ausschliessliche Gesetzgebungskompetenz für den gesamten Bereich des Militärwesens zu (vgl. Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1, S. 242). Er hat diese insbesondere mit dem Erlass des Militärgesetzes wahrgenommen, das die Wehrverfassung konkretisiert. Neben dieser generellen Rechtsetzungskompetenz zählt Art. 60 Abs. 1 BV im Speziellen die Organisation, Ausbildung und Ausrüstung als Zuständigkeiten des Bundes auf. Auch diese Bereiche sind im Militärgesetz geregelt (Hansjörg Meyer, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, Art. 60 Rz. 3 f.).

E. 4.2

Das Militärgesetz umschreibt neben dem sicherheitspolitischen Auftrag der Armee im ersten Titel (Art. 1) auch die Militärdienstpflicht im zweiten Titel (Art. 2 - 27), die Rechte und Pflichten der Angehörigen der Armee (dritter Titel) sowie die Ausbildung, den Einsatz der Armee, deren Organisation sowie das Armeematerial und die Armeeführung in den Titeln 4 - 8. Gemäss dem Grundsatz in Art. 2 Abs. 1 MG ist jeder Schweizer militärdienstpflichtig. In Art. 12 MG werden die verschiedenen Dienste aufgeführt, die Militärdienstpflichtige leisten müssen, z.B. Ausbildungsdienste, Friedensförderungsdienste oder Assistenzdienste. Neben dem Grundsatz der allgemeinen Militärdienstpflicht werden in Art. 17 und 18 MG Ausnahmen davon, nämlich die Dienstbefreiung für Parlamentarier und Parlamentarierinnen (Art. 17) und für unentbehrliche Tätigkeiten (Art. 18), statuiert. Art. 18 Abs. 1 Bst. h MG lautet in der Fassung vom 1. Januar 2018 wie folgt: 1 "Für die Dauer ihres Amtes oder ihrer Anstellung werden von der Militärdienstpflicht befreit: (...) h. Angestellte der Postdienste, der vom Bund konzessionierten Transportunternehmen sowie der Verwaltung, die in ausserordentlichen Lagen für den Sicherheitsverbund Schweiz unentbehrlich sind; (...)."

E. 4.3

Gestützt auf das Militärgesetz führt die Verordnung über die Militärdienstpflicht in Art. 30 Abs. 1 zu Art. 18 Abs. 1 Bst. h MG näher aus, dass Angestellte aller vom Bund konzessionierten Transportunternehmen sowie Angestellte von Eisenbahnunternehmen, die auf der Grundlage einer schweizerischen Netzzugangsbewilligung nach Art. 8c Abs. 1 des

Eisenbahngesetzes vom 20. Dezember 1957 regelmässig Güterverkehr durchführen und für die Erfüllung der Leistungsaufträge der konzessionierten Transportunternehmen unentbehrlich sind, für den Sicherheitsverbund Schweiz in ausserordentlichen Lagen unentbehrlich sind (Bst. b).

E. 4.4

Aus dem soeben Dargelegten folgt und ist unter den Parteien unbestritten, dass sowohl das Militärgesetz als auch die Verordnung über die Militärdienstpflicht auf die dienstpflichtigen Angestellten der Beschwerdeführerin grundsätzlich anwendbar ist, sei es, dass sie während ihrer Anstellung bei der Beschwerdeführerin Militärdienst leisten müssen oder aber als Ausnahme von dieser befreit werden. Ob Letzteres der Fall ist, ist nachfolgend mittels Auslegung von Art. 18 Abs. 1 Bst. h MG zu klären.

E. 5.1

Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut (grammatikalische Auslegung). Die grammatikalische Auslegung stellt auf Wortlaut, Wortsinn und Sprachgebrauch ab, wobei die Formulierungen in den Amtssprachen Deutsch, Französisch und Italienisch gleichwertig sind (vgl. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 des Bundesgesetzes über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt [Publikationsgesetz, PublG, SR 170.512]). Vom klaren, eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, so etwa dann, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Norm wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben. Ist der Text nicht klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden (ratio legis) unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente (sog. Methodenpluralismus). Dabei ist namentlich auf die Entstehungsgeschichte (historisches Element), den Zweck der Norm (teleologisches Element), die ihr zugrundeliegenden Wertungen und ihre Bedeutung im Kontext mit anderen Bestimmungen (systematisches Element) abzustellen. Bleiben bei nicht klarem Wortlaut letztlich mehrere Auslegungen möglich, so ist jene zu wählen, die der Verfassung am besten entspricht (vgl. zum Ganzen BGE 145 II 182 E. 5.1 und 142 I 135 E. 1.1.1 m.w.H.). Die Gesetzesmaterialien sind nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Bei der Auslegung neuerer Bestimmungen kommt den Materialien eine besondere Bedeutung zu, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger rasch nahelegen (vgl. BGE 141 II 262 E. 4.2 m.w.H.).

E. 5.2.1

Art. 18 Abs. 1 Bst. h MG spricht von Angestellten der vom Bund konzessionierten Transportunternehmen, die in ausserordentlichen Lagen für den Sicherheitsverbund Schweiz unentbehrlich sind. Der Begriff "der vom Bund konzessionierten Transportunternehmen" ist zu hinterfragen, zumal das Militärgesetz aus dem Jahr 1995 stammt und im Jahr 1999 mit der Bahnreform 1 das Eisenbahn- und Güterverkehrsrecht verschiedene, zum Teil grundlegende Veränderungen erfahren hat, insbesondere was das Wesen der Konzession betrifft (vgl. Stückelberger/Haldimann, in: Müller [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Verkehrsrecht, Band IV, 2008, S. 301, Rz. 112 und Uhlmann/Hinderling, in: Müller [Hrsg.], a.a.O., S. 92, Rz. 39). Aus der italienischen Fassung ("[...] delle imprese di trasporto titolari di una concessione federale [...]") und dem

französischen Text ("[...], des entreprises de transport titulaires d'une concession fédérale [...]") ergeben sich keine Hinweise für die Klärung des Begriffs. Damit ist der Wortlaut der Bestimmung nicht klar und es sind die weiteren Auslegungsmethoden heranzuziehen, um mit Hilfe des Methodenpluralismus' die wahre Tragweite dieser Bestimmung zu ermitteln.

E. 5.2.2

Die historische Auslegung stellt auf den Sinn und Zweck ab, den man einer Norm zur Zeit ihrer Entstehung gab. Eine Norm soll so gelten, wie sie vom Gesetzgeber vorgesehen worden war. Insbesondere bei jungen Erlassen muss dem Willen des Gesetzgebers ein grosses Gewicht beigemessen werden (vgl. BGE 136 V 216 E. 5.1, BGE 135 II 78 E. 2.2; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl. 2016, Rz. 101). Im Rahmen der historischen Auslegung sind vorliegend neben dem MG auch die VMDP, das PBG, das EBG und die Verordnung über den Einsatz und die Aufgaben konzessionierter Transportunternehmen in besonderen und ausserordentlichen Lagen vom 4. November 2009 (AS 2009 5937, nachfolgend: VEAKT), die Bahnreform 1 sowie die dazugehörigen Materialien hinzuzuziehen. Bei der systematischen Auslegung ist die Tragweite einer Norm unter Berücksichtigung des umgebenden Normengefüges und der institutionellen Rahmenbedingungen zu erforschen (BGE 138 I 305 E. 1.4.4).

E. 5.2.2.1

Um die Bedeutung des Begriffs "der vom Bund konzessionierten Transportunternehmen" im Sinne von Art. 18 Abs. 1 Bst. h MG zu erfassen, ist es unumgänglich, zunächst die zeitliche Entwicklung der massgebenden Rechtsgrundlagen näher zu erläutern: Aus der Botschaft des Bundesrates betreffend das Militärgesetz von 1995 (BBl 1993 IV 1) geht zu Art. 18 hervor, dass als vom Bund konzessionierte Transportunternehmen beispielsweise die privaten Bahnen, private konzessionierte Carunternehmen und städtische Verkehrsbetriebe gelten. Es sollten jedoch nicht alle Angestellten dieser Transportunternehmen einen "Freipass" für eine Dienstbefreiung erhalten. Der Bundesrat wurde beauftragt in einer Verordnung die für die Gesamtverteidigung unentbehrlichen Tätigkeiten und Stellen zu definieren (BBl 1993 IV 1, 42; vgl. auch Art. 18 Abs. 4 MG). Art. 18 Abs. 1 Bst. h MG wurde seit Inkrafttreten am 1. Januar 1996 nur marginal geändert. Der Teilsatz "der staatlichen und vom Bund konzessionierten Transportunternehmen" wurde per 1. Januar 2011 nach der Bahnreform 2 zu "der vom Bund konzessionierten Transportunternehmen" verkürzt. Der Grund hierfür lag darin, dass die Schweizerischen Bundesbahnen (SBB) nun ebenfalls eine Konzession nach den Art. 6 - 8 PBG und Art. 5 EBG benötigten und eine Unterscheidung zwischen den SBB und anderen konzessionierten Transportunternehmen (KTU) daher nicht mehr notwendig war (vgl. Zusatzbotschaft zur Bahnreform 2 vom 9. März 2007 [BBl 2007 2681 S. 2732]). Das stand im Gegensatz zum vorherigen Recht, als die SBB von Gesetzes wegen über das Recht zur Personenbeförderung verfügt hatten (vgl. Botschaft zur Bahnreform vom 13. November 1996 [BBl 1997 I 937, S. 957], nachfolgend: Bahnreform 1; Botschaft zur Bahnreform 2 vom 23. Februar 2005, [BBl 2005 2415, S. 2530]). Am 1. Januar 1999 wurde die Bahnreform 1 in Kraft gesetzt (vgl. AS 1998 2835, 2845, 2847, 2856, 2859), mit welcher die Effizienz im öffentlichen Verkehr bzw. Schienenverkehr gesteigert und das Kosten-Nutzen-Verhältnis für die öffentliche Hand verbessert werden sollte (vgl. Botschaft Bahnreform 1, S. 913, BGE 138 I 274 E. 1.3). Mit Inkrafttreten der Bahnreform 1 wurde der Güterverkehr weitestgehend liberalisiert (Kern/König, in: Biaggini/Häner/Saxer/Schott [Hrsg.], Fachhandbuch Verwaltungsrecht, 2015, Rz. 9.63 und 9.71). Anders als bei einer

regelmässigen Personenbeförderung entfiel im Zuge dieser Liberalisierung die Konzessionspflicht für die Gütertransporte auf der Schiene (vgl. Botschaft Bahnreform 1, S. 925; Uhlmann/Hinderling, a.a.O., S. 92, Rz. 39; Stückelberger/Haldimann, a.a.O., S. 291, Rz. 82 und 112). Stattdessen ist für die Durchführung von gewerbsmässigen Gütertransporten eine Bewilligung erforderlich. Für Schienentransporte ist eine sog. Netzzugangsbewilligung mit Sicherheitsbescheinigung notwendig (vgl. Art. 8c ff. EBG i.V.m. der Eisenbahn-Netzzugangsverordnung vom 25. November 1998 [NZV, SR 742.122]; Stückelberger/Haldimann, a.a.O., S. 292, Rz. 86). Die Einführung der neuen Kategorie des Netzzugangs ermöglicht einen diskriminierungsfreien Zugang für den Güterverkehr und die Öffnung des Marktes im Schienenverkehr allgemein (vgl. Botschaft Bahnreform 1, S. 923; Art. 9a EBG). Mit dem Netzzugang ist ein Transportunternehmen berechtigt, die Bahninfrastruktur eines anderen Bahnunternehmens gegen Bezahlung eines Entgeltes zu benützen. Mit dem Erwerb einer Trasse für ein bestimmtes Zeitfenster (sog. slot) erhält das Transportunternehmen das Recht, zu einer definierten Zeit eine bestimmte Strecke gegen Entgelt (sog. Trassenpreis) zu befahren (Art. 9a Abs. 4 EBG und Art. 9c Abs. 1 EBG; Kern/König, a.a.O., Rz. 9.88 f.). Mit der Bahnreform 1 wurde somit die Einheitskonzession abgeschafft und die drei Kategorien Personenbeförderungskonzession, Infrastrukturkonzession (Art. 5 EBG) und Netzzugangsbewilligung (Art. 8c EBG) geschaffen (vgl. Botschaft Bahnreform 1, S. 923).

E. 5.2.2.2

In der Verordnung vom 31. August 1994 über die Ausbildungsdienste (VAD, AS 1994 2907), die vom 1. Januar 1995 bis 31. Dezember 1999 galt, sind zu Art. 18 Abs. 1 Bst. h MG keine Einzelheiten zu entnehmen. Hingegen fanden sich solche in der Verordnung vom 19. November 2003 über die Militärdienstpflicht (MDV, AS 2003 4609). Der 7. Titel regelte die Befreiung von der Militärdienstpflicht (Art. 70 - 82) und nach den allgemeinen Bestimmungen über das Gesuch, die Änderung der Tätigkeit und die Zuständigkeit (Art. 70 - 72) wurden in Art. 79 Abs. 1 Definitionen der verschiedenen Dienste von Art. 18 Abs. 1 Bst. h MG aufgeführt. Unter die Kategorie der als vom Bund konzessionierten Transportunternehmen fielen demnach alle konzessionierten Transportunternehmen bestehend aus Eisenbahn-, Seilbahn-, Trolleybus-, Autobus- und Schifffahrtsunternehmen (Bst. c). Zudem galten als Angestellte, die in ausserordentlichen Lagen für die nationale Sicherheitskooperation unentbehrlich sind: Personen, welche Aufgaben erfüllen, die auch in ausserordentlichen Lagen für die Besorgung des Postdienstes, der Grundversorgung der Telekommunikation und für die Erfüllung der Leistungsaufträge der konzessionierten Transportunternehmen erbracht werden müssen (Bst. d). Mit der Änderung der MDV vom 21. November 2007 (AS 2007 6751, 6757) per 1. Januar 2008 wurden in Art. 79 Abs. 1 Bst. c MDV neben den konzessionierten Eisenbahn-, Seilbahn-, Trolleybus-, Autobus- und Schifffahrtsunternehmen neu die "Eisenbahnunternehmen, die auf der Grundlage einer schweizerischen Netzzugangsbewilligung nach Artikel 9a Absatz 1 des Eisenbahngesetzes vom 20. Dezember 1957 regelmässig Güterverkehr durchführen" aufgeführt. Es sind keine Materialien ersichtlich, die erklären würden, weshalb diese Änderung vom Bundesrat vorgenommen wurde. Es ist jedoch naheliegend und davon auszugehen, dass die Ergänzung klarstellen sollte, dass die Bahnreform 1 diesbezüglich keine Änderung nach sich zog. Zu erwähnen ist sodann, dass diese Formulierung auch in Art. 30 Abs. 1 Bst. b VMDP von 2007 wörtlich übernommen wurde, um die Unternehmen zu definieren, die für den Sicherheitsverbund Schweiz in ausserordentlichen Lagen unentbehrlich sind.

E. 5.2.2.3

Art. 18 Abs. 1 Bst. h MG setzt des Weiteren voraus, dass konzessionierte Transportunternehmen in "ausserordentlichen Lagen" unentbehrlich sind. Zum Verständnis der Bestimmung sind deshalb insbesondere auch die Verordnung über den Einsatz und die Aufgaben konzessionierter Transportunternehmen in besonderen und ausserordentlichen Lagen (VEAKT) von 2009 sowie deren Totalrevision und Umbenennung in "Verordnung über vorrangige Transporte in Ausnahmesituationen" vom 28. August 2019 (VVTA, SR 531.40) von Bedeutung und heranzuziehen (systematische Auslegung). In ihrem Titel sprach die VEAKT über "den Einsatz und die Aufgaben konzessionierter Transportunternehmen". In Art. 2 wurde der Geltungsbereich aufgeführt. Die VEAKT galt demnach für Unternehmen, die Inhaberinnen a. "einer Konzession für die regelmässige und gewerbmässige Beförderung von Personen oder Gütern mit Eisenbahnen, Trolleybussen, Seilbahnen, Schiffen oder Motorfahrzeugen; oder b. einer Bewilligung nach Artikel 8c des Eisenbahngesetzes vom 20. Dezember 1957." waren. In Bst. a war die Konzeption des Geltungsbereichs somit nicht - mehr - kohärent, da seit der Bahnreform 1 (1999) und der damit einhergehenden Liberalisierung des Güterverkehrs nicht mehr vorgesehen war, dass Güterverkehrsunternehmen eine Konzession benötigen, sondern mittels Netzzugangsbewilligung die Infrastruktur benützen dürfen. Wesentlich ist sodann, dass in Bst. b die Netzzugangsbewilligung nach Art. 8c EBG ausdrücklich aufgeführt war, obwohl der Titel der Verordnung dies nicht vermuten lassen würde. Die aktuell gültige Verordnung, die VVTA vom 28. August 2018, lässt denn auch den Begriff der "konzessionierten Transportunternehmen" im Titel weg und sorgt betreffend Geltungsbereich in Art. 3 für eine klare und aktuelle Auflistung der Konzessionen und Bewilligungen: So gilt die Verordnung für Unternehmen mit einer Personenbeförderungskonzession nach Art. 6 PBG (Bst. a), einer Infrastrukturkonzession und Sicherheitsgenehmigung nach Art. 5 EBG (Bst. b) sowie einer Netzzugangsbewilligung und Sicherheitsbescheinigung nach Art. 8c EBG. Den Erläuterungen zur totalrevidierten VVTA ist ausserdem zu entnehmen, dass die Totalrevision das Ziel hatte, den Anwendungsbereich den gegenwärtigen Bedürfnissen anzupassen, die Verständlichkeit zu verbessern sowie die Definitionen und Formulierungen zu schärfen und zu vereinheitlichen, dies vor allem aufgrund der Änderungen im EBG, PBG und Gütertransportgesetz vom 25. September 2015 (GüTG, SR 742.41; vgl. Erläuterung des BAV zur Verordnung über vorrangige Transporte in Ausnahmesituationen vom August 2019 [nachfolgend: Erläuterungen VVTA], S. 1). Zu Art. 3 Abs.1 Bst. c VVTA wird ferner konkret ausgeführt, dass Schienengütertransportunternehmen eine Netzzugangsbewilligung und eine Sicherheitsbescheinigung nach Art. 8c EBG benötigen würden, um auf dem Schienennetz Transporte durchführen zu können (vgl. Erläuterungen VVTA, S. 4); Art. 3 Abs. 1 Bst. c VVTA entspricht dem früheren Art. 2 Bst. b VEAKT. Die Umformulierung des Titels der Verordnung zeigt sodann klar, dass nicht nur konzessionierte Transportunternehmen Aufgaben in ausserordentlichen Lagen wahrnehmen müssen, sondern auch solche, die eine Netzzugangsbewilligung besitzen. Das ist zwar nicht neu, da dies bereits unter der VEAKT galt, dennoch wurde dem Ordnungsgeber offenbar bewusst, dass die Formulierungen zu schärfen sind, um diesbezüglich Klarheit zu schaffen.

E. 5.2.3

Als Zwischenfazit ergibt sich aus der historischen und systematischen Auslegung somit folgendes Bild: Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Militärgesetzes am 1. Januar 1996 benötigte auch ein Gütertransportunternehmen eine Konzession, um seine Güter auf der

Schiene zu befördern und gehörte deshalb zu den "vom Bund konzessionierten Transportunternehmen". Der Wortlaut von Art. 18 Abs. 1 Bst. h MG hat sich nach der Liberalisierung des Güterverkehrs nach der Bahnreform 1 nicht grundlegend geändert, obwohl diese für den Güterverkehr grosse Veränderungen mit sich brachte. So ist es seit der Bahnreform 1 für die Gütertransportunternehmen nicht mehr nötig, eine Konzession des Bundes zu beantragen, sondern es ist ihnen mit der Netzzugangsbewilligung den diskriminierungsfreien Zugang zur Infrastruktur, die ihnen durch ein Eisenbahnunternehmen mit einer Infrastrukturkonzession (vgl. Art. 5 ff. EBG) zur Verfügung gestellt wird, gegen ein Entgelt zu gewähren. Eine Anpassung des Militärgesetzes hätte somit überlegt werden müssen, was jedoch - soweit ersichtlich - nicht gemacht wurde. Die Ergänzung in der MDV vom 21. November 2007 deutet darauf hin, dass die Verordnung ausformulierte, was bereits vor der Bahnreform 1 Praxis war und weiterhin gelten sollte. Anhaltspunkte, die einen anderen Schluss zuliesse, liegen keine vor. Die erwähnten Erlasse deuten somit darauf hin, dass unter Art. 18 Abs. 1 Bst. h MG auch Schienengütertransportunternehmen mit einer Netzzugangsbewilligung und Sicherheitsbescheinigung nach Art. 8c EBG fallen, um in ausserordentlichen Lagen für den Sicherheitsverbund Schweiz die unentbehrlichen Dienstleistungen zu erbringen.

E. 5.3

Schliesslich ist Art. 18 Abs. 1 Bst. h MG aus teleologischer Sicht zu betrachten. Gemäss Botschaft zum Militärgesetz ist Sinn und Zweck der Dienstbefreiung die Aufrechterhaltung unentbehrlicher Dienste in ausserordentlichen Lagen (vgl. Botschaft MG, S. 42). Die Aufzählung in Art. 18 Abs. 1 MG listet die Personen in bestimmten Funktionen auf, die für die Belange der Gesamtverteidigung als unentbehrlich erachtet werden. Damit die Arbeitgeber ihre Dienstleistungen zur Gesamtverteidigung in genügender Art und Weise anbieten können, sind sie auf die volle Kapazität ihrer Mitarbeitenden angewiesen. Eine Einschränkung der berücksichtigten Tätigkeiten könnte von einem Grossteil der Arbeitgeber in personeller Hinsicht nicht verkraftet werden (vgl. Botschaft zum MG, S. 41). "Konzessionierte Transportunternehmen" sollen demnach in ausserordentlichen Lagen ihre unentbehrliche Leistung uneingeschränkt erbringen können und nicht durch den Einzug ihrer dienstpflchtigen Mitarbeitenden am Leistungsauftrag der Gesamtverteidigung gehindert werden. Dieser in der Botschaft festgehaltene Grundgedanke hat auch heute noch Gültigkeit. Es kann nicht Sinn und Zweck von Art. 18 Abs. 1 Bst. h MG sein, dass der Schienengüterverkehr gänzlich von einer Dienstbefreiung ausgeschlossen sein und somit anders behandelt werden soll als Transportunternehmen, die über eine Personenbeförderungskonzession oder eine Infrastrukturkonzession verfügen. Auch Schienengüterverkehrsunternehmen können in einem Katastrophenfall unentbehrliche Leistungen, die oft Voraussetzung für das Funktionieren von Konzessionsinhabern - wie z.B. eines Flughafens (vgl. Art. 36a Luftfahrtgesetz vom 21. Dezember 1948 [LFG, SR 748.0]), sind, erbringen.

E. 5.4

Zusammengefasst folgt aus historischer, systematischer und teleologischer Auslegung, dass Art. 18 Abs. 1 Bst. h MG Unternehmen, die eine Netzzugangsbewilligung nach Art. 8c EBG besitzen, miteinschliesst. Damit erweist sich zudem Art. 30 Abs. 1 Bst. b VMDP diesbezüglich als gesetzeskonform.

E. 5.5

Der Vorinstanz, die der Meinung ist, die Beschwerdeführerin würde weder die Voraussetzungen auf Gesetzes- noch auf Verordnungsstufe erfüllen, da die aktuellen Rechtsgrundlagen zwingend und kumulativ voraussetzen würden, dass lediglich Angestellte von Unternehmen mit einer Personenbeförderungskonzession nach Art. 6 PBG sowie einer Infrastrukturkonzession und Sicherheitsgenehmigung nach Art. 5 EBG von der Militärdienstpflicht befreit werden können, kann somit nicht gefolgt werden. Kumulative Voraussetzungen gehen weder aus den Rechtsgrundlagen noch aus der von der Vorinstanz zitierten Rechtsprechung (Urteile des BVGer B-251/2009 vom 26. Mai 2009 E. 3.1, B-1832/2009 vom 27. Mai 2009 E. 2.3 und B-487/2010 vom 9. März 2010 E. 2) hervor. Demzufolge ist der Beschwerdeführerin beizupflichten, dass sie - obwohl sie über keine Konzession verfügt (entgegen den Angaben auf ihrer Website) - mit einer Netzzugangsbewilligung nach Art. 8c Abs. 1 EBG vom Anwendungsbereich von Art. 18 Abs. 1 Bst. h MG erfasst wird und somit ihre dienstpflichtigen Mitarbeitenden - sofern alle übrigen Voraussetzungen erfüllt sind - von der Militärdienstpflicht zu befreien sind.

E. 6

Im Weiteren ist auf die von der Vorinstanz geltend gemachte subsidiäre Anwendbarkeit von Art. 18 MG zu Art. 145 MG einzugehen.

E. 6.1

Die Vorinstanz bringt vor, im Notfall stehe es jedem Militärdienstpflichtigen frei, ein Gesuch um Dienstverschiebung aus persönlichen Gründen nach Art. 90 VMDP einzureichen. Zudem gelte aus Gründen der Wehrgerechtigkeit für eine Dienstbefreiung nach Art. 18 MG das absolute Subsidiaritätsprinzip. Die Wehrgerechtigkeit beinhalte die Erfüllung der allgemeinen Wehrpflicht durch die persönliche Dienstleistung in der Armee oder im Zivildienst gemäss Art. 59 Abs. 1 BV. Das Subsidiaritätsprinzip gebiete, dass bei einem Dienstbefreiungsgesuch nach Art. 18 Abs. 1 Bst. h MG, der explizit auf die ausserordentliche Lage verweise, immer zuerst eine Dispensation oder Beurlaubung nach Art. 145 MG zu prüfen sei. Bei der abschliessenden Aufzählung der anspruchsberechtigten Tätigkeiten nach Art. 18 MG werde ausschliesslich in Bst. h zwischen ordentlicher und ausserordentlicher Lage unterschieden. Diese restriktive Präzisierung spreche umso mehr für die Anwendbarkeit von Art. 145 MG. Es stelle sich nämlich die Frage, weshalb Personen, die (erst) in ausserordentlichen Lagen unentbehrlich seien, bereits in der ordentlichen Lage für die Dauer ihres Amtes oder ihrer Anstellung von der Militärdienstpflicht befreit werden sollten. Denn aufgrund des Wortlautes von Art. 18 Abs. 1 Bst. h MG werde für die Unverzichtbarkeit eine ausserordentliche Lage vorausgesetzt.

E. 6.2

Die Beschwerdeführerin äussert sich zu diesen erst im Beschwerdeverfahren vorgebrachten Ausführungen nicht näher.

E. 6.3

Der Argumentation der Vorinstanz kann nicht gefolgt werden.

E. 6.3.1

Der Dienstbefreiung nach Art. 18 MG und der Dispensation bzw. Beurlaubung nach Art. 145 MG liegen verschiedene Konzepte zu Grunde: Das Gesuch um Dienstbefreiung wird vom Arbeitgeber und der militärdienstpflichtigen Person gemeinsam gestellt (Art. 18 Abs. 3 MG). So geht es dabei nicht allein um eine Dienstbefreiung der dienstpflichtigen Person,

sondern auch um den Arbeitgeber, der dadurch seine Funktionsfähigkeit in einer ausserordentlichen Lage aufrechterhalten können soll (vgl. Botschaft MG, S. 43). Anders Art. 145 MG, wonach Militärdienstpflichtige für die Erfüllung wichtiger Aufgaben in den zivilen Bereichen des Sicherheitsverbundes Schweiz individuell vom Assistenz- und Aktivdienst dispensiert oder beurlaubt werden können.

E. 6.3.2

Des Weiteren handelt es sich bei Art. 145 MG um eine "Kann-Vorschrift", bei der kein Anspruch auf eine Dispensation besteht (vgl. Botschaft MG, S. 115). Nach Art. 18 MG dagegen besteht ein Anspruch auf Dienstbefreiung, wenn die Voraussetzungen hierzu erfüllt sind.

E. 6.3.3

Sodann hält die Botschaft zum Militärgesetz u.a. fest, dass wenn die Voraussetzungen einer Dienstbefreiung nicht erfüllt würden, eine Dispensation vom Aktivdienst gewährt werden könne (vgl. Botschaft MG, S. 42). Es führt ferner aus, dass die für eine Dienstbefreiung geltende Liste möglichst knapp gehalten werden müsse, da die Dienstbefreiung einen gewissen Einbruch in die allgemeine Wehrpflicht bedeute und daher restriktiv zu handhaben sei. Soweit es um die Erhaltung der Funktionsfähigkeit von Institutionen in ausserordentlichen Lagen gehe, könne dieser Zweck oftmals durch die weniger weit gehende Dispensation vom Assistenz- und Aktivdienst erreicht werden (Botschaft MG, S. 43).

E. 6.3.4

Das Vorbringen der Vorinstanz, dass ausschliesslich in Art. 18 Abs. 1 Bst. h MG zwischen "ordentlicher (strategischer Normalfall des relativen Friedens)" und "ausserordentlicher Lage (Situation, in welcher in zahlreichen Bereichen und Sektoren die ordentlichen Abläufe nicht genügen, um die anstehenden Aufgaben zu bewältigen, beispielsweise bei Katastrophen und in Notlagen, die das ganze Land betreffen oder im Falle eines bewaffneten Konflikts)" unterschieden werde, ist sodann unzutreffend. Die Bestimmung trifft keine explizite Unterscheidung, sondern erwähnt einzig die ausserordentlichen Lagen: "Angestellte (...) der vom Bund konzessionierten Transportunternehmen (...), die in ausserordentlichen Lagen für den Sicherheitsverbund Schweiz unentbehrlich sind".

E. 6.3.5

Auch die Positionen von Art. 18 und Art. 145 im Militärgesetz deuten nicht auf eine subsidiäre Anwendbarkeit von Art. 18 MG zu Art. 145 MG hin. Art. 18 MG ist dem zweiten Titel "Militärdienstpflicht" angegliedert, während Art. 145 MG unter dem achten Titel "Armeeleitung und Militärverwaltung" aufgeführt wird. Weder Art. 18 MG noch Art. 145 MG weist auf den anderen Artikel hin, der den Vorrang des einen oder anderen statuieren würde. Es ist vielmehr auch in systematischer Hinsicht darauf zu schliessen, dass die beiden Rechtsgrundlagen nebeneinander existieren.

E. 6.3.6

Eine Subsidiarität von Art. 18 Abs. 1 Bst. h MG zu Art. 145 MG ist nach dem Gesagten nicht ersichtlich. Die beiden Rechtsgrundlagen existieren nebeneinander und sind je nach den Umständen vom Arbeitgeber und der dienstpflichtigen Person/Arbeitnehmer bzw. von der dienstpflichtigen Person allein zu beantragen.

E. 7

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass Gütertransportunternehmen mit einer Netzzugangsbewilligung und Sicherheitsbescheinigung nach Art. 8c EBG ebenso unter Art. 18 Abs. 1 Bst. h MG fallen wie Unternehmen, die eine Infrastrukturkonzession nach Art. 5 EBG oder eine Personenbeförderungskonzession nach PBG besitzen. Zudem ist aus dem Militärgesetz keine Subsidiarität von Art. 18 MG zu Art. 145 MG abzuleiten.

E. 8.1

Art. 61 Abs. 1 VwVG sieht für das Beschwerdeverfahren im Allgemeinen vor, dass die Beschwerdeinstanz in der Sache selbst entscheidet oder diese ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurückweist. Bei der Wahl steht dem Gericht grundsätzlich ein weiter Ermessensspielraum zu. Liegen sachliche Gründe vor, ist eine Rückweisung regelmässig mit dem Untersuchungsgrundsatz und dem Prinzip eines einfachen und raschen Verfahrens vereinbar. Die Vorinstanz ist mit den tatsächlichen Verhältnissen besser vertraut und darum im Allgemeinen besser in der Lage, die erforderlichen Abklärungen durchzuführen. Ebenso ist eine Rückweisung angezeigt, wenn der Vorinstanz ein Ermessen zukommt, bei dessen Überprüfung sich das Gericht Zurückhaltung auferlegt. Schliesslich bleibt der betroffenen Partei dergestalt der gesetzlich vorgesehene Instanzenzug erhalten (vgl. statt vieler BGE 131 V 407 E. 2.1.1; BVGE 2012/21 E. 5.1; Urteile des BVGer A-4153/2016 vom 16. Mai 2018 E. 9.1, A-6519/2016 vom 3. Mai 2017 E. 6.1 und A-5766/2016 vom 20. Februar 2017 E. 10.2; Moser/Beusch/Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 3.194).

E. 8.2

Da sich die Vorinstanz mit den weiteren Voraussetzungen von Art. 18 Abs. 1 Bst. h MG nicht näher auseinandergesetzt hat, ist die Sache an sie zurückzuweisen. Dem Bundesverwaltungsgericht ist es vorliegend nicht möglich, selbst zu prüfen, ob die Voraussetzungen gegeben sind und ein Anspruch auf einen Arbeitgeberregistratureintrag besteht, ohne ein aufwändiges Beweisverfahren vorzunehmen. Die Vorinstanz und das allenfalls von dieser als Fachbehörde beizuziehende BAV sind überdies besser mit der Materie vertraut als das Bundesverwaltungsgericht. Ausserdem geht die Beschwerdeführerin so keiner Instanz verlustig.

E. 9

Im Ergebnis sind somit der erste Hauptantrag und der Eventualantrag der Beschwerdeführerin gutzuheissen (Ziff. 1 und 3). Die Verfügung der Vorinstanz vom 7. Mai 2019 ist aufzuheben und die Angelegenheit zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

E. 10.1

Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei (Art. 63 Abs. 1 VwVG). In der Verwaltungsrechtspflege 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 (BGE 137 V 57 E. 2.1 ff.; 137 V 271 E. 7.1; Urteile des BVGer A-6259/2018 vom 8. Juli 2019 E. 6.1, A-358/2018 vom 10. Januar 2019 und A-2601/2012 vom 3. Januar 2013 E. 4). Demzufolge sind der Beschwerdeführerin keine

Verfahrenskosten aufzuerlegen. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'500.- wird ihr zurückerstattet. Der Vorinstanz können keine Verfahrenskosten auferlegt werden (vgl. Art. 63 Abs. 2 VwVG).

E. 10.2

Die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin hat nach Massgabe ihres Obsiegens Anspruch auf eine Parteientschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG). Da dem Bundesverwaltungsgericht keine Kostennote übermittelt wurde, ist die Parteientschädigung vorliegend aufgrund der Akten auf pauschal Fr. 4'500.- festzusetzen (vgl. Art. 14 Abs. 2 Satz 2 VGKE). (Das Dispositiv befindet sich auf der nächsten Seite.)

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