

# **BVGer A-3757/2010 vom 10. Mai 2011**

Bundesverwaltungsgericht, 2011-05-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-3757\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-3757_2010)

FR: TAF A-3757/2010 du 10 mai 2011

IT: TAF A-3757/2010 del 10 maggio 2011

## **Regeste**

Militärdienstpflicht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (VGG, SR 173.72) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht, sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist, Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Der FST A gehört zu den Behörden im Sinne von Art. 33 VGG und ist demnach Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts und die angefochtene Verfügung vom 5. Mai 2010 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG dar. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet betrifft, ist nicht gegeben (Art. 32 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde. Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

### **E. 2**

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. Der Beschwerdeführer ist formeller Adressat der angefochtenen Verfügung vom 5. Mai 2010, durch den angefochtenen Entscheid auch materiell beschwert und deshalb zur Erhebung der vorliegenden Beschwerde legitimiert.

### **E. 3**

Das Anfechtungsobjekt - hier die Verfügung der Vorinstanz vom 5. Mai 2010 - bildet den Rahmen, welcher den möglichen Umfang des Streitgegenstands begrenzt. Gegenstände, über welche die erstinstanzlich verfügende Behörde nicht entschieden hat und auch nicht entscheiden musste, darf die zweite Instanz nicht beurteilen, da sie sonst in die funktionale Zuständigkeit der unteren Instanz eingreifen würde. Die Parteibehörden dürfen folglich nicht über das hinausgehen, was die Vorinstanz entschieden hat oder etwas anderes, Weitergehendes verlangen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-8636/2007 vom 23. Juni 2008 E. 1.2; André Moser / Michael Beusch / Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.7 f.). In der hier angefochtenen Verfügung vom 5. Mai 2010 regelt die Vorinstanz nur die Zuweisung des Beschwerdeführers zu den nicht eingeteilten Doppelbürgern rückwirkend auf den 28. Oktober 2009 und widerruft damit die Verfügung vom 28. Oktober 2009 (vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-634/2009 vom 9. Februar 2010 E. 2.1.3). Hingegen ist der Verfügung vom 5. Mai 2010 keine weitere individuell-konkrete, auf Rechtswirkungen

gerichtete, verbindliche und erzwingbare Anordnung - beispielsweise in Bezug auf die Militärdienst- oder Ersatzpflicht des Beschwerdeführers - zu entnehmen (vgl. Art. 5 VwVG; vgl. dazu Felix Uhlmann, in: VwVG Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 5, Rz. 17 und 19 f.). Streitgegenstand ist daher vorliegend einzig der Widerruf der Verfügung vom 28. Oktober 2009 bzw. die Nicht-Zuweisung des Beschwerdeführers zu den nicht eingeteilten Doppelbürgern rückwirkend auf den 28. Oktober 2009. Nicht Streitgegenstand ist hingegen die Militärdienst- oder Ersatzpflicht des Beschwerdeführers, da die Vorinstanz darüber am 5. Mai 2010 nicht verfügt hat. Insoweit der Beschwerdeführer neben der Zuweisung zu den nicht eingeteilten Doppelbürgern bzw. der Befreiung von der Wehrpflicht auch eine Befreiung von der Militärdienstpflicht oder der Ersatzpflicht im Besondern verlangen sollte, wäre darauf also nicht einzutreten.

#### **E. 4**

Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und 52 VwVG) ist demnach unter Vorbehalt der vorstehenden Erwägung einzutreten.

#### **E. 5**

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). Die Rechtsanwendung erfolgt von Amtes wegen, ohne Bindung an die Parteibehörden (Art. 62 Abs. 4 VwVG).

#### **E. 6**

Verwaltungsbehörden können Verfügungen, selbst wenn sie in formelle Rechtskraft erwachsen sind, unter bestimmten Voraussetzungen ändern. Das anwendbare Sach- oder Verfahrensgesetz kann die Voraussetzungen des Widerrufs ausdrücklich regeln. Liegt keine gesetzliche Regelung vor, so muss die Widerrufbarkeit auf Grund allgemeiner, von Lehre und Rechtsprechung entwickelter Kriterien beurteilt werden (Pierre Tschannen / Ulrich Zimmerli / Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2009, § 31, Rz. 21 und 35; Ulrich Häfelin / Georg Müller / Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 994 und 997 ff.). Weder das VwVG noch das vorliegend anwendbare Bundesgesetz vom 3. Februar 1995 über die Armee und die Militärverwaltung (Militärgesetz, MG, SR 510.10; vgl. dazu auch unten E. 8) enthalten eine Regelung zum Widerruf einer Verfügung betreffend Zuweisung zu den nicht eingeteilten Doppelbürgern, weswegen die Zulässigkeit des Widerrufs im Folgenden aufgrund allgemeiner Kriterien zu prüfen ist.

#### **E. 7**

Als Widerrufsgründe kommen sowohl ursprüngliche als auch nachträgliche Fehlerhaftigkeit einer Verfügung in Frage. Die ursprünglich fehlerhafte Verfügung ist von Anfang an mit einem Rechtsfehler behaftet; nachträgliche Fehlerhaftigkeit liegt hingegen vor, wenn seit dem Ergehen der Verfügung eine Änderung der Rechtsgrundlagen oder eine erhebliche Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse eingetreten ist (BGE 121 II 273 E. 1; BVGE 2007/29 E. 4.4 und 8; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-8636/2007 vom 23. Juni 2008 E. 4 und A-634/2009 vom 9. Februar 2010 E. 2.1.2; Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 31, Rz. 36 ff., Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 998). Vorliegend ist somit zuerst zu prüfen, ob die Verfügung vom 28. Oktober 2009, mit welcher die Vorinstanz den

Beschwerdeführer gestützt auf das Wehrpflicht-Abkommen und das Militärgesetz den nicht eingeteilten Doppelbürgern zugewiesen hatte, fehlerhaft ist.

### **E. 8.1**

Das Militärgesetz ist letztmals mit Änderung vom 19. März 2010, in Kraft getreten am 1. Januar 2011 (AS 2010 6015), revidiert worden. Da diese Rechtsänderung erst während des vorliegenden Beschwerdeverfahrens in Kraft getreten ist, ist sie mangels anders lautender gesetzlicher Übergangsbestimmung auf den vorliegenden Fall noch nicht anwendbar. Vielmehr ist die Rechtmässigkeit der Verfügung vom 28. Oktober 2009 bzw. vom 5. Mai 2010 nach der Rechtslage zur Zeit ihres Erlasses zu beurteilen (BGE 126 II 522 E. 3b/aa; vgl. dazu Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 202; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 325 ff.). Massgeblich ist somit vorliegend betreffend die Verfügung vom 28. Oktober 2009 das Militärgesetz in der Fassung vom 20. März 2008, in Kraft seit 1. Januar 2009 (AS 2008 5463), beziehungsweise betreffend die Verfügung vom 5. Mai 2010 in der Fassung vom 20. März 2009, in Kraft seit 1. Januar 2010 (AS 2009 5597), wobei diese Fassungen bezüglich der hier massgeblichen Normen identisch sind. Gemäss Art. 2 MG ist jeder Schweizer wehrpflichtig (Abs. 1); die Wehrpflicht umfasst die Stellungspflicht, die Militärdienstpflicht, die Zivildienstpflicht, die Ersatzpflicht und die Meldepflicht (Abs. 2). Betreffend Doppelbürger hält Art. 5 MG fest, dass Schweizer, die das Bürgerrecht eines anderen Staates besitzen und dort ihre militärischen Pflichten erfüllt oder Ersatzleistungen erbracht haben, in der Schweiz nicht militärdienstpflichtig sind, wobei der Bundesrat Ausnahmen vorsehen kann (Abs. 1). Vorbehalten bleiben die Meldepflicht und die Ersatzpflicht (Abs. 2). Gemäss Art. 5 Abs. 3 MG regelt der Bundesrat die Einzelheiten und kann mit anderen Staaten Vereinbarungen über die gegenseitige Anerkennung der Erfüllung der Wehrpflicht von Doppelbürgern abschliessen (vgl. auch Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-4348/2007 vom 12. März 2008 E. 3 und A-1157/2010 vom 2. August 2010 E. 3.2). Gestützt auf Art. 5 Abs. 3 MG wurde das Wehrpflicht-Abkommen mit Deutschland unterzeichnet. Da ein solches Abkommen der Ratifikation bedarf, eine Ratifikation von Seiten Deutschlands jedoch nicht erfolgte, trat es unbestrittenermassen nie in Kraft und war somit bereits zur Zeit des Erlasses der Verfügung vom 28. Oktober 2009 nicht gültig (vgl. Art. 11 Abs. 1 des Wehrpflicht-Abkommens; vgl. auch Beilage 8 der Vorinstanz; vgl. dazu auch Ulrich Häfelin / Walter Haller / Helen Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 1912 f.).

### **E. 8.2**

Aufgrund mangelnder Gültigkeit des Wehrpflicht-Abkommens konnte sich daraus zu keinem Zeitpunkt eine Pflicht zur Zuweisung des Beschwerdeführers zu den nicht eingeteilten Doppelbürgern bzw. eine Befreiung des Beschwerdeführers von der Wehrpflicht ergeben. Was das Militärgesetz betrifft, so regelt Art. 5 Abs. 1 MG nur die Befreiung von der Militärdienstpflicht, nicht aber der Wehrpflicht. Auch aus keiner anderen Bestimmung des Militärgesetzes oder sonst einem Erlass ergibt sich, dass der Beschwerdeführer am 28. Oktober 2009 oder zu irgendeinem späteren Zeitpunkt den nicht eingeteilten Doppelbürgern hätte zugewiesen bzw. von der Wehrpflicht befreit werden müssen. Daher erweist sich die Verfügung vom 28. Oktober 2009 aufgrund unrichtiger Rechtsanwendung zur Zeit ihres Erlasses als ursprünglich fehlerhaft und es lag somit für die Vorinstanz zu Recht ein Grund vor, auf die Verfügung vom 28. Oktober 2009 zurückzukommen.

## **E. 9**

Werden wie im vorliegenden Fall die Voraussetzungen des Widerrufs im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt, hat die widerrufende Behörde zur Beurteilung der Zulässigkeit des Widerrufs bzw. der inhaltlichen Änderung der ursprünglichen Verfügung eine Interessenabwägung vorzunehmen. Dabei hat sie die Interessen an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts und der Rechtsgleichheit einerseits und diejenigen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes andererseits zu berücksichtigen (BGE 135 V 201 E. 6.2, BGE 127 II 306 E. 7a, BGE 121 II 273 E. 1a/aa; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A 8636/2007 vom 23. Juni 2008 E. 4; BVGE 2007/29 E. 4.2; Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 31 Rz. 49; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 997 ff.). Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Vorinstanz diese Interessen richtig gegeneinander abgewogen hat.

### **E. 9.1**

Das Postulat der Rechtssicherheit geht im Allgemeinen dann dem Interesse an der Durchsetzung des objektiven Rechts vor, wenn durch die Verwaltungsverfügung ein wohlerworbenes Recht begründet worden ist oder wenn die Verfügung aufgrund eines eingehenden Ermittlungs- und Einspracheverfahrens erging, dessen Aufgabe in der allseitigen Prüfung der öffentlichen Interessen und ihrer Abwägung gegenüber den entgegengesetzten Privatinteressen besteht, wie das beispielsweise auf das Verfahren der Baubewilligung oder der Steuerveranlagung zutrifft. Auch in diesen Fällen kann aber ein Widerruf in Frage kommen, wenn er durch ein besonders gewichtiges öffentliches Interesse geboten ist (BGE 121 II 273 E. 1a/aa und bb, BGE 119 Ia 305 E. 4c; BVGE 2007/29 E. 4.2; Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 31, Rz. 52 ff.; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1008 ff. und Rz. 1013 f.). Vorliegend hat der Beschwerdeführer mit der Verfügung vom 28. Oktober 2009 weder ein wohlerworbenes Recht erworben noch ist sie in einem eingehenden Ermittlungs- und Einspracheverfahren ergangen, bei dem die sich gegenüberstehenden Interessen in besonderem Mass allseitig zu prüfen und gegeneinander abzuwägen waren.

### **E. 9.2**

Was den Vertrauensschutz betrifft, so hat jede Person aufgrund des Grundsatzes von Treu und Glauben (Art. 9 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder in ein sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden (vgl. statt vieler BGE 131 II 627 E. 6). Vertrauensschutz setzt erstens einen Vertrauenstatbestand, sprich eine Vertrauensgrundlage voraus, wobei Verfügungen grundsätzlich als Vertrauensgrundlage in Frage kommen. Weiter kann sich auf Vertrauensschutz nur berufen, wer von der Vertrauensgrundlage Kenntnis hatte und ihre allfällige Fehlerhaftigkeit nicht kannte und auch nicht hätte kennen sollen, wobei auf die individuellen Fähigkeiten und Kenntnisse der sich auf Vertrauensschutz berufenden Person abzustellen ist. Dabei werden eigentliche Nachforschungen über die Richtigkeit behördlichen Handelns von den Privaten nicht erwartet und Anlass zur Überprüfung besteht nur, wo die Fehlerhaftigkeit der Vertrauensgrundlage leicht erkennbar ist. Als weitere Voraussetzung muss gestützt auf das Vertrauen eine Disposition getätigt worden sein, die ohne Nachteil nicht wieder rückgängig gemacht werden kann (BGE 131 II 627 E. 6; BGE 129 I 161 E. 4.1; Urteil des Bundesgerichts 2C\_453/2009 vom 3. Februar 2010 E. 5, Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 631 ff.; Beatrice Weber-Dürler, Vertrauensschutz im

öffentlichen Recht, Basel 1983, S. 79 ff.). Zwischen dem Vertrauen und der vom Betroffenen getätigten Disposition muss zudem ein Kausalzusammenhang gegeben sein. Dieser fehlt, wenn anzunehmen ist, dass die Disposition auch ohne ein Vertrauen begründendes behördliches Verhalten bzw. bei Kenntnis der Mangelhaftigkeit der Vertrauensbasis vorgenommen worden wäre. Der Kausalzusammenhang fehlt eindeutig, wenn die Disposition vor der Entstehung der Vertrauensgrundlage getroffen wurde (BGE 121 V 65 E. 2; Urteil des Bundesgerichts 2C\_453/2009 vom 3. Februar 2010 E. 5; Urteil des Bundesgerichts 1C\_377/2008 vom 4. Mai 2009 E. 2.7.2; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 664; Weber-Dürler, a.a.O., S.102 f.). Vorliegend wurde der Beschwerdeführer mit der Verfügung vom 28. Oktober 2009 dauerhaft und vorbehaltlos den nicht eingeteilten Doppelbürgern zugewiesen. Er hatte als Verfügungsadressat von dieser Vertrauensgrundlage Kenntnis, kannte ihre Fehlerhaftigkeit aufgrund der Ungültigkeit des Wehrpflicht-Abkommens nicht und musste diese - da nicht leicht erkennbar - auch nicht kennen. Zu berücksichtigen ist aber, dass der Beschwerdeführer unbestrittenermassen bereits am 18. September 2009 als Student in der Schweiz gemeldet war. Zudem ergibt sich aus den Akten, dass er am 18. August 2009 (erstmal) in die Schweiz eingereist war (vgl. Beilage 4 der Vorinstanz). Er war also bereits vor dem Erlass der Verfügung vom 28. Oktober 2009 in die Schweiz gekommen, um an der Universität ... zu studieren und das Herbstsemester 2009 dürfte bereits einige Wochen vor dem 28. Oktober 2009 begonnen haben. Vor allem ist zu beachten, dass eine Anmeldung für ein Studium einige Monate vor Studienbeginn zu erfolgen hat (vgl. z.B. ...). Es ist also davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer im vorliegenden Fall seine geltend gemachte Disposition - seinen Entscheid bzw. seine Anmeldung für ein mindestens dreijähriges Studium in der Schweiz - bereits vor der Verfügung vom 28. Oktober 2009 vorgenommen hatte. Er hat sich somit vollkommen unabhängig von der Verfügung der Vorinstanz vom 28. Oktober 2009 betreffend die Befreiung von der Wehrpflicht für ein Studium in der Schweiz angemeldet, weswegen der erforderliche Kausalzusammenhang zwischen der Verfügung vom 28. Oktober 2009 als Vertrauen begründendes Verhalten der Vorinstanz und der Disposition nicht gegeben ist. Somit kann vorliegend kein Vertrauensschutzinteresse gegen den Widerruf der Verfügung vom 28. Oktober 2009 angeführt werden.

### **E. 9.3**

Zum Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts ist festzuhalten, dass die Gesetzmässigkeitsinteressen dann überwiegen, wenn besonders gewichtige öffentliche Interessen vorliegen oder wenn der rechtswidrige Zustand lange fort dauern würde (Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 31, Rz. 58 f.). Das öffentliche Interesse liegt im vorliegenden Fall in der Durchsetzung der Wehrpflicht. Diese stellt ein gewichtiges öffentliches Interesse dar. Zudem befreite die Verfügung vom 28. Oktober 2009 den 21-jährigen Beschwerdeführer endgültig und somit dauerhaft von der Wehrpflicht. Der rechtswidrige Zustand würde daher angesichts des noch jungen Alters des Beschwerdeführers noch lange fort dauern. Das Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts wiegt aus diesen Gründen in diesem Fall schwer.

### **E. 9.4**

Auch das Interesse an der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) fällt hier stark ins Gewicht. Die Wehrpflicht hat aufgrund ihrer Dauer und ihres Inhalts in all ihren Ausprägungen erhebliche Auswirkungen auf die Betroffenen. Eine Ungleichbehandlung zwischen dem Beschwerdeführer und anderen deutsch-schweizerischen Doppelbürgern, die zu Recht nicht

von der Wehrpflicht befreit wurden, würde sich daher schwerwiegend auswirken und verlangt ebenfalls einen Widerruf der Verfügung vom 28. Oktober 2009.

#### **E. 9.5**

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass im vorliegenden Fall die schwerwiegenden Interessen der richtigen Anwendung des objektiven Rechts und der Rechtsgleichheit für den Widerruf der Verfügung vom 28. Oktober 2009 sprechen, dagegen kein Vertrauensschutzinteresse oder besondere Rechtssicherheitsinteressen gegeben sind, welche dem Widerruf entgegenstehen würden. Eine Interessenabwägung zwischen den Interessen der richtigen Anwendung des objektiven Rechts und der Rechtsgleichheit einerseits und den Interessen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes andererseits fällt somit eindeutig zugunsten des Widerrufs bzw. der inhaltlichen Änderung der ursprünglich fehlerhaften Verfügung vom 28. Oktober 2009 aus. Die Vorinstanz hat somit die Verfügung vom 28. Oktober 2009 zu Recht widerrufen und den Beschwerdeführer rückwirkend auf den 28. Oktober 2009 nicht den nicht eingeteilten Doppelbürgern zugewiesen, weswegen die Beschwerde des Beschwerdeführers abzuweisen ist.

#### **E. 10**

Es sind keine Verfahrenskosten zu erheben, da der Beschwerdeführer in Anwendung von Art. 65 Abs. 1 VwVG mit Zwischenverfügung vom 25. Juni 2010 von der Pflicht zur Bezahlung der Verfahrenskosten befreit wurde.

#### **E. 11**

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

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