

# **BVGer B-1860/2018 vom 23. Juli 2018**

Bundesverwaltungsgericht, 2018-07-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-1860\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-1860_2018)

FR: TAF B-1860/2018 du 23 juillet 2018

IT: TAF B-1860/2018 del 23 luglio 2018

## **Regeste**

Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse (Zivildienst)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig (Art. 63 Abs. 1 des Zivildienstgesetzes vom 6. Oktober 1995 [ZDG; SR 824.0] in Verbindung mit Art. 31 und Art. 33 Abs. d des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG; SR 173.32]).

### **E. 1.2**

Die Beschwerde beinhaltet in erster Linie ein Dienstverschiebungsgesuch in Zusammenhang mit dem Aufgebot von Amtes wegen zum Zivildiensteinsatz vom 16. März 2018. Zudem richtet sie sich zumindest implizit auch gegen das Aufgebot von Amtes wegen an sich.

### **E. 1.3**

Der Beschwerdeführer ist zur Beschwerde grundsätzlich legitimiert (Art. 48 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG; SR 172.021]). Die Eingabefrist (Art. 66 Bst. a ZDG in Verbindung mit Art. 22a Abs. 1 Bst. c VwVG) sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift (Art. 52 Abs. 1 VwVG) sind gewahrt. Die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen (Art. 44 ff. VwVG) liegen ebenfalls vor.

### **E. 1.4**

Auf die Beschwerde ist damit einzutreten. Zum Streitgegenstand gehört vorliegend auch das mit der Beschwerde eingereichte Dienstverschiebungsgesuch des Beschwerdeführers. Das Bundesverwaltungsgericht sollte zwar dem Entscheid der Vorinstanz nicht vorgreifen und nicht über die vom Beschwerdeführer erst in seiner Beschwerde vorgebrachten Dienstverschiebungsgründe entscheiden (siehe zum Streitgegenstand etwa BGE 136 II 457 E. 4.2 mit Hinweisen). Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz jedoch in ihrer Vernehmlassung vom 23. Mai 2018 zu den diesbezüglichen Argumenten des Beschwerdeführers umfassend Stellung genommen, weshalb aus prozessökonomischen Gründen praxisgemäss von einer Rückweisung der Sache zum Entscheid über das Dienstverschiebungsgesuch abzusehen ist (vgl. Urteile des BVGer B-6767/2016 vom 16. Februar 2017; B-5158/2015 vom 17. November 2015 und B-5287/2014 vom 20. November 2014 E. 5.1.2, je mit Hinweisen).

### **E. 2**

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit voller Überprüfungsbefugnis, weshalb nicht nur Rechtsverletzungen oder fehlerhafte Sachverhaltsfeststellungen, sondern auch die Unangemessenheit gerügt werden können (Art. 49 VwVG).

### **E. 3.1**

Militärdienstpflichtige, die den Militärdienst nicht mit ihrem Gewissen vereinbaren können, leisten auf Gesuch hin einen länger dauernden zivilen Ersatzdienst (Art. 1 ZDG). Die Zivildienstpflicht umfasst dabei namentlich die Pflicht zur Erbringung ordentlicher Zivildienstleistungen, bis die Gesamtdauer erreicht ist (Art. 9 Bst. d in Verbindung mit Art. 8 ZDG). Der Zivildienst wird in einem oder mehreren Einsätzen geleistet, wobei Mindestdauer und zeitliche Abfolge der Einsätze vom Bundesrat geregelt werden (Art. 20 ZDG). Die zivildienstpflichtige Person, welche wie der Beschwerdeführer keine Rekrutenschule bestanden hat, muss einen langen Einsatz von mindestens 180 Tagen leisten (Art. 37 Abs. 1 ZDV der Zivildienstverordnung vom 11. September 1996 [ZDV; SR 824.01]; vgl. BVGE 2014/49 E. 2.2 und Urteil des BVGer B-402/2016 vom 15. Juni 2016 E. 2.2). Grundsätzlich sucht die zivildienstpflichtige Person selbst Einsatzbetriebe und spricht die Einsätze mit ihnen ab (Art. 31a Abs. 1 ZDV). Dabei stellt ihr die Vollzugsstelle die für die Suche erforderlichen Informationen zur Verfügung und unterstützt sie auf Anfrage (Art. 31a Abs. 2 ZDV). Erlauben die Ergebnisse der Suche den Erlass eines Aufgebots nicht, so legt die Vollzugsstelle in einem Aufgebot selbst fest, wann und wo der Einsatz geleistet wird (Aufgebot von Amtes wegen; Art. 31a Abs. 4 ZDV).

### **E. 3.2**

Der zivildienstpflichtigen Person und dem Einsatzbetrieb wird das Aufgebot grundsätzlich spätestens drei Monate vor Beginn des Einsatzes mitgeteilt (Art. 22 Abs. 2 ZDG).

### **E. 4.1**

Die Vollzugsstelle bietet die zivildienstpflichtige Person von Amtes wegen zu einem Zivildiensteinsatz auf, wenn deren eigene Suche nach einem Einsatzbetrieb den Erlass eines Aufgebots nicht erlaubt (Art. 31a Abs. 1 und 4 ZDV). Beim Erlass eines Aufgebots von Amtes wegen hat die Vollzugsstelle die Eignung der zivildienstpflichtigen Person und die Interessen eines geordneten Vollzugs sowie die Aufgebotsfrist von drei Monaten zu berücksichtigen (Art. 22 Abs. 2 ZDG und Art. 31a Abs. 4 ZDV; vgl. anstatt vieler Urteile des BVGer B-530/2018 vom 18. April 2018 und B-6767/2016 vom 16. Februar 2017).

### **E. 4.2**

Aufgrund der unbestrittenen Tatsache, dass der Beschwerdeführer innert der von der Vollzugsstelle mehrmals verlängerten Frist und trotz deren Mahnungen keine Einsatzvereinbarung einreichte, ist es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz am 16. März 2018 ein Aufgebot von Amtes wegen erliess. Der Beschwerdeführer bringt in seiner Beschwerde nicht vor, inwiefern das Aufgebot von Amtes wegen unrechtmässig ergangen oder nicht angemessen sei. Das Aufgebot selber erweist sich als korrekt, da mit dem Beginn des Einsatzes am 9. Juli 2018 die Aufgebotsfrist von drei Monaten gewahrt wird und keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Eignung des Beschwerdeführers oder die Interessen eines geordneten Vollzugs nicht berücksichtigt worden wären.

### **E. 4.3**

Soweit sich die Beschwerde gegen die Rechtmässigkeit des Aufgebots von Amtes wegen zum Zivildiensteinsatz richtet, ist sie deshalb abzuweisen.

### **E. 5.1**

Es bleibt zu prüfen, ob sich die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung zu Recht gegen die in der Beschwerde beantragte Dienstverschiebung aussprach.

### **E. 5.2**

Die Vollzugsstelle kann ein Gesuch um Dienstverschiebung gemäss Art. 46 Abs. 3 ZDV unter anderem dann gutheissen, wenn die zivildienstpflichtige Person anderenfalls ihren Arbeitsplatz verlieren würde (Bst. c) oder glaubwürdig darlegt, dass die Ablehnung des Gesuchs für sie, ihre engsten Angehörigen oder ihren Arbeitgeber eine ausserordentliche Härte bedeuten würde (Bst. e). Demgegenüber ist ein Gesuch um Dienstverschiebung unter anderem dann abzulehnen, wenn keine Gründe im Sinne von Art. 46 Abs. 3 ZDV vorliegen (Art. 46 Abs. 4 Bst. a ZDV). Die "Kann-Formulierung" von Art. 46 Abs. 3 ZDV bringt zum Ausdruck, dass kein unbedingter Rechtsanspruch auf Dienstverschiebung besteht (Urteile des BVGer B-402/2016 vom 15. Juni 2016 E. 2.4 und B-4135/2010 vom 3. November 2010 E. 4.1, je mit Hinweisen).

### **E. 5.3**

Der Beschwerdeführer erwähnt nicht genau, welche Dienstverschiebungsgründe seiner Ansicht nach gegeben sind. Es ist jedoch davon auszugehen, dass er sich auf Art. 46 Abs. 3 Bst. c ZDV (drohender Arbeitsplatzverlust) und Art. 46 Abs. 3 Bst. e ZDV (ausserordentliche Härte für ihn und seinen Arbeitgeber) beruft.

### **E. 5.4**

Wie die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung zu Recht ausführt, äussert der Beschwerdeführer zwar die Befürchtung, seine neue Arbeitsstelle zu verlieren, käme er dem Aufgebot der Vorinstanz nach. Weder substantiiert er jedoch diese Behauptung, noch belegt er sie. Insbesondere ist keine entsprechende Absicht seines Arbeitgebers belegt. Der Arbeitgeber teilte der Vorinstanz zwar als Reaktion auf die angefochtene Verfügung am 26. März 2018 telefonisch mit, dass ihm nichts anderes übrig bleibe, als dem Beschwerdeführer zu kündigen, wenn er den verfügbaren Einsatz leisten müsse. Diese vom Arbeitgeber in Aussicht gestellte Kündigung erscheint jedoch als unwahrscheinlich. So äusserte der Arbeitgeber in seinem Telefonat vom 30. Januar 2018 mit der Vorinstanz noch, dass der Beschwerdeführer unter anderem als Bankschreiner ein Spezialist und sehr schwierig zu ersetzen sei. Ferner bekräftigte der Arbeitgeber am 23. März 2018 der Vorinstanz gegenüber, nicht ein halbes Jahr "hintereinander" auf den Beschwerdeführer verzichten zu können. Am 11. April 2018 hielt der Arbeitgeber in einem Schreiben an die Vorinstanz erneut fest, auf seine Mitarbeiter sehr angewiesen zu sein. Es sei schwer, gute neue Mitarbeiter zu finden. Auch wenn nachvollziehbar ist, dass der Beschwerdeführer seinem neuen Arbeitgeber eine längere Abwesenheit lieber nicht zumuten möchte, ergibt sich daraus nicht ohne Weiteres eine begründete Befürchtung, die Arbeitsstelle zu verlieren. Dies gilt insbesondere deshalb, weil die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses während sowie vier Wochen vor und nach der Leistung eines schweizerischen obligatorischen Militär- oder Schutz- oder Zivildienstes von mehr als elf Tagen unzulässig ist (Art. 336c Abs. 1 Bst. a des Obligationenrechts vom 30. März 1911 [OR, SR 220]), und die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses zu einem anderen Zeitpunkt zudem missbräuchlich ist, wenn sie ausgesprochen wird, weil der Arbeitnehmer einen derartigen Dienst leistet (Art. 336 Abs. 1 Bst. e OR), was zu erheblichen Sanktionen führen kann (Art. 336a OR). Weitere Gründe für die Befürchtung des Beschwerdeführers, aufgrund des

Zivildiensteinsatzes seine Arbeitsstelle zu verlieren, werden weder vorgebracht, noch sind solche ersichtlich. Es ist damit nicht davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer seine Arbeitsstelle verlieren würde, wenn er dem Aufgebot der Vorinstanz zum Zivildiensteinsatz Folge leistet. Ein Dienstverschiebungsgrund im Sinne von Art. 46 Abs. 3 Bst. c ZDV liegt demnach nicht vor.

### **E. 5.5**

Eine ausserordentliche Härte im Sinne von Art. 46 Abs. 3 Bst. e ZDV wird nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nur dann anerkannt, wenn bei der zivildienstpflichtigen Person, ihren engsten Angehörigen oder ihrem Arbeitgeber eine eigentliche Notsituation vorliegt (Urteile des BVGer B-3187/2016 vom 19. Juli 2016 und B-402/2016 vom 15. Juni 2016 E. 2.4, je mit Hinweisen). Dabei ist die Erfüllung der Zivildienstpflicht in die persönliche Lebens- und Karriereplanung einzubeziehen, wobei zivildienstliche Abwesenheiten frühzeitig absehbar sind, so dass ihnen rechtzeitig mit geeigneten Planungsmassnahmen begegnet werden kann (Urteil des BVGer B-9/2015 vom 19. März 2015). Zudem obliegt es dem Arbeitgeber, sein Unternehmen so zu organisieren, dass auch eine längere Abwesenheit eines Mitarbeiters mehrheitlich aufgefangen werden kann (Urteil des BVGer B-1391/2016 vom 11. Mai 2016 E. 3.3.5), wobei er eine gewisse Mehrbelastung, die infolge eines Zivildiensteinsatzes entsteht, hinzunehmen hat (Urteil des BVGer B-3426/2014 vom 11. September 2014).

#### **E. 5.5.1**

Der Beschwerdeführer bringt in seiner Beschwerde keine Notsituation des Arbeitgebers vor. Aus dessen Schreiben vom 11. April 2018, das der Beschwerde beiliegt, geht indes hervor, dass seine Auftragsbücher bis Ende 2018 ausgebucht seien. Dabei führt er in diesem Zusammenhang aus, auf seine Mitarbeiter sehr angewiesen zu sein, da das Unternehmen jung sei und es schwer sei, gute neue Mitarbeiter zu finden. Bereits in seinem Telefonat mit der Vorinstanz vom 30. Januar 2018 äusserte der Arbeitgeber, dass ihn die Einsatzpflichten des Beschwerdeführers vor eine schwierige Situation, da er sich vor fünf Jahren selbständig gemacht habe und inzwischen mit sechs Angestellten während des ganzen Jahres sehr gut ausgelastet sei. Der Beschwerdeführer sei sehr schwierig zu ersetzen. Ferner insistierte der Arbeitgeber in seinem telefonischen Gespräch vom 23. März 2018 mit der Vorinstanz, nicht während eines halben Jahres "hintereinander" auf seinen Angestellten verzichten zu können. Am 26. März 2018 erklärte der Arbeitgeber der Vorinstanz telefonisch, "wahnsinnig" viel Arbeit zu haben.

#### **E. 5.5.2**

Aus den vorgebrachten Umständen ergibt sich jedoch für den Arbeitgeber keine ausserordentliche Härte im Sinne einer eigentlichen Notsituation, da er spätestens seit dem Telefongespräch vom 30. Januar 2018 um die Einsatzpflicht des Beschwerdeführers wusste. Entsprechend hatte der Arbeitgeber seit diesem Tag Zeit, für die Abwesenheit des Beschwerdeführers eine Stellvertretung zu organisieren. In diesem Gespräch legte die Vorinstanz dem Arbeitgeber dar, dass die von ihr vorgeschlagene Option ein sehr grosszügiges Entgegenkommen sei. Sie sei aufgrund der schwierigen Situation zu einer Speziallösung bereit. Dabei sei sie jedoch auch auf die Mitarbeit des Beschwerdeführers und das Entgegenkommen des Arbeitgebers angewiesen. Sie setze die Einsatzpflicht standardmässig durch, falls die Bereitschaft fehle. Hierauf antwortete der Arbeitgeber, am Abend des 20. Januar 2018 mit dem Beschwerdeführer zusammensitzend und

Lösungsansätze zu besprechen. Hierauf meldete sich jedoch weder der Arbeitgeber noch der Beschwerdeführer bei der Vorinstanz. Der Arbeitgeber hätte sich bei der Vorinstanz melden können (und müssen), wenn ihm wichtig gewesen wäre, dass der Beschwerdeführer nicht wie gesetzlich vorgesehen Dienst leisten muss. Überdies äusserte der Arbeitgeber ihr gegenüber nie, dass es unmöglich sei, für die Dauer der Abwesenheit des Beschwerdeführers eine entsprechende Stellvertretung einzustellen. Eine solche Unmöglichkeit ist auch in den Akten nicht ersichtlich.

### **E. 5.5.3**

Der Beschwerdeführer hat es sich zudem selber zuzuschreiben, dass er keinen Einfluss auf den Zeitpunkt seines Zivildiensteinsatzes mehr nehmen konnte. Er wusste seit Januar 2010 von der Pflicht, einen langen Einsatz von mindestens 180 Tagen leisten zu müssen (vgl. Beilage «Ihre Zivildienstpflicht. Die wichtigsten Regeln auf einen Blick» zum Willkommenschreiben der Vollzugsstelle für den Zivildienst ZIVI, Regionalzentrum F.\_\_\_\_\_, vom 5. Januar 2010). Der Beschwerdeführer hätte seinen Zivildiensteinsatz zu einem früheren Zeitpunkt erfüllen können.

### **E. 5.5.4**

Der Beschwerdeführer insistiert in seiner Beschwerde indessen mit seiner finanziellen Situation. Er hält sinngemäss fest, dass es ihm nur möglich wäre, finanzielle Rücklagen für zwei Monate bereitzustellen. Dieses Vorbringen vermag aber ebenfalls keine Notsituation zu begründen. Zivildienstleistende haben Anspruch auf Erwerbsausfallentschädigung (Art. 1a Abs. 2 des Erwerbsersatzgesetzes vom 25. September 1952 [EOG; SR 834.1]). Der Beschwerdeführer - bzw. der Arbeitgeber, soweit eine Lohnfortzahlungspflicht besteht - erhält demzufolge während der Dauer des verfügbaren Zivildiensteinsatzes eine Erwerbsausfallentschädigung (zu dieser eingehend BGE 142 V 43 E. 3.1). Es können durchaus gewisse finanzielle Einbussen aufgrund des Zivildienstes aus der Erwerbsersatzordnung resultieren. Sie sind aber gesetzlich vorgesehen und hinzunehmen (Urteil des BVGer B-3187/2016 vom 19. Juli 2016, S. 11). Art. 26 ZDG sieht freilich vor, dass die zivildienstpflichtige Person im Zusammenhang mit dem Zivildienst soweit notwendig soziale und rechtliche Beratung erhält (Abs. 1). Dabei gilt für die soziale Beratung und Unterstützung zivildienstleistender Personen das Zuständigkeitsgesetz vom 24. Juni 1977 (SR 851.1) sinngemäss (Abs. 3). Soziale Beratung und Unterstützung werden jedoch soweit notwendig durch die kommunalen Sozialdienste geleistet, die auch ausserhalb von Zivildiensteinsätzen für die Zivildienstpflichtigen als Privatpersonen zuständig sind (vgl. Art. 26 Abs. 3 ZDG). Dabei bedeutet "soziale Beratung" in der Praxis vor allem die Zuweisung hilfeschender Zivildienstpflichtiger an die kommunalen Sozialdienste (vgl. Botschaft vom 27. August 2014 zur Änderung des Bundesgesetzes über den zivilen Ersatzdienst, BBl 2014 6769). Die Vorinstanz wies den Beschwerdeführer anlässlich der Vorsprache vom 29. Januar 2018 auf das Sozialamt hin. Hierauf antwortete er, dort bereits gewesen zu sein und dies nicht mehr machen zu wollen. Die Vorinstanz vereinbarte mit dem Beschwerdeführer dennoch verbindlich, innert Frist beim Sozialamt Möglichkeiten abzuklären und ihr mitzuteilen. Dies tat er in der Folge nicht. Der Beschwerdeführer äussert in seiner Beschwerde zwar, beim Sozialamt nachgefragt zu haben, aber es helfe ihm nicht. Dieses Vorbringen substantiierte er indessen weder näher, noch legte er entsprechende Beweise vor. Der Beschwerdeführer hätte von der ihm von der Vorinstanz am 29. Januar 2018 angebotenen Möglichkeit einer Sonderlösung Gebrauch machen können und müssen, wenn seine finanzielle Situation in der Tat dermassen schlecht

ist, wie er vorbringt. Dementsprechend besteht auch keine ausserordentliche Härte finanzieller Art.

#### **E. 5.5.5**

Insgesamt liegt damit weder für den Beschwerdeführer noch für seinen Arbeitgeber eine ausserordentliche Härte vor.

#### **E. 5.6**

Die Vorinstanz ging damit in ihrer Vernehmlassung zu Recht davon aus, dass keine Gründe vorliegen, die eine Dienstverschiebung rechtfertigen könnten. Die Beschwerde ist daher auch insoweit als unbegründet abzuweisen. Der Beschwerdeführer hat den Zivildiensteinsatz im Einsatzbetrieb "Pflegeheim A. \_\_\_\_\_" gemäss dem Aufgebot vom 16. März 2018 zu leisten.

#### **E. 5.7**

Der Beschwerde gegen dieses Aufgebot ist bis zum Urteilszeitpunkt aufschiebende Wirkung zugekommen. Mit dem vorliegenden letztinstanzlichen Entscheid (vgl. E. 7 hiernach) wird das Aufgebot formell rechtskräftig. Demgemäss hat der Beschwerdeführer nach Kenntnisnahme dieses Urteils umgehend einzurücken.

#### **E. 6**

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist kostenlos, sofern es sich, wie hier, nicht um mutwillige Beschwerdeführung handelt, und es werden keine Parteientschädigungen ausgerichtet (Art. 65 Abs. 1 ZDG).

#### **E. 7**

Die Beschwerde an das Bundesgericht gegen diesen Entscheid steht nicht offen, weshalb er endgültig ist (Art. 83 Bst. i des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

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