

BVGer B-294/2024 vom 8. Mai 2024

Bundesverwaltungsgericht, 2024-05-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-294_2024

FR: TAF B-294/2024 du 8 mai 2024

IT: TAF B-294/2024 del 8 maggio 2024

Regeste

Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse (Zivildienst)

Erwägungen

E. 1.1

Die Verfügung der Vorinstanz vom 29. November 2023 kann nach Art. 63 Abs. 1 des Zivildienstgesetzes vom 6. Oktober 1995 (ZDG; SR 824.0) im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege mit Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht angefochten werden (Art. 5 Abs. 1 Bst. a und Art. 44 ff. des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG; SR 172.021] i.V.m. Art. 31 ff. und Art. 37 ff. des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG; SR 173.32]).

E. 1.2

Soweit das ZDG keine verfahrensrechtlichen Spezialnormen enthält, richtet sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege, also nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz (Art. 65 Abs. 4 ZDG).

E. 1.3

Als Adressat ist der Beschwerdeführer durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Er ist daher zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Die Verfügung wurde dem Beschwerdeführer am 29. November 2023 elektronisch übermittelt. Damit hat der Beschwerdeführer mit Beschwerdeanhebung vom 12. Januar 2024 unter Berücksichtigung des Fristenstillstands (Art. 22a Abs. 1 Bst. c VwVG) die dreissigtägige Eingabefrist (Art. 66 Bst. b ZDG) gewahrt. Ebenso sind die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift gewahrt (Art. 52 Abs. 1 VwVG). Schliesslich liegen die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen vor (Art. 44 ff. VwVG).

E. 1.4

Auf die Beschwerde ist demnach einzutreten.

E. 2.1

Jeder Schweizer ist verpflichtet, Militärdienst zu leisten (Art. 59 Abs. 1 Satz 1 BV). Militärdienstpflichtige, die den Militärdienst mit ihrem Gewissen nicht vereinbaren können, leisten gemäss Art. 1 ZDG auf Gesuch hin einen länger dauernden zivilen Ersatzdienst (Zivildienst), welcher grundsätzlich 1,5-mal so lange wie die Gesamtdauer der noch nicht geleisteten Ausbildungsdienste nach der Militärgesetzgebung dauert (Art. 8 Abs. 1 Satz 1 ZDG). Die Zivildienstpflicht beginnt, sobald der Entscheid für die Zulassung zum

Zivildienst rechtskräftig geworden ist (Art. 10 ZDG) und endet mit der Entlassung oder dem Ausschluss aus dem Zivildienst, wobei für die Entlassung die Bestimmungen über die Dauer der Militärdienstpflicht sinngemäss gelten (Art. 11 Abs. 1 und 2 ZDG).

E. 2.2

Der Zivildienst wird in einem oder mehreren Einsätzen geleistet. Der Bundesrat regelt die Mindestdauer und die zeitliche Abfolge der Einsätze (Art. 20 ZDG). Die zivildienstpflichtige Person, die keine Rekrutenschule bestanden hat, leistet einen langen Einsatz von mindestens 180 Tagen (Art. 20 ZDG i.V.m. Art. 37 Abs. 1 der Verordnung über den zivilen Ersatzdienst vom 11. September 1996 [Zivildienstverordnung, ZDV; SR 824.01]). Hat die zivildienstpflichtige Person - wie vorliegend - eine Rekrutenschule bestanden, so hat sie einen Ersteinsatz von mindestens 54 Tagen zu leisten (Art. 20 ZDG i.V.m. Art. 38 Abs. 3 Bst. a ZDV). Leistet die zivildienstpflichtige Person nach ihrem Ersteinsatz den Zivildienst in mehreren Einsätzen, so beträgt die Mindestdauer eines Einsatzes grundsätzlich 26 Tage (Art. 38 Abs. 1 ZDV).

E. 2.3

Der erste Einsatz muss spätestens in dem Kalenderjahr, das der rechtskräftigen Zulassung zum Zivildienst folgt, beginnen (Art. 21 ZDG; Art. 38 Abs. 3 ZDV). Darüber hinaus können zivildienstpflichtige Personen ihren Zivildiensteinsatz selbst organisieren und damit den für sie günstigsten Zeitpunkt auswählen (Art. 35 Abs. 1 ZDV; Urteil des BVGer B-3825/2020 vom 6. Oktober 2020 E. 3.1 mit Hinweisen). Dabei sind die Einsätze so zu planen und zu leisten, dass sie die Gesamtheit der verfügbaren ordentlichen Zivildienstleistungen vor der Entlassung aus der Zivildienstpflicht erbracht werden (Art. 35 Abs. 1 ZDV).

E. 3.1

Vorliegend ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer seinen 54-tägigen Ersteinsatz nach 29 geleisteten Diensttagen am 31. Juli 2023 rechtmässig abbrach. In seiner Beschwerde vom 12. Januar 2024 stellt der Beschwerdeführer das Rechtsbegehren, er sei für maximal 26 Einsatztage im Zeitraum zwischen 1. Juli 2024 und 11. August 2024 zu verpflichten (vgl. Beschwerde, Rz. 11). Er ficht damit die Verfügung vom 29. November 2024 nur soweit an, als er zur Wiederholung des gesamten Ersteinsatzes von 54 Diensttagen aufgefordert wird (Beschwerde, Rechtsbegehren).

E. 3.2

Streitig ist demnach, ob gestützt auf Art. 20 ZDG i.V.m. Art. 38 Abs. 3 ZDV nach einem rechtmässigen Abbruch des Ersteinsatzes nach 29 geleisteten Diensttagen, der gesamte Ersteinsatz von 54 Diensttagen wiederholt werden muss.

E. 3.3

Der Beschwerdeführer beanstandet, im Gesetz wie in der Verordnung fehle eine explizite Regelung, wie mit abgebrochenen Ersteinsätzen umzugehen sei. Auch aus den Materialien sei nichts Entsprechendes zu entnehmen (Beschwerde, Rz. 15; Replik, Rz. 9; Stellungnahme vom 19. April 2024, Ziff. 4). Insbesondere sei die rechtliche Lage einer vorgängigen Fraktionierung eines Einsatzes zu unterscheiden von einem nachträglichen rechtmässig verfügbaren Abbruch (Stellungnahme vom 19. April 2024, Ziff. 3 und 5). Ratio legis der Mindestdauern und der längeren Ersteinsätze sei zum einen, dass vernünftigerweise lange Ersteinsätze den Einsatzbetrieben entgegenkommen würden sowie zum anderen, dass die

gesamte Dienstpflicht innerhalb der vorgesehenen Dauer erfüllt werden könne, wofür in Bezug auf den Beschwerdeführer mit noch verbleibenden 84 Tagen kein Risiko bestehe (Beschwerde, Rz. 15). Folglich müsse ein berechtigt abgebrochener Ersteinsatz vollendet werden können. Eine Wiederholung des gesamten Einsatzes sei nur nötig, wenn die Einsatztage des abgebrochenen Einsatzes nicht anrechenbar wären. Dazu sehe Art. 43 Abs. 3 ZDV vor, dass auch ein rückwirkender Abbruch verfügt werden könne. Art. 29 ZDV bestimme zudem, dass ein ersatzweise geleisteter Einsatz zusammen mit dem abgebrochenen als ein einziger Einsatz gelte. Dies müsse analog auch gelten, wenn die Resttage des abgebrochenen Einsatzes nicht mehr im selben Jahr geleistet würden (Beschwerde, Rz. 16). Auch leuchte nicht ein, weshalb beim Militärdienst eine abgebrochene Rekrutenschule oder auch ein abgebrochener Beförderungsdienst vollendet werden könne, was niemand ernsthaft in Frage stelle, es sich beim zivilen Ersatzdienst aber anders verhalten solle (Beschwerde, Rz. 16). Für eine behauptete Praxis der Vorinstanz, wonach der Ersteinsatz (trotz Abbruchs) als bestanden zu qualifizieren sei, wenn mindestens 80 Prozent der aufgegebenen Dienstage angerechnet worden seien, fehle es an einer gesetzlichen Grundlage, mithin sei das Legalitätsprinzip verletzt (Art. 5 i.V.m. Art. 164 BV [Replik, Rz. 9]).

E. 3.4

Die Vorinstanz entgegnet, Art. 38 Abs. 3 ZDV sei mit Teilrevision der ZDV am 1. Februar 2011 eingeführt worden. Ziel dieser und weiterer Ergänzungen der ZDV sei es gewesen, die Attraktivität des Zivildienstes gegenüber dem Militärdienst zu reduzieren. Diese Wirkung würde entfallen, wenn der Ersteinsatz gemäss Art. 38 Abs. 3 ZDV beliebig aufgeteilt werden könne (Vernehmlassung, Ziff. 3.1). Während Art. 38 Abs. 3 ZDV nicht vorsehe, dass ein 54-tägiger Ersteinsatz aufgeteilt werden könne, sei eine solche Aufteilung hingegen beim langen Einsatz von mindestens 180 Tagen gemäss Art. 37 ZDV vorgesehen. Entsprechend folge die Vorinstanz dieser Auffassung in ihrer langjährigen, bewährten Praxis, nach der ein Ersteinsatz nach Art. 38 Abs. 3 ZDV dann als bestanden gelte, wenn mindestens 80 Prozent der aufgegebenen Dienstage an die Erfüllung der ordentlichen Zivildienstleistungen angerechnet worden seien. Der Beschwerdeführer habe vorliegend vor dem Abbruch 29 anrechenbare Dienstage geleistet, das entspreche lediglich zwei Tagen mehr als der Hälfte der verfügbaren 54 Tage und erreiche die Schwelle von 80 Prozent nicht annähernd. Die Verpflichtung, einen erneuten Ersteinsatz von 54 Tagen zu leisten, erscheine daher im Lichte der erwähnten Praxis und des Normzwecks im vorliegenden Fall als erforderlich. Der Gesetzgeber habe dem Bundesrat mit der Delegationsnorm von Art. 20 ZDG die Kompetenz eingeräumt, die Mindestdauer und die zeitliche Abfolge der Einsätze zu regeln. In Art. 21 Abs. 1 ZDG sei bereits auf Gesetzesstufe festgelegt, dass der erste Einsatz spätestens in dem Jahr, das der rechtskräftigen Zulassung folgt, zu beginnen sei. Die in Art. 38 Abs. 3 ZDV getroffene Regelung, die präzisierend festhalte, dass der Ersteinsatz mindestens 54 Tage zu dauern habe, sei von der Delegationsnorm ohne Weiteres gedeckt. Diese Verordnungsbestimmung könne hinsichtlich der Eingriffsschwere insoweit nicht mit dem per 1. Juli 2016 (meint: als Folge des Urteils BVGE 2014/50) aufgehobenen Art. 36a ZDV verglichen werden, als dieser die Pflicht zum Durchdienen im Zivildienst vorsah (Duplik, Ziff. 4). Vor diesem Hintergrund sei auch der Vorwurf des Beschwerdeführers, die Praxis der Vorinstanz würde das Legalitätsprinzip verletzen, nicht nachvollziehbar. Die Praxis berücksichtige den Willen des Ordnungsgebers und genüge dem Verhältnismässigkeitsprinzip, indem Zivildienstleistende, deren 54-tägiger Ersteinsatz nach Leistung eines Grossteils der verfügbaren Dienstage rechtmässig abgebrochen wurde, nicht

nochmals von vorne beginnen müssten (Duplik, Ziff. 5).

E. 3.5

Das Generalsekretariat des VBS stützt die Argumentation der Vorinstanz, wonach Art. 38 Abs. 3 Bst. a ZDV keine Teilung des Ersteinsatzes vorsehe. Der Bundesrat habe diese Teilung im Sinne eines qualifizierten Schweigens bewusst nicht geregelt, da die Leistung des Ersteinsatzes von mindestens 54 Tagen Dauer am Stück zu erfolgen habe. Falls der Ersteinsatz abgebrochen werde, so habe die zivildienstpflichtige Person den Ersteinsatz grundsätzlich in gesamter Länge zu wiederholen, soweit es sich nicht nur um ein paar fehlende Dienstage handle (Stellungnahme VBS vom 4. April 2024, S. 2).

E. 4.1

In Bezug auf die Möglichkeit zur vorgängigen Fraktionierung eines Einsatzes ist festzustellen, dass der lange Einsatz von mindestens 180 Tagen für zivildienstpflichtige Personen, die keine Rekrutenschule bestanden haben, ohne zusätzliche Begründung in zwei Teilen geleistet werden kann (Art. 20 ZDG i.V.m. Art. 37 Abs. 3 ZDV). In Bezug auf zivildienstpflichtige Personen, die bereits eine Rekrutenschule absolviert haben, regelt Art. 38 Abs. 3 ZDV nicht explizit, ob diese ihren Ersteinsatz von mindestens 54 Tagen Dauer (Art. 38 Abs. 3 Bst. a ZDV) ebenfalls in zwei Teilen leisten können.

E. 4.2

Mit Blick auf den Militärdienst gilt, dass Militärdienstpflichtige ihre Rekrutenschule grundsätzlich ohne Unterbruch in der vollen Dauer gemäss dem öffentlichen militärischen Aufgebot zu leisten haben. Nur in begründeten Ausnahmefällen kann die Rekrutenschule einmal unterbrochen (fraktioniert) und somit in zwei Teilen absolviert werden, wobei hierzu kein Anspruch besteht (Art. 49 des Bundesgesetzes über die Armee und Militärverwaltung vom 3. Februar 1995 [Militärgesetz, MG; SR 510.10] i.V.m. Art. 57 Abs. 1 der Verordnung über die Militärdienstpflicht vom 22. November 2017 [VMDP; SR 512.21]). Wiederholungskurse können gemäss Art. 58 Abs. 2 Bst. a und b VMDP bei Vorliegen besonderer Ausbildungsbedürfnisse in mehrere Teile aufgeteilt werden. Somit sind zivildienstpflichtige Personen in Bezug auf den langen Einsatz von 180 Tagen im Vergleich zu militärdienstpflichtigen Personen leicht bessergestellt, was sich wohl mit der längeren Einsatzdauer rechtfertigt. Hingegen herrscht für den Militär- wie auch den Zivildienst ansonsten der Grundsatz vor, dass die Fraktionierung unerwünscht und damit der Einsatz am Stück ohne Unterbrüche zu leisten ist. Vor diesem Hintergrund ist die Argumentation von Vorinstanz und Generalsekretariat VBS insoweit nachvollziehbar, als diese geltend machen, im Unterschied zum langen Einsatz von 180 Tagen könne der Ersteinsatz von 54 Tagen gemäss Art. 38 Abs. 3 Bst. a ZDV mangels expliziter Bestimmung im ZDG oder ZDV e contrario im Sinne eines qualifizierten Schweigens nicht geplant aufgeteilt bzw. fraktioniert werden (vgl. Vernehmlassung, Ziff. 3.2). Die Frage, ob insoweit tatsächlich ein qualifiziertes Schweigen vorliegt, kann indessen offenbleiben.

E. 5

Im vorliegenden Fall beantragt der Beschwerdeführer indessen keine vorgängige Fraktionierung seines Ersteinsatzes; vielmehr trat er den 54-tägigen Ersteinsatz unbestrittenermassen mit der Absicht an, die Gesamtdauer am Stück zu leisten. Als er nachträglich erfuhr, dass er Prüfungen nicht bestanden hatte, entschied er sich zum Abbruch, der seitens der Vorinstanz bewilligt bzw. genehmigt wurde (vgl. E. 3.1 hiavor). Es geht somit einzig um die Frage, ob nach einem bewilligten Abbruch des Ersteinsatzes

nur die fehlenden Tage zu leisten sind oder der ganze Ersteinsatz zu wiederholen ist.

E. 5.1

Die Vorinstanz wie das Generalsekretariat des VBS schliessen aus der fehlenden Regelung zur Fraktionierung in Art. 38 Abs. 3 ZDV, dass auch nach einem nachträglichen, rechtmässigen Abbruch bei Nichtbestehen des Ersteinsatzes von 54 Tagen der gesamte Ersteinsatz wiederholt werden muss (Vernehmlassung, Ziff. 3.1; Stellungnahme VBS vom 4. April 2024, S. 2). Dieser Schluss greift jedoch zu kurz. Aus dem soeben festgestellten Konzept, dass eine geplante Fraktionierung nicht gewollt ist, ergibt sich nicht mit gleicher Selbstverständlichkeit, dass auch nach rechtmässigem Abbruch der Dienst im Ergebnis nicht so aufgeteilt werden kann, dass - jedenfalls für den vorliegenden Fall, in welchem die Hälfte der Dienstage bereits geleistet worden ist - nicht nochmals ein voller Ersteinsatz zu leisten ist. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass ein Abbruch des Einsatzes zwar rückwirkend verfügt werden kann (Art. 43 Abs. 3 ZDV), aber jedenfalls gemäss Art. 23 Abs. 1 ZDG wichtige Gründe voraussetzt. Der Abbruch hat durch die Vollzugsstelle in Form einer beschwerdefähigen Verfügung zu erfolgen (Art. 23 Abs. 2 ZDG). Dies ist ein deutlicher Unterschied zur Fraktionierung. In Bezug auf den 54-tägigen Ersteinsatz regelt Art. 38 Abs. 3 ZDV lediglich den Zeitpunkt des Beginns und Bst. a bestimmt die Mindestdauer von 54 Tagen. Weder aus dem Zeitpunkt des Beginns noch aus der Mindestdauer lässt sich jedoch ableiten, ob nach einem bewilligten Abbruch dennoch der gesamte Ersteinsatz zu wiederholen ist. Folglich enthält weder das ZDG noch die ZDV eine gesetzliche Grundlage wie im Zivildienst mit abgebrochenen (Erst-) Einsätzen umzugehen sei. Auch in den Botschaften zum Bundesgesetz über den zivilen Ersatzdienst vom 22. Juni 1994 (BB1 1994 III 1673 ff.) sowie zur Änderung des Bundesgesetzes über den zivilen Ersatzdienst vom 21. September 2001 (BB1 2001 6188) fehlen entsprechende Ausführungen.

E. 5.2

Der Vergleich mit dem Militärdienst ergibt, dass diesbezüglich explizite gesetzliche Regelungen zu den Folgen des Abbruchs vorhanden sind. Militärdienstpflichtige, die mindestens 80 Prozent der vollen Dauer der Rekrutenschule geleistet haben und mindestens als genügend qualifiziert wurden, haben die Rekrutenschule bestanden (Art. 49 MG i.V.m. Art. 57 Abs. 2 VMDP). Militärdienstpflichtige, welche die Rekrutenschule nicht bestanden haben, werden auf den nächstmöglichen Zeitpunkt für den Rest der Dauer aufgeboten (Art. 49 MG i.V.m. Art. 57 Abs. 3 VMDP). In Bezug auf die Praxis der Vorinstanz, wonach ein Ersteinsatz dann als bestanden gelte, wenn mindestens 80 Prozent der aufgebotenen Dienstage an die Erfüllung der ordentlichen Zivildienstleistungen angerechnet worden seien, wendet die Vorinstanz Art. 57 Abs. 2 VMDP wohl insoweit analog an, als Militärdienstpflichtige, die mindestens 80 Prozent der vollen Dauer der Rekrutenschule geleistet haben, die Rekrutenschule bestanden haben. Damit scheint die Vorinstanz von einer gewissen Vergleichbarkeit zwischen Ersteinsatz und Rekrutenschule auszugehen. Hingegen folgt die Vorinstanz in Bezug auf den Zivildienst nicht der Lösung des Militärgesetzes, wonach Militärdienstpflichtige, welche die Rekrutenschule nicht bestanden haben, nur für den Rest der Dauer aufgeboten werden (Art. 49 MG i.V.m. Art. 57 Abs. 3 VMDP). Auch das Generalsekretariat des VBS spricht sich gegen eine analoge Anwendung von Art. 57 Abs. 3 VMDP aus (Stellungnahme VBS von 4. April 2024, S. 2).

E. 5.3

Im Gesetz besteht eine Lücke, wenn eine Regelung unvollständig ist, weil sie jede Antwort auf die sich stellende Rechtsfrage schuldig bleibt. Hat der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend - im negativen Sinn - mitentschieden (qualifiziertes Schweigen), bleibt kein Raum für richterliche Lückenfüllung. Eine echte Gesetzeslücke, die vom Gericht zu füllen ist, liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts vor, wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz diesbezüglich weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Rechtssinn eine Vorschrift entnommen werden kann (BGE 148 V 397 E. 6.2.1 sowie BGE 141 IV 298 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Vorliegend liegt in Bezug auf die Frage, wie im Zivildienst mit abgebrochenen (Erst-) Einsätzen von 54 Tagen umzugehen sei, jedenfalls entgegen der Auffassung der Vorinstanz kein qualifiziertes Schweigen vor, welches eine echte Lücke ausschliessen würde (vgl. Pierre Tschannen/Markus Müller/Markus Kern, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2022, Rz. 576). Ob in Bezug auf die Rechtslage nach bewilligtem Abbruch vorliegend mit Blick auf die Möglichkeit des Analogieschlusses zur gesetzlichen Lösung im Militärdienst eine echte Lücke vorliegt, kann aufgrund der nachfolgenden Ausführungen letztlich offenbleiben.

E. 5.4

Aufgrund des soeben Gesagten stellt sich die fallentscheidende Frage, ob die Vorinstanz mit ihrer für die zivildienstpflichtige Person unvorteilhaften und verglichen mit einer militärpflichtigen Person strengeren Praxis mangels gesetzlicher Grundlage gegen das Legalitätsprinzip verstösst.

E. 6.1

Das Recht bildet Grundlage und Schranke staatlichen Handelns (Art. 5 Abs 1 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV; SR 101]). Diese Verfassungsnorm statuiert den Vorbehalt und den Vorrang des Rechtssatzes. Ersterer verlangt insbesondere, dass sich behördliche Akte auf eine hinreichend bestimmte generell-abstrakte Norm stützen. Letzterer, dass sich rechtsanwendende Organe an das geltende Recht halten und rechtsetzende Organe die Normenhierarchie beachten. Durch den Vorbehalt des Rechtssatzes sollen die Rechtssicherheit im Sinn der Vorhersehbarkeit sowie die Rechtsgleichheit verwirklicht werden (vgl. BGE 131 II 13 E. 6.3 ff.; BVGE 2021 IV/5 E. 6.1; Urteile des BVGer B-1897/2022 vom 15. September 2022 E. 5.1; B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 4.1; Benjamin Schindler, in: St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4. Aufl. 2023, Art. 5 N. 18 ff.; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 325, 338 ff.). Art. 164 Abs. 1 BV bestimmt, dass auf Bundesebene alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen sind. Als massgebliche Kriterien zur Umschreibung der Wichtigkeit im Sinne des materiellen Gesetzesvorbehalts gelten namentlich die Intensität des Eingriffs, die Zahl von der Regelung betroffenen Personen, die finanzielle Bedeutung und die Akzeptanz der Massnahmen (BVGE 2014/50 E. 4.3; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 354 ff.).

E. 6.2

Es steht fest, dass mit der Teilrevision der ZDV im Jahr 2011 sowie weiteren Ergänzungen der ZDV unter anderem die Attraktivität des Zivildienstes gegenüber dem Militärdienst reduziert werden sollte (vgl. dazu Erläuternder Bericht zur Revision des Zivildienstgesetzes vom 2. August 2013, Ziffer 1.1.3, S. 5). Unabhängig davon darf gemäss ständiger

Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts eine zivildienstpflichtige Person nicht bessergestellt werden als eine militärdienstpflichtige Person (Urteile des BVGer B-5180/2021 vom 23. März 2022 E. 3.1, B-6183/2017 vom 19. April 2018 E. 3.3). Aus dieser Rechtsprechung darf jedoch nicht geschlossen werden, dass eine zivildienstpflichtige Person stets und ohne gesetzliche Grundlage schlechter zu stellen wäre als eine militärdienstpflichtige Person. Möglicherweise ist der Beschwerdeführer als zivildienstpflichtige Person gegenüber einem Militärdienstpflichtigen insoweit privilegiert, als er den Ersteinsatz erst im Kalenderjahr, das der rechtskräftigen Zulassung zum Zivildienst folgt beginnen muss und zudem seinen Zivildiensteinsatz zum für ihn günstigsten Zeitpunkt leisten kann (vgl. E. 2.3 hiervor). Dieser potentielle Vorteil kann jedoch nicht pauschal rechtfertigen, dass im Falle einer Pflicht zur Wiederholung des gesamten Einsatzes nach rechtmässigem Abbruch des Ersteinsatzes eine zivildienstpflichtige Person gegenüber einer militärdienstpflichtigen Person Nachteile erleidet, ohne dass hierfür eine gesetzliche Grundlage besteht.

E. 6.3

Mit Urteil BVGE 2014/50 hatte das Bundesverwaltungsgericht die unterbruchsfreie Leistung des Zivildienstes für militärische Durchdiener gestützt auf aArt. 36a ZDV zu beurteilen. Es erwog, die unselbständige Verordnungsnorm von aArt. 36a ZDV sei gesetzeswidrig, weil sich diese Regelung nicht auf eine hinreichende formell-gesetzliche Delegationsnorm stütze (E. 5.8). Die Verordnungsregelung, wonach Zivildienstleistende, die im Zeitpunkt ihrer Anmeldung zum Zivildienst als Durchdiener gemeldet waren, einen unterbruchsfreien Zivildiensteinsatz zu leisten haben, wurde daher die Anwendung versagt (E. 5.9). Im Nachgang zu diesem Urteil ist aArt. 36a ZDV mit Wirkung per 1. Juli 2016 aufgehoben worden (AS 2016 1997). Auch in BVGE 2022 I/4 (insb. E. 4.2.2) sowie in seinen Urteilen B-4297/2021 vom 11. Januar 2022, B-2474/2019 vom 23. September 2019 sowie B-3356/2014 vom 17. August 2015 stützte sich das Bundesverwaltungsgericht in Bezug auf die Wahl des Durchdienermodells namentlich auf die in BVGE 2014/50 entwickelte Argumentation.

E. 6.4

Vorliegend wirkt sich die Praxis der Vorinstanz, wonach analog zum Militärdienst nach Leistung von 80 Prozent der Einsatztage der Ersteinsatz als bestanden gilt, im Vergleich zum reinen Wortlaut der ZDV positiv auf die Rechtsposition der zivildienstpflichtigen Person aus, da sie eine Erleichterung darstellt. Hingegen greift die Pflicht zur Wiederholung des vollständigen Ersteinsatzes nach einem Abbruch resp. bei Nichtbestehen negativ in die Rechtsposition des Beschwerdeführers ein, da sie ihm im Vergleich zum naheliegenden Analogieschluss zu den diesbezüglich für den Militärdienst geltenden Regeln zusätzliche Pflichten auferlegt. In diesem Sinne müsste sich die Pflicht zur Wiederholung des vollständigen Einsatzes jedenfalls auf eine materiell-gesetzliche Grundlage, also zumindest auf eine entsprechende explizite Regelung in der ZDV, stützen. Anders als in der erwähnten Rechtsprechung zu aArt. 36a ZDV zur Wahl des Durchdienermodells gründet die Pflicht zur Wiederholung des vollständigen Ersteinsatzes nach einem rechtmässigen Abbruch jedoch auf keinerlei gesetzlicher Grundlage (weder auf Stufe ZDV als Verordnung noch auf Stufe ZDG als formelles Gesetz). Daher kann - wie der Beschwerdeführer zutreffend feststellt (Stellungnahme vom 19. April 2024, Ziff. 4) - offenbleiben, ob eine solche Verschärfung gegenüber dem Militärdienst in Art. 38 Abs. 3 ZDV analog zu aArt. 36a ZDV auch als unselbständige Verordnungsnorm gesetzeswidrig wäre, wenn sich diese Regelung

nicht auf eine hinreichende formell-gesetzliche Delegationsnorm stützt (vgl. dazu BVGE 2014/50 E. 4.4). Folglich kann vorliegend mangels gesetzlicher Grundlage die Eingriffsschwere keine Rolle spielen. Diese müsste hingegen berücksichtigt werden in Bezug auf die Frage, ob die Schlechterstellung von zivildienstpflichtigen Personen im Sinne einer Pflicht zur Wiederholung des vollständigen Einsatzes gestützt auf eine unselbständige Verordnungsnorm ausreichend wäre. Diese Frage stellt sich im konkreten Fall jedoch nicht.

E. 7

Vorliegend hat der Beschwerdeführer nach geleisteten 29 von 54 Einsatztagen noch 25 Dienstage zu leisten, erklärt sich jedoch bereit, 26 Tage zu leisten (Beschwerde, Rz. 11). Dies entspricht der Mindestdauer eines Zivildienstesatzes (Art. 20 ZDG i.V.m. Art. 38 Abs. 1 ZDV) und ermöglicht, dass ein für den Einsatzbetrieb sinnvoller Einsatz (in Wochen) geplant werden kann.

E. 8

Da dem Beschwerdeführer beizupflichten ist, dass er antragsgemäss lediglich die restlichen 26 Einsatztage seines am 31. Juli 2023 abgebrochenen Ersteinsatzes im Jahr 2024 vollenden muss, erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit den weiteren Rügen in Bezug auf eine allfällige Unzumutbarkeit zur Wiederholung des vollständigen Ersteinsatzes aus schulischen und/oder gesundheitlichen Gründen.

E. 9

Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen ist zusammenfassend festzuhalten, dass der Betrachtungsweise der Vorinstanz sowie des Generalsekretariats des VBS nicht gefolgt werden kann. Für die vorinstanzliche Praxis, wonach bei rechtmässig abgebrochenen Ersteinsätzen die gesamte Einsatzdauer von 54 Tagen wiederholt werden muss, fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage. Insbesondere kann die strittige Praxis nicht auf Art. 38 Abs. 3 Bst a. ZDV gestützt werden. Daher ist die Verfügung der Vorinstanz vom 29. November 2023 aufzuheben und der Beschwerdeführer antragsgemäss zu verpflichten, die verbleibenden 26 Einsatztage seines am 31. Juli 2023 rechtmässig abgebrochenen Ersteinsatzes im Zeitraum zwischen 1. Juli und 11. August 2024 zu leisten. In diesem Sinne ist die Beschwerde gutzuheissen.

E. 10

Gemäss Art. 65 Abs. 1 ZDG ist das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht selbst für den Fall des Unterliegens kostenlos, sofern es sich nicht um eine mutwillige Beschwerdeführung handelt. Vorliegend obsiegt der Beschwerdeführer, womit sich dasselbe Ergebnis bereits gestützt auf Art. 63 VwVG ergibt. Damit sind keine Verfahrenskosten zu erheben. In Bezug auf die Parteikosten enthält das ZDG eine von Art. 64 VwVG abweichende Spezialregelung (vgl. E. 1.2 hiervor). Es werden auch im Falle des Obsiegens keine Parteientschädigungen ausgerichtet (Art. 65 Abs. 1 Satz 2 ZDG).

E. 11

Dieser Entscheid kann nicht mit Beschwerde an das Bundesgericht weitergezogen werden (Art. 83 Bst. i des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht [Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110]). Er ist somit endgültig.

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