

# **BVGer B-3315/2021 vom 6. August 2021**

Bundesverwaltungsgericht, 2021-08-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-3315\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-3315_2021)

FR: TAF B-3315/2021 du 6 août 2021

IT: TAF B-3315/2021 del 6 agosto 2021

## **Regeste**

Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse (Zivildienst)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Der Beschwerdeführer machte vor der Vorinstanz als Wiedererwägungsgrund im Wesentlichen eine nachträgliche Änderung der Sachlage aufgrund der Corona-Pandemie geltend. Ein verfassungsmässiger Anspruch auf Wiedererwägung der rechtskräftigen Aufgebotsverfügung vom 9. September 2020 bestand indessen nicht, da die konkret vorgetragenen Gründe wie die Personalknappheit am Arbeitsplatz und die Gefährdung der Karriere aufgrund des Zivildiensteinsatzes bereits vor der pandemiebedingten Betriebsschliessung bestanden (Vernehmlassungsbeilage 9 und 12). Mit Ausnahme der bestandenen Probezeit haben sich die Umstände des Beschwerdeführers seit dem ersten Entscheid zur Dienstverschiebung (rechtskräftige Aufgebotsverfügung vom 9. September 2020) damit nicht wesentlich geändert. Der Beschwerdeführer macht auch keine weiteren erheblichen Tatsachen und Beweismittel namhaft, die ihm im früheren Verfahren nicht bekannt waren oder die schon damals geltend zu machen für ihn rechtlich oder tatsächlich unmöglich war oder keine Veranlassung bestand (vgl. BGE 136 II 177 E. 2.1 und E. 2.2.1).

#### **E. 1.1.1**

Damit ist die ersuchte Wiedererwägung nicht als ausserordentliches Rechtsmittel zu betrachten, sondern als ein formloser Rechtsbehelf, den die Vorinstanz entgegennehmen konnte, aber nicht musste (vgl. Kiener/Rütsche/Kuhn, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl. 2015, Rz. 2017).

#### **E. 1.1.2**

Aufgrund der Tatsache, dass die Vorinstanz auf das Wiedererwägungsgesuch eingetreten ist und über dieses materiell-rechtlich entschieden hat, ist deren Entscheid indessen als neue Sachverfügung - gleich wie die ursprüngliche Verfügung - vor dem Bundesverwaltungsgericht anfechtbar (Kiener/Rütsche/Kuhn, a.a.O., Rz. 2025).

### **E. 1.2**

Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (Art. 63 Abs. 1 ZDG i.V.m. Art. 31 und 33 Bst. d des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG; SR 173.32]).

### **E. 1.3**

Der Beschwerdeführer ist als Adressat durch die angefochtene Verfügung vom 7. Juli 2021 besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder

Änderung. Er ist daher zur Beschwerde legitimiert (Art. 5 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG; SR 172.021]). Die Anforderungen an Frist, Form und Inhalt der Beschwerdeschrift (Art. 66 ZDG und Art. 52 Abs. 1 VwVG) sind gewahrt. Die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG).

#### **E. 1.4**

Während des laufenden Beschwerdeverfahrens veranlasste der Beschwerdeführer am 27. Juli 2021 die Einreichung weiterer Unterlagen und Beweismittel an die Vorinstanz. Dabei handelt es sich um je eine E-Mail des Einsatzbetriebes und des Beschwerdeführers vom 27. Juli 2021 (Vernehmlassungsbeilagen 20 und 21) samt neuer, gleichentags unterzeichneter Einsatzvereinbarung. Gemäss dieser Vereinbarung haben die Unterzeichnenden den zu leistende Zivildiensteinsatz bilateral auf den Zeitraum vom 1. November 2021 bis zum 26. November 2021 verschoben und von 83 Tagen auf 26 Diensttage verkürzt.

##### **E. 1.4.1**

Anlässlich ihrer Stellungnahme vom 29. Juli 2021 äusserte sich die Vorinstanz aus prozessökonomischen Gründen zu dieser Noveneingabe. Sie weist zunächst auf den Devolutiveffekt hin und vertritt im Weiteren den Standpunkt, es gehe aus den eingereichten Unterlagen nicht hervor, ob und wann der zweite Teil des langen Einsatzes von 89 Tagen geleistet werde. Der Dienstbetrieb weise lediglich darauf hin, dass die neuen Einsatzdaten bis Ende November 2021 bekannt gegeben würden. In dieser Sache seien dieselben Dienstverschiebungsgründe wie in der Hauptsache geltend gemacht worden, weshalb sie vollumfänglich auf ihre diesbezüglichen Erwägungen verweise.

##### **E. 1.4.2**

Damit gibt die Vorinstanz - wenn auch implizit - zu erkennen, dass sie nicht willens ist, auf ein weiteres Verschiebungsgesuch des Beschwerdeführers einzugehen. Dies ist nicht zu beanstanden, ist doch nichts ersichtlich, das im Sinne der vorangehenden Erwägungen neu auf das Vorliegen eines Anspruchs auf Wiedererwägung schliessen liesse. Auf die E-Mails des Einsatzbetriebes und des Beschwerdeführers vom 27. Juli 2021 samt neuer, gleichentags unterzeichneter Einsatzvereinbarung (Vernehmlassungsbeilagen 20 und 21) ist daher nicht mehr weiter einzugehen.

#### **E. 1.5**

Nach Beschwerdeerhebung vom 19. Juli 2021 hat der Vizepräsident der Abteilung II mit Zwischenverfügung vom 21. Juli 2021 im Verfahren um superprovisorische Anordnung von vorsorglichen Massnahmen die aufschiebende Wirkung der Beschwerde gestützt auf Art. 45 der Verordnung über den zivilen Ersatzdienst vom 11. September 1996 (Zivildienstverordnung, ZDV; SR 824.01) einstweilen abgewiesen. Art. 45 ZDV sieht als *lex specialis* zu den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege (Art. 65 Abs. 4 i.V.m. Art. 37 VGG i.V.m. Art. 55 Abs. 1 VwVG) vor, dass solange die Dienstverschiebung nicht bewilligt ist, die gesetzlichen Verpflichtungen, die Pflicht zur Suche nach Einsatzmöglichkeiten und das Aufgebot weiter gelten. Die auf Grundlage einer summarischen Prüfung und ohne Anhörung der Vorinstanz verfügte Anordnung vom 21. Juli 2021 bleibt bis zum weiteren Massnahmeentscheid bestehen. Dieser Massnahmeentscheid erübrigt sich allerdings - nach der Gewährung des rechtlichen Gehörs seitens der Vorinstanz - mit dem zeitnahen Entscheid in der Hauptsache. Die Beschwerde wird insoweit gegenstandslos.

## **E. 1.6**

Auf die Beschwerde ist daher insoweit einzutreten, als sie nicht gegenstandslos geworden ist.

## **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).

## **E. 2.2**

Der Zivildienst wird in einem oder mehreren Einsätzen geleistet (Art. 20 Satz 1 ZDG). Die zivildienstpflichtige Person hat dabei ihre Einsätze so zu planen und zu leisten, dass sie die Gesamtheit der verfügbaren ordentlichen Zivildienstleistungen vor der Entlassung aus der Zivildienstpflicht erbracht hat (Art. 35 Abs. 1 ZDV). Leistet die zivildienstpflichtige Person ihren Zivildienst in mehreren Einsätzen, so beträgt die Mindestdauer eines Einsatzes grundsätzlich 26 Tage (Art. 38 Abs. 1 ZDV). Hat die zivildienstpflichtige Person keine Rekrutenschule bestanden, so hat sie einen langen Einsatz von mindestens 180 Tagen zu leisten, wobei sie den langen Einsatz in zwei Teilen innerhalb von zwei Kalenderjahren leisten kann (Art. 37 Abs. 1 und 3 ZDV). Für Personen, die vor dem Inkrafttreten der Änderung vom 22. November 2017 zum Zivildienst zugelassen worden sind, gilt folgende Regel: Die zivildienstpflichtige Person, die keine Rekrutenschule bestanden hat, schliesst den langen Einsatz spätestens bis zum Ende des dritten Kalenderjahres ab, das der rechtskräftigen Zulassung zum Zivildienst folgt, spätestens jedoch im Jahr, in dem sie das 27. Altersjahr vollendet (Art. 118 Bst. b ZDV).

## **E. 2.3**

Wichtige Gründe, welche eine Dienstverschiebung rechtfertigen, hat der Verordnungsgeber in Art. 46 ZDV umschrieben. Dessen Absatz 3 sieht unter anderem vor, dass die Vollzugsstelle das Gesuch einer zivildienstpflichtigen Person um Dienstverschiebung dann gutheissen kann, wenn die zivildienstpflichtige Person wegen ihres Zivildiensteinsatzes 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).

## **E. 2.4**

Demgegenüber hat die Vorinstanz ein Gesuch einer zivildienstpflichtigen Person um Dienstverschiebung insbesondere dann abzulehnen, wenn keine Gründe im Sinne von Art. 46 Abs. 3 ZDV vorliegen (Art. 46 Abs. 4 Bst. a ZDV).

## **E. 3.1**

Der Beschwerdeführer begründet sein Gesuch um Dienstverschiebung von Ende Juni 2021 (Vernehmlassungsbeilage 15) mit dem drohenden Verlust seines Arbeitsplatzes. Der Gastrobetrieb habe wegen der Pandemie schliessen müssen und erst am 1. Mai 2021 wieder öffnen dürfen. Er sei der einzige Koch im Betrieb, weswegen der Arbeitgeber unmöglich auf ihn verzichten könne. Der Beschwerdeführer sieht durch den langen Zivildiensteinsatz

zudem seine Aufstiegschancen gefährdet und ersucht um Zahlung des Wehrpflichtersatzes für die noch zu leistenden Tage. Dem beigelegten Schreiben des Arbeitgebers ist zu entnehmen, dass sich der Beschwerdeführer nach seiner Probezeit aufgrund der pandemiebedingten Schliessung des Restaurants nur kurz habe beweisen können. Er könne auf seinen Koch nicht verzichten und es sei für die berufliche Zukunft seines Arbeitnehmers wichtig, die Tätigkeit ohne Unterbruch ausüben zu können. In seiner Beschwerde vom 19. Juli 2021 führt der Beschwerdeführer aus, die Krise in der Gastronomie sei noch nicht ausgestanden und der Kleinbetrieb sei schlicht nicht in der Lage, in der Hochsaison für drei Monate auf seinen Koch zu verzichten. In Bezug auf den gesetzlichen Kündigungsschutz gelte es zu beachten, dass auch eine missbräuchliche Kündigung nach schweizerischem Obligationenrecht gültig bleibe und nicht aufgehoben werde. Eine missbräuchliche Kündigung müsse sodann vom Arbeitnehmer bewiesen werden, was sich in der Praxis als schwierig erweise und ein Prozessrisiko darstelle. Weil die Leistung des strittigen Zivildiensteinsatzes zum Verlust des Arbeitsplatzes führe, sei der Dienstverschiebungsgrund von Art. 46 Abs. 3 Bst. c ZDV erfüllt. Die Ablehnung des Verschiebungsgesuches bedeute für den Beschwerdeführer und seinen Arbeitgeber auch eine ausserordentliche Härte im Sinne von Art. 47 Abs. 3 Bst. e ZDV, denn es liege eine Notlage vor. Die dreimonatige Abwesenheit des Beschwerdeführers sei für den Betrieb nicht verkraftbar und existenzgefährdend. Der Beschwerdeführer bestreite weiter die Auffassung der Vorinstanz, wonach dieser seine Dienstpflicht auch während des Corona-Lockdowns hätte erfüllen können.

### **E. 3.2**

Zunächst ist der Beschwerdeführer darauf hinzuweisen, dass das Bundesgesetz über die Wehrpflichtersatzabgabe vom 12. Juni 1959 (WPEG [SR 661] i.V.m. Art. 15 ZDG) keine Möglichkeit vorsieht, durch Bezahlung der Ersatzabgabe von der Dienstpflicht befreit zu werden. Der Dienstpflichtige, der die Ersatzabgabe leisten muss, hat nach wie vor sämtliche Dienstage zu erfüllen bzw. nachzuholen (Urteil des BVGer B-279/2015 vom 22. April 2015 S. 7).

### **E. 3.3**

Weiter ist der am 3. Januar 2017 zum Zivildienst zugelassene Beschwerdeführer in Bezug auf die Leistung des zweiten Teils des langen Einsatzes darauf aufmerksam zu machen, dass er diesen Einsatz gemäss Art. 118 Bst. b ZDV spätestens bis zum 31. Dezember 2020 hätte leisten und abschliessen müssen. Eine weitere Aufschiebung des Zivildiensteinsatzes würde sich damit von vornherein ausserhalb des gesetzlich vorgesehen Zeitrahmens bewegen.

### **E. 3.4**

Zum befürchteten drohenden Arbeitsplatzverlust hat die Vorinstanz zu Recht auf den gesetzlichen Kündigungsschutz hingewiesen. Eine Kündigung infolge Zivildienstleistung ist - je nach zeitlicher Konstellation - entweder missbräuchlich erfolgt (Art. 336 Abs. 1 Bst. e OR) und zieht die Pflicht zur Leistung einer Entschädigung nach sich (Art. 336a OR), oder sie ist zur Unzeit erfolgt und folglich nichtig (Art. 336c Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 OR). Weiter ist darauf hinzuweisen, dass die bloss abstrakte Befürchtung, der Arbeitgeber werde die Arbeitsstelle wegen des bevorstehenden Zivildiensteinsatzes kündigen, nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts keinen Anspruch auf Dienstverschiebung begründet (Urteile des BVGer B-2477/2021 vom 12. Juli 2021 E. 4.2.2; B-3405/2020 vom

26. August 2020 E. 4.2.3; B-2441/2014 vom 22. Juli 2014 E. 4.3; B-679/2014 vom 15. Mai 2014 S. 5; B-4419/2013 vom 7. Oktober 2013 E. 3).

#### **E. 3.4.1**

Dem Beschwerdeführer ist darin zuzustimmen und es darf auch als gerichtsnotorisch gelten, dass sich die Gastronomiebranche aufgrund der Pandemiesituation in einer wirtschaftlich ausserordentlich schwierigen Lage befindet. Ungeachtet dieser allgemeinen wirtschaftlichen Voraussetzung obliegt es der beschwerdeführenden Partei, im konkreten Fall die Unersetzbarkeit des Beschwerdeführers im Gastrobetrieb glaubhaft darzulegen. Dies ergibt sich daraus, dass der Untersuchungspflicht gesetzliche und aus Treu und Glauben abgeleitete Mitwirkungspflichten der Parteien gegenüberstehen (Art. 13 Abs. 1 VwVG und Art. 5 Abs. 3 BV; vgl. BGE 143 II 425 E. 5.1; 132 II 113 E. 3.2; Urteil des BGer 2C\_168/2019 vom 15. April 2019 E. 2.5; je mit Hinweisen). In dem eingereichten Schreiben des Arbeitgebers von Ende Juni (Vernehmlassungsbeilage 15) finden sich indessen keine Hinweise, die auf eine drohende Kündigung schliessen lassen. Die seitens des Arbeitgebers genannten Gründe (E. 3.1) können daher nicht mit einer Kündigungsandrohung gleichgesetzt werden. Dem Beschwerdeführer gelingt es damit nicht, glaubhaft darlegen, dass sein Arbeitsplatz aufgrund des zu leistenden Zivildienstes akut gefährdet ist. Die lediglich als abstrakt anzusehende Befürchtung des Beschwerdeführers, der Arbeitgeber werde die Arbeitsstelle wegen des bevorstehenden Zivildienstes kündigen, kann nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts für sich allein genommen noch keinen Anspruch auf Dienstverschiebung begründen (E. 3.4).

#### **E. 3.4.2**

Die Voraussetzungen für den in Art. 46 Abs. 3 Bst. c genannten Dienstverschiebungsgrund sind damit nicht erfüllt.

#### **E. 3.5**

Eine ausserordentliche Härte im Sinne von Art. 46 Abs. 3 Bst. e ZDV wird nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nur dann anerkannt, wenn beim Zivildienstpflichtigen, seinen engsten Angehörigen oder seinem Arbeitgeber eine eigentliche Notsituation vorliegt (Urteile des BVGer B-2477/2021 vom 12. Juli 2021 E. 4.3.2; B-3405/2020 vom 26. August 2020 E. 4.3.1; 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 (Urteile des BVGer B-2477/2021 vom 12. Juli 2021 E. 4.3.2; B-9/2015 vom 19. März 2015 S. 5; je mit Hinweisen). 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).

#### **E. 3.5.1**

Der Beschwerdeführer bzw. sein Arbeitgeber begründet die ausserordentliche Härte im Wesentlichen mit der Pandemiesituation, welche für den Restaurationsbetrieb existenzgefährdende wirtschaftliche Folgen nach sich ziehe. Die dargelegte Situation ist nachvollziehbar und bei der Beurteilung der Streitsache gebührend zu berücksichtigen. Diese bis heute andauernde Situation bestand indessen bereits im September 2020, als die Vorinstanz dem ersten Gesuch des Beschwerdeführers um Dienstverschiebung stattgegeben

hat (Vernehmlassungsbeilage 14). Der mitwirkungspflichtige Beschwerdeführer (E. 3.4.1), der das Dienstverschiebungsgesuch eingeleitet hat, legt indessen keine Belege ins Recht, welche betrieblichen Planungsmassnahmen und organisatorischen Vorkehrungen hinsichtlich seiner absehbaren Abwesenheit ergriffen worden sind. Ebenfalls nicht dokumentiert sind erfolglos gebliebene Suchbemühungen um eine allfällige temporäre Stellvertretung.

### **E. 3.5.2**

Aufgrund der pandemiebedingten Betriebsschliessung vom 22. Dezember 2020 bis 1. Mai 2021 wäre vom Beschwerdeführer auch zu erwarten gewesen, entsprechende Schritte zur Vorverlegung seines Zivildienstes einzuleiten. Dies gilt umso mehr, als dieser Zeitraum gemäss Sachdarstellung seines Arbeitgebers nicht zur Hauptsaison des Restaurationsbetriebes mit zahlreichen weihnachtlichen Familien- und Firmenessen gehört (Vernehmlassungsbeilage 9). Soweit der Beschwerdeführer annimmt, die Leistung des langen Einsatzes stelle für ihn selber eine ausserordentliche Härte dar, ist ihm zu entgegen, dass den Zivildienstleistenden eine grössere Selbstverantwortung bezüglich ihrer Dienstplanung obliegt als den Militärdienstleistenden. Entsprechend hoch ist die Eigenverantwortung eines Zivildienstleistenden, den Dienst zu einem für sie möglichst günstigen Zeitpunkt zu leisten (Urteile des BVGer B-2477/2021 vom 12. Juli 2021 E. 4.3.3; B-997/2014 vom 23. April 2014 E. 3.2; B-1213/2009 vom 14. April 2009 E. 3.2; B-737/2009 vom 17. März 2009 E. 3). Diese Selbstverantwortung ist seitens der Vorinstanz dahingehend unterstützt worden, dass sie die geltend gemachten beruflichen und betrieblichen Gründe bereits einmal durch die Gutheissung des Verschiebungsgesuchs am 9. September 2020 berücksichtigt hat. Wie die Vorinstanz zu Recht betont, haben sowohl der Beschwerdeführer als auch sein Arbeitgeber seit dieser Dienstverschiebung genügend Zeit gehabt, durch eine vorausschauende Planung eine sie allenfalls treffende Härte abzuwenden.

### **E. 3.5.3**

Weder der Beschwerdeführer noch sein Arbeitgeber legen zudem überzeugend dar, inwiefern der zu leistende Zivildienstesatz dem einzigen Koch des Restaurationsbetriebes einer betrieblichen Karriere im Wege stehen sollte. Auch der Umstand, dass sich der Beschwerdeführer erst während einer kurzen Zeit bewähren konnte, spricht nicht dafür, dass er für den Betrieb schlicht unersetzbar ist. Der Beschwerdeführer bzw. sein Arbeitgeber sind schliesslich daran zu erinnern, dass gemäss ständiger Rechtsprechung Arbeitgeber in der Schweiz eine gewisse Mehrbelastung aufgrund der (militärischen wie zivildienstlichen) Dienstpflicht ihrer Mitarbeiter hinzunehmen haben (Urteile des BVGer B-3405/2020 E. 4.3.1; B-3426/2014 vom 11. September 2014 S. 9; je mit Hinweisen).

### **E. 3.5.4**

Aus diesen Erwägungen folgt, dass die aus Sicht des Beschwerdeführers und seines Arbeitgebers entstehenden Belastungen durchaus ins Gewicht fallen, aber angesichts der bereits einmal gewährten Dienstverschiebung und langen Vorlaufzeit nicht geradezu als unzumutbare Notlage erscheinen. Die Voraussetzungen für eine auf Art. 46 Abs. 3 Bst. e ZDV gestützte Dienstverschiebung sind damit nicht gegeben.

### **E. 3.6**

Die Beschwerde erweist sich aus den voranstehenden Erwägungen als unbegründet und ist abzuweisen. Die angefochtene Verfügung ist zu bestätigen.

**E. 4**

Gemäss Art. 65 Abs. 1 ZDG ist das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht kostenlos, sofern es sich nicht um eine mutwillige Beschwerdeführung handelt. Dies ist vorliegend nicht der Fall und wird seitens der Vorinstanz auch nicht geltend gemacht. Damit sind keine Verfahrenskosten zu erheben. Es werden keine Parteientschädigungen ausgerichtet (Art. 65 Abs. 1 Satz 2 ZDG).

**E. 5**

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.