

# **BVGer B-4264/2016 vom 25. November 2016**

Bundesverwaltungsgericht, 2016-11-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-4264\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4264_2016)

FR: TAF B-4264/2016 du 25 novembre 2016

IT: TAF B-4264/2016 del 25 novembre 2016

## **Regeste**

Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse (Zivildienst)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 63 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den zivilen Ersatzdienst (Zivildienstgesetz, ZDG, SR 824.0) ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

### **E. 1.2**

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

### **E. 1.3**

Als belasteter Adressat der angefochtenen Verfügung ist der Beschwerdeführer zur Beschwerde berechtigt (Art. 48 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968, VwVG, SR 172.021). Die Beschwerdeschrift wurde fristgerecht eingereicht (Art. 66 Bst. b ZDG); sie entspricht den gesetzlichen Anforderungen hinsichtlich Form und Inhalt (Art. 52 Abs. 1 VwVG).

### **E. 1.4**

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

### **E. 2.1**

Gemäss Art. 1 ZDG leisten Militärdienstpflichtige, die den Militärdienst mit ihrem Gewissen nicht vereinbaren können, auf Gesuch hin einen länger dauernden zivilen Ersatzdienst (Zivildienst). Nach Art. 10 ZDG beginnt die Zivildienstpflicht, sobald der Entscheid für die Zulassung zum Zivildienst rechtskräftig geworden ist; gleichzeitig erlischt die Militärdienstpflicht.

### **E. 2.2**

Am 24. Januar 2012 und am 20. März 2012 ersuchte der Beschwerdeführer die Vorinstanz jeweils auf deren offiziellem Formular um Zulassung zum Zivildienst. Durch Verfügung vom 24. April 2012 wurde sein Gesuch gutgeheissen. Der Zulassungsentscheid erwuchs spätestens nach dem unbenutzten Ablauf der Beschwerdefrist von 30 Tagen, also Ende Mai bzw. Anfang Juni 2012, in formelle Rechtskraft. Damit begann gemäss Art. 10 ZDG die Zivildienstpflicht des Beschwerdeführers, während gleichzeitig seine Militärdienstpflicht erlosch.

### **E. 3**

Vor Bundesverwaltungsgericht macht der Beschwerdeführer geltend, er sei durch falsche Informationen in den Zivildienst gezwungen worden.

#### **E. 3.1**

Der Beschwerdeführer erklärt, bei der Aushebung habe er sich ins Militär einteilen lassen und sich versichert, dass er auch nach der Einteilung in den Zivilschutz gehen könne. Später habe er sich nach reichlichen Überlegungen entschlossen, dass er den Militärdienst nicht mit sich selber vereinbaren könne. Als er sich dann von diesem habe befreien lassen, habe es auf einmal geheissen, man könne nur noch in den Zivildienst. Am Anfang habe er schon Nachforschungen getätigt und Anfragen gestellt, um in den Zivilschutz zu kommen, so, wie man es ihm von Beginn weg als Möglichkeit aufgezeigt habe. Nun seien bisher aber sämtliche Versuche, vom Zivildienst freizukommen, fehlgeschlagen. Er habe jedoch nie in den Zivildienst gewollt und berufe sich auf seine Rechte als Schweizer Bürger, auf sein Recht auf Leben und persönliche Freiheit. Diese Rechte würden mit dem Zivildienst nicht gewahrt, da er gegen seinen Willen gezwungen werde, etwas zu machen, das er von Anfang an nicht gewollt habe, wodurch seine persönliche Freiheit massiv eingeschränkt werde.

#### **E. 3.2**

Anfechtungsobjekt ist die Verfügung vom 21. Juni 2016, mit welcher die Vollzugsstelle das Gesuch des Beschwerdeführers um vorzeitige Entlassung aus dem Zivildienst abwies. Die oben (E. 3.1) wiedergegebenen Rügen beziehen sich allerdings auf die rechtskräftige Zulassungsverfügung vom 24. April 2012. Sie können im vorliegenden Verfahren nur noch gehört werden, wenn sie diese Verfügung als nichtig erscheinen lassen oder einen Grund für ihren Widerruf bilden.

#### **E. 3.3**

Der Beschwerdeführer ersuchte am 24. Januar 2012 und am 20. März 2012 um Zulassung zum Zivildienst, beide Male mit dem offiziellen Formular der Vorinstanz. Auf der ersten Seite desselben werden "ausgewählte Eckpfeiler" des ZDG und der Verordnung vom 11. September 1996 über den zivilen Ersatzdienst (Zivildienstverordnung, ZDV, SR 824.01) aufgelistet. Einleitend zitiert das Formular Art. 1 ZDG, wonach Militärdienstpflichtige, die den Militärdienst mit ihrem Gewissen nicht vereinbaren können, auf Gesuch hin einen länger dauernden zivilen Ersatzdienst (Zivildienst) nach dem Zivildienstgesetz leisten. Laut Beschwerdeschrift entschied der Beschwerdeführer nach "reichlichen Überlegungen", dass er den Militärdienst nicht "mit mir selber vereinbaren" könne. In Ziff. 3 des Gesuchsformulars erklärte er jeweils durch seine Unterschrift, er könne den Militärdienst nicht mit seinem Gewissen vereinbaren und sei bereit, Zivildienst nach dem Zivildienstgesetz zu leisten. Seit seiner Zulassung vom 24. April 2012 hat der Beschwerdeführer mehr als 60 Zivildiensttage absolviert. Am 21. Mai 2015 ersuchte er die Vollzugsstelle um vorzeitige Entlassung aus dem Zivildienst, da es ihm körperlich nicht mehr möglich sei, diesen zu leisten. Mit anderen Worten war der Beschwerdeführer während mehr als drei Jahren zivildienstpflichtig, ohne sich darauf berufen zu haben, er sei (durch falsche Informationen) in den Zivildienst gezwungen worden. Angesichts dessen erachtet das Bundesverwaltungsgericht das Vorbringen des Beschwerdeführers, er sei durch falsche Informationen in den Zivildienst gezwungen worden, nicht als glaubhaft.

#### **E. 3.4**

Demzufolge braucht nicht untersucht zu werden, ob die Zulassungsverfügung vom 24. April 2012 nichtig sein könnte oder die Vorinstanz ihren Widerruf prüfen müsste, weil der Beschwerdeführer seine Gesuche aufgrund von Irreführung oder Zwang gestellt hätte.

### **E. 3.5**

Ebensowenig erkennt das Bundesverwaltungsgericht eine unzulässige Einschränkung des Rechts des Beschwerdeführers auf Leben und persönliche Freiheit (Art. 10 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, BV, SR 101), zumal die Zivil- wie die Militärdienstpflicht auch ausdrücklich in der Bundesverfassung statuiert wird (Art. 59 Abs. 1 BV). Gewisse Einschränkungen der persönlichen Freiheit sind mit diesen staatsbürgerlichen Pflichten naturgemäss verbunden.

### **E. 3.6**

Anzumerken bleibt, dass in Bezug auf den Zivilschutz grundsätzlich keine Wahlmöglichkeit besteht, auch nicht für Militärdienstpflichtige (vgl. Art. 11 f. des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 2002 über den Bevölkerungsschutz und den Zivilschutz, BZG, SR 520.1).

### **E. 4**

Wenn der Beschwerdeführer rügt, Einsätze würden einfach verfügt und er müsse dann selber schauen, wie er mit seiner Arbeit zurechtkomme, bezieht er sich nicht auf das Thema der angefochtenen Verfügung, nämlich die vorzeitige Entlassung aus dem Zivildienst. Seine Beanstandung betrifft stattdessen Aufgebote zu einzelnen Zivildienstleistungen. Sie überschreitet den Anfechtungsgegenstand, weswegen im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht darauf einzugehen ist.

### **E. 5**

Die Rüge des Beschwerdeführers, er müsse der Vollzugsstelle beispielsweise eine Antwort innerhalb von 10 Tagen geben, während sich diese gerne einmal fünf Monate Zeit lasse, betrifft eher allgemein das Verhalten der Vorinstanz. Soweit sich die Rüge auf den Erlass der angefochtenen Verfügung erstreckt, muss insbesondere berücksichtigt werden, dass der Beschwerdeführer vertrauensärztlich untersucht wurde und dass auch Fristverlängerungen zu seinen Gunsten gewährt wurden. Vor diesem Hintergrund erscheint die Verfahrensdauer bis zum Erlass der angefochtenen Verfügung, welche allein Gegenstand der Beschwerde bildet, nicht als ungebührlich lang.

### **E. 6**

Der Beschwerdeführer beruft sich im gerichtlichen Verfahren nicht ausdrücklich auf eine voraussichtlich dauernde Arbeitsunfähigkeit. Aber sein am 21. Mai 2015 bei der Vollzugsstelle eingegangenes Entlassungsgesuch begründete er damit, dass es ihm körperlich nicht mehr möglich sei, Zivildienst zu leisten. Gegen die Abweisung dieses Gesuchs richtet sich seine Beschwerde explizit. Deshalb erscheint es geboten, auch die Auswirkungen seines Gesundheitszustandes auf seine Zivildienstpflicht in die gerichtliche Überprüfung einzubeziehen, dürfen an Laienbeschwerden doch nicht allzu hohe Anforderungen gestellt werden (vgl. Urteil des BVGer B-1906/2015 vom 16. März 2016 E. 1.2).

### **E. 7.1**

Art. 11 ZDG regelt das Ende der Zivildienstpflicht. Gestützt auf Art. 11 Abs. 3 ZDG verfügt die Vollzugsstelle die vorzeitige Entlassung aus dem Zivildienst insbesondere bei voraussichtlicher dauernder Arbeitsunfähigkeit des Pflichtigen. Ausführungsbestimmungen zu Art. 11 Abs. 3 ZDG finden sich in Art. 18 ZDV. Beide Vorschriften wurden per 1. Juli 2016 revidiert. Da die angefochtene Verfügung am 21. Juni 2016 ergangen war, stellt sich die Frage nach dem anwendbaren Recht.

### **E. 7.2**

Gemäss bundesgerichtlicher Praxis sind Verwaltungsakte mangels anderslautender intertemporaler Regelung grundsätzlich nach der Rechtslage im Zeitpunkt ihres Ergehens zu beurteilen (BGE 139 II 263 E. 6 m.H.). Neues Recht ist ausnahmsweise anzuwenden, wenn es sich aus zwingenden Gründen, vor allem um der öffentlichen Ordnung willen, aufdrängt (BGE 139 II 470 E. 4.2). Analoges soll gelten, wenn die Gesetzesänderung zur Verbesserung der rechtlichen Situation des Betroffenen führt (vgl. André Moser / Michael Beusch / Lorenz Kneubühler, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2. A., 2013, N. 2.203 m.H.).

### **E. 7.3**

Eine spezialgesetzliche Übergangsregelung gibt es für die hier relevanten Normen nicht.

### **E. 7.4**

Art. 11 Abs. 3 Bst. a ZDG entspricht wörtlich Art. 11 Abs. 3 Bst. a des ZDG in der bis zum 30. Juni 2016 gültigen Fassung (aZDG, AS 1996 1445): 3 Die Vollzugsstelle verfügt die vorzeitige Entlassung aus dem Zivildienst, wenn die zivildienstpflichtige Person: a.voraussichtlich dauernd arbeitsunfähig ist. Per 1. Juli 2016 wurde ein neuer Bst. b in Art. 11 Abs. 3 ZDG eingefügt, welcher wie folgt lautet: b.gesundheitlich beeinträchtigt ist und für sie im Zivildienst keine mit der Beeinträchtigung vereinbare Einsatzmöglichkeit besteht. Die Botschaft vom 27. August 2014 zur Änderung des ZDG hält zu Bst. b Folgendes fest (BB1 2014 6741, 6764 f.; nachfolgend "Botschaft"): In der Praxis hat sich gezeigt, dass in Einzelfällen für Zivildienstpflichtige mit gesundheitlichen Beeinträchtigungen keine geeigneten Einsatzmöglichkeiten bestehen, auch wenn sie im Zivilleben an Arbeitsplätzen, die speziell auf ihre Situation ausgerichtet sind, arbeitsfähig sind. Es ist deshalb nicht sachgerecht, wenn die vorzeitige Entlassung aus gesundheitlichen Gründen allein gestützt auf die voraussichtlich dauerhafte Arbeitsunfähigkeit möglich ist. In Buchstabe b ist nur eine minime Ausdehnung der Entlassungsmöglichkeiten vorgesehen, die, wie die bisherige Vollzugserfahrung zeigt, nur in den seltenen Ausnahmefällen zum Zug kommen soll, für die bisher eine Lösung fehlte. Zur Abklärung der gesundheitlichen Beeinträchtigung wird stets eine ärztliche Untersuchung anzuordnen sein (vgl. Art. 33 Abs. 1). Art. 11 Abs. 3 Bst. b ZDG erfüllt ein öffentliches Interesse, denn die Norm schafft eine zusätzliche Entlassungsmöglichkeit für Fälle, in denen geeignete Einsatzmöglichkeiten fehlen. Überdies könnte sie möglicherweise eine Verbesserung der Rechtsstellung des Betroffenen bewirken. Deshalb drängt es sich auf, die Bestimmung vorliegend anzuwenden.

### **E. 7.5**

In Art. 18 ZDV wurden per 1. Juli 2016 verfahrensrechtliche Präzisierungen eingefügt, welche jedoch keine Anwendung auf den vorliegenden Fall erheischen.

### **E. 8.1**

Laut dem ärztlichen Attest vom 8. Mai 2015, welches der Beschwerdeführer seinem Gesuch um vorzeitige Entlassung aus dem Zivildienst beilegte, war er für leichte bis mittelschwere Tätigkeiten zu 100 % arbeitsfähig. Derselbe Arzt bestätigte am 28. Juni 2015 Folgendes: Ich bestätige hiermit ergänzend zum Attest vom 08.05.15, dass der angesprochene [...] insbesondere wegen seiner dokumentierten Hüftpathologien zunehmend Mühe bei Belastungen bekundet. Einschränkungen der Belastbarkeit können v.a. aus prognostischer Sicht gemacht werden, d.h. mehr Belastung erhöht die Wahrscheinlichkeit der Notwendigkeit medizinischer Interventionen. Vom Militärdienst würde ich ihn als Aushebungsarzt somit aus versicherungstechnischen Gründen ausschliessen, wie die Regelungen im Zivildienst sind, entzieht sich meiner Kenntnis. Mithin äusserte sich der Facharzt für allgemeine, innere und Sportmedizin jedenfalls in seiner Bestätigung vom 28. Juni 2015 nicht (spezifisch) zur Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers im Zivildienst.

### **E. 8.2**

Gegenüber der Vollzugsstelle erklärte der Beschwerdeführer in einem undatierten, am 2. Juli 2015 eingegangenen Brief, mit welchem er die oben zitierte Bestätigung seines Arztes vom 28. Juni 2015 einreichte: Da ich im elterlichen Betrieb arbeite, ist es uns möglich, mit Umtrieben, mich zu beschäftigen. Wichtig ist eine abwechslungsreiche Arbeit, welche nicht länger als 15 - 30 Minuten geht. Bei zu langer, gleichbleibender Belastung fängt die Hüfte an zu schmerzen, was mir ein schmerzfreies Gehen fast unmöglich macht.

### **E. 8.3**

Im vertrauensärztlichen Gutachten vom 7. März 2016 wurden die Aussagen des Beschwerdeführers unter dem Titel "aktuelle Beschwerden" folgendermassen wiedergegeben (Auszug): Hinsichtlich der Alltagsaktivität vermeidet er das Hantieren von schweren Lasten, müsse sich zum Teil beschwerdebedingt auch zusätzlich anpassen. Sie seien bei der Arbeit meist zu zweit unterwegs. Da es ihr eigener Familienbetrieb ist, werde auf seine Beschwerden auch Rücksicht genommen. Er könne alle Arbeiten ausüben, allerdings entlastet bei schwereren Aufgaben. Medikamenteneinnahme nur sehr sporadisch (damals bei der Aktivierung). Aufgrund der Beschwerden gehe er häufig am Nachmittag früher nach Hause, dazu sei die Leistung im Vergleich zu Anderen geringer. Er schätzt die Arbeitseinschränkung auf 30-40% ein. Ein operativer Eingriff sei vorläufig nicht geplant, da er so gut funktionieren könne und auch keinen längeren Ausfall bei der Arbeit habe. Hinsichtlich der Arbeitsfähigkeit in der angestammten Tätigkeit hielt der Gutachter sodann fest: Die angestammte Tätigkeit ist gemäss Beschreibung und allgemeiner Erfahrung eine stehend-gehende Tätigkeit mit zum Teil auch Hantieren von mittelschweren bis schweren Lasten in einem Rahmen von zum Teil unergonomischen Haltungen. Diesbezüglich ist eine Einschränkung in Bezug auf die Zeit im Durchschnitt sowie körperlichen Belastungen auf mittelschwere Tätigkeiten sowie kurzzeitige Schmerzexazerbationen mit verkürzten Arbeitszeiten nachvollziehbar. Die durch den Dienstpflichtigen geschätzte Einschränkung von 30-40% der Leistungsfähigkeit dürfte realistisch sein. Bezüglich einer angepassten Tätigkeit befand der Gutachter: Eine höchstens mittelschwere, wechselbelastende Tätigkeit im Sinne von Wechsel zwischen Stehen/Gehen und Sitzen wäre dem Versicherten ganztags zumutbar. Eine geringe Leistungsminderung im Rahmen von rund 10 % durch unbewusste oder unvorbereitete Rotation oder Abduktionsbewegung und anschliessender Schmerzexazerbation lassen sich wohl nicht vermeiden. Die Frage der Vollzugsstelle nach der Arbeits- und Einsatzfähigkeit des Beschwerdeführers beantwortete der Gutachter wie folgt: In einer angepassten Tätigkeit besteht aktuell eine 100%ige Arbeitsfähigkeit. Die

entsprechenden Voraussetzungen [...] müssen zur Ausübung einer Vollzeitstätigkeit wie auch einer vollzeitigen Zivildienstpflicht entsprechend berücksichtigt werden. In der angestammten Tätigkeit ist eine Leistungslimitierung wahrscheinlich, da diese Tätigkeit in normaler Ausübung die Voraussetzung einer angepassten Tätigkeit nicht voll erfüllt. Unter der Voraussetzung des Einhaltens des Zumutbarkeitsprofils sind sämtliche Einsatzmöglichkeiten im Zivildienst zumutbar.

#### **E. 8.4**

Weder das Attest des behandelnden Arztes vom 8. Mai 2015 noch dessen Bestätigung vom 28. Juni 2016 bezieht sich spezifisch auf die Einsatzmöglichkeiten im Zivildienst. Im Attest wurde die Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers abstrakt, ohne Bezugnahme auf den Zivildienst, beurteilt, in der Bestätigung gar nicht. Der Vertrauensarzt hingegen schätzte die Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers zwar mit Blick auf den Zivildienst ein, nannte jedoch keine konkreten Einsatzmöglichkeiten, sondern beurteilte diese pauschal.

#### **E. 9.1**

In den knappen Erwägungen der angefochtenen Verfügung erklärte die Vollzugsstelle, "den vorliegenden Unterlagen zufolge" bestehe beim Beschwerdeführer keine voraussichtlich dauernde Arbeitsunfähigkeit. Effektiv stützte sich die Vorinstanz allerdings ausschliesslich auf die Beurteilung ihres Vertrauensarztes, denn die übrigen Unterlagen beinhalten keine Einschätzung der Arbeits- oder gar der Einsatzfähigkeit des Beschwerdeführers im Zivildienst.

#### **E. 9.2**

Angesichts der pauschalen Einschätzung der Arbeitsfähigkeit bleibt offen, inwiefern tatsächlich konkrete, realistische Einsatzmöglichkeiten existieren, bei welchen der Beschwerdeführer die verbleibenden 325 Dienstage unter den gegebenen Einschränkungen leisten könnte. In diesem Zusammenhang ist auch auf den sich verschärfenden Mangel an Einsatzbetrieben und -plätzen hinzuweisen (vgl. Botschaft, 6747 ff.). Schliesslich ist daran zu erinnern, dass der Beschwerdeführer im elterlichen Betrieb arbeitet, wo auf seine gesundheitlichen Beeinträchtigungen speziell Rücksicht genommen werden kann.

#### **E. 9.3**

In ihrer Vernehmlassung hielt die Vollzugsstelle fest, Art. 11 Abs. 3 Bst. b ZDG finde für den vorliegenden Fall keine Anwendung, da der Beschwerdeführer nicht geltend mache, wegen einer gesundheitlichen Beeinträchtigung bestünden keine Einsatzmöglichkeiten. Unter dem Blickwinkel des neuen Art. 11 Abs. 3 Bst. b ZDG wurde der Sachverhalt also noch nicht geprüft. Weil es sich um eine Laienbeschwerde handelt und im Übrigen das Prinzip der Rechtsanwendung von Amtes wegen gilt, wird die Vollzugsstelle dies nachholen müssen (vgl. oben E. 7.4). Eine erstmalige Beurteilung durch das letztinstanzlich entscheidende Bundesverwaltungsgericht verbietet sich, auch wegen der spezifischen Kenntnisse der Vorinstanz.

#### **E. 10**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde teilweise gutzuheissen, die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen ist.

#### **E. 11**

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist kostenlos, sofern es sich nicht um mutwillige Beschwerdeführung handelt; Parteientschädigungen werden keine ausgerichtet (Art. 65 Abs. 1 ZDG). Daher sind vorliegend keine Verfahrenskosten zu erheben.

#### **E. 12**

Gegen diesen Entscheid steht die Beschwerde an das Bundesgericht 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.