

# **BVGer B-4536/2022 vom 3. Oktober 2022**

Bundesverwaltungsgericht, 2022-10-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-4536\\_2022\\_d20221003](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4536_2022_d20221003)

FR: TAF B-4536/2022 du 3 octobre 2022

IT: TAF B-4536/2022 del 3 ottobre 2022

## **Regeste**

Arbeitsleistung im &ouml;ffentlichen Interesse (Zivildienst) | Abbruch des Zivildiensteinsatzes (Verf&uuml;gung vom 3. Oktober 2022)

## **Erw&uuml;gungen**

### **E. 1.1**

Die Verf&uuml;gung der Vorinstanz vom 3. Oktober 2022 kann nach Art. 63 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 23 Abs. 2 des Bundesgesetzes &uuml;ber den zivilen Ersatzdienst vom 6. Oktober 1995 (Zivildienstgesetz, ZDG, SR 824.0) im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen &uuml;ber die Bundesverwaltungsrechtspflege mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden (Art. 5 Abs. 1 Bst. a und Art. 44 ff. des Bundesgesetzes &uuml;ber das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021] i.V.m. Art. 31 ff. und Art. 37 ff. des Bundesgesetzes &uuml;ber das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 [Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32]).

### **E. 1.2**

Die Beschwerdef&uuml;hrerin 1 und der Beschwerdef&uuml;hrer 2 sind als Adressaten durch die angefochtene Verf&uuml;gung vom 3. Oktober 2022 besonders ber&uuml;hrt und haben ein schutzw&uuml;rdiges Interesse an deren Aufhebung oder &Auml;nderung. Sie sind daher zur Beschwerde berechtigt (Art. 5 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 VwVG). Die Anforderungen an Frist, Form und Inhalt der Beschwerdeschrift (Art. 66 ZDG und Art. 52 Abs. 1 VwVG) sind gewahrt und die &uuml;brigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen ebenfalls vor (Art. 44 ff. VwVG).

### **E. 1.3**

Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

B-4536/2022 Seite 5

### **E. 2.1**

Nach Art. 4a Bst. a Ziff. 1 ZDG sind Eins&uuml;tze nicht erlaubt in einer Institution, f&uuml;r welche die zivildienstpflichtige Person bereits ausserhalb des Zivildienstes gegen Entgelt oder im Rahmen einer Aus- oder Weiterbildung t&uuml;tig ist oder w&uuml;hrend des vorangehenden Jahres t&uuml;tig war.

### **E. 2.2**

Gem&uuml;ss dem Willen des Gesetzgebers bezweckt die Regelung von Art. 4 Bst. a Ziffer 1 ZDG aber nicht, generell jeden Einsatz in einem Betrieb zu verbieten, mit dem die zivildienstpflichtige Person bereits einmal Kontakte hatte. Es soll m&ouml;glich sein, den Einsatz dort zu leisten, wo bereits Vorkenntnisse bestehen. Eine allzu enge Beziehung zum

Einsatzbetrieb kann aber die Seriosität des Vollzugs und den Grundsatz der möglichst gleichen Belastung im Militär- wie im Zivildienst in Frage stellen (Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über den zivilen Ersatzdienst vom 21. September 2001, BBl 2001 6127 6173).

### **E. 2.3**

Die Vorinstanz kann einen Einsatz aus wichtigen Gründen vorzeitig abbrechen (Art. 23 Abs. 1 ZDG). Das ZIVI prüft den Abbruch eines Einsatzes von Amtes wegen oder auf schriftlichen Antrag einer zivildienstleistenden Person oder eines Einsatzbetriebes (Art. 23 Abs. 1 ZDG i.V.m. Art. 43 der Verordnung vom 11. September 1996 über den zivilen Ersatzdienst [Zivildienstverordnung, ZDV; SR 824.01]). Bricht das ZIVI den Einsatz ab, so verfügt es, ab welchem Datum der Abbruch wirksam wird. Es kann einen rückwirkenden Abbruch auf den Zeitpunkt verfügen, in welchem die zivildienstleistende Person oder der Einsatzbetrieb in Verzug geriet (Art. 43 Abs. 3 ZDV). Die zivildienstpflichtige Person, der Einsatzbetrieb und Dritte können aus dem Abbruch des Einsatzes keinen Schadenersatzanspruch ableiten (Art. 43 Abs. 5 ZDV).

### **E. 3.1**

Die vorinstanzliche Sachverhaltsdarstellung zur entgeltlichen Tätigkeit im Zeitraum von zwölf Monaten vor Einsatzbeginn wird von den Beschwerdeführenden anerkannt und ist belegt (Beschwerdeschrift; Beschwerdebeilagen 2–4; Vernehmlassungsbeilagen 13 und 18). Subjektive Kriterien, nämlich ob ein Verstoß gegen Art. 4a Bst. a Ziffer 1 ZDG absichtlich oder unabsichtlich erfolgt, enthält die Rechtsnorm nicht. Die in Art. 4a Bst. a Ziffer 1 ZDG bezeichneten Tatbestandselemente sind somit erfüllt. Uneinig sind sich die Verfahrensbeteiligten jedoch über die Rechtsfolgen, welche sich aus einer Verletzung von Art. 4a Bst. a Ziff. 1 ZDG ergeben.

B-4536/2022 Seite 6

### **E. 3.2**

Die Vorinstanz erwog, der Beschwerdeführer 2 sei bei der Beschwerdeführerin 1 in den zwölf Monaten vor Einsatzbeginn einer bezahlten Tätigkeit nachgegangen. Nach Massgabe von Art. 4a Bst. a Ziffer 1 ZDG sei ein Zivildiensteinsatz unter solchen Umständen nicht erlaubt. Weil sie von der früheren Anstellung des Beschwerdeführers 2 bei der Beschwerdeführerin 1 erst im Verlauf des Einsatzes erfahren habe, liege ein wichtiger Grund vor, um den Einsatz rückwirkend per Datum ihrer Kenntnisnahme abzubrechen. Die von den Beschwerdeführenden unterzeichnete Einsatzvereinbarung enthalte den ausdrücklichen Hinweis, dass ein Einsatz ausgeschlossen sei, wenn die zivildienstpflichtige Person in den zwölf Monaten vor Einsatzbeginn für den Einsatzbetrieb gegen Entgelt tätig gewesen sei. Die Beschwerdeführenden hätten daher wissen können und müssen, dass ein solcher Zivildiensteinsatz ausgeschlossen sei (Verfügung, S. 4; Vernehmlassung, Ziff. 2.2 f.)

### **E. 3.3**

Die Beschwerdeführenden vertreten den Standpunkt, durch den umstrittenen Zivildiensteinsatz mit vorgängiger Anstellung werde niemand bevorteilt oder benachteiligt. Die Anstellung des Beschwerdeführers 2 in den Monaten Mai und Juni 2022 als Klassenassistent sei infolge Personalmangels erfolgt. Dadurch sei zwar gegen die Einsatzvereinbarung verstossen worden, jedoch sei dies unabsichtlich geschehen. In die

Beurteilung sei miteinzubeziehen, dass ein Abbruch des Zivildienstesatzes sowohl sehr grosse Nachteile für die Kinder als auch für die Lehr- und Betreuungspersonen nach sich ziehe. Unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls halten es die Beschwerdeführenden für angebracht, ermessensweise einen Verweis oder eine Ermahnung auszusprechen, anstatt den Zivildienstesatz abubrechen (Beschwerdeschrift).

#### **E. 4.1**

Unter Ermessen versteht man einen Handlungsspielraum, den der Gesetzgeber den Verwaltungsbehörden bei der Anordnung von Rechtsfolgen einräumt. In der Regel ist ein solcher Entscheidungsspielraum dadurch gekennzeichnet, dass der Gesetzgeber den Verwaltungsbehörden die Wahl zwischen verschiedenen Rechtsfolgen überlässt oder auch die Entscheidung, ob überhaupt eine Rechtsfolge angeordnet werden soll (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht,

#### **E. 4.2**

Auf der Rechtsfolgenseite sieht Art. 4a Bst. a Ziffer 1 ZDG vor, dass Einsätze nicht erlaubt sind, wenn die zivildienstpflichtige Person bei der gleichen Institution bereits ausserhalb des Zivildienstes gegen Entgelt während des vorangehenden Jahres tätig war. Der Wortlaut von Art. 4a Bst. a Ziffer 1 ZDG enthält keine Hinweise, dass der Gesetzgeber beabsichtigt hätte, eine offene Norm zu schaffen, welche den rechtsanwendenden Behörden auf der Rechtsfolgenseite ein Entschliessungs- oder Auswahlermessen einräumt. Auch der Sprachvergleich mit dem französischen und italienischen Gesetzestext ("La personne astreinte au service civil [personne astreinte] ne peut être affectée" und "Non sono permessi impieghi") legt keine weite Auslegung des Rechtssatzes nahe. Beim Entscheid, ob ein Zivildienstesatz trotz Vorliegen der in Art. 4a Bst. a Ziffer 1 ZDG definierten Verbotskriterien erlaubt sein soll oder nicht, hat der Gesetzgeber den rechtsanwendenden Behörden somit keinen Entscheidungsspielraum eingeräumt.

#### **E. 4.3**

Das Recht ist Grundlage und Schranke staatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 1 BV). Aufgrund dieser Gesetzesbindung ist es rechtsanwendenden Behörden nicht erlaubt, in Abweichung von Art. 4 Bst. a Ziffer 1 ZDG einen unzulässigen Zivildienstesatz im Einzelfall ausnahmsweise zu genehmigen und im Gegenzug die zivildienstpflichtige Person wahlweise mit einer Disziplarmassnahme im Sinne von Art. 67 ZDG zu belegen. Die Gutheissung dieses Antrags würde im Ergebnis die Bindung der Verwaltungstätigkeit an das Gesetz verletzen, die Rechtssicherheit beeinträchtigen und gegen die Rechtsgleichheit verstossen (zum Legalitätsprinzip: BVGE 2021 IV/5 E. 6.1; vgl. BGE 141 II 169 E. 3.1; 131 II 13 E. 6.3 ff.; GIOVANNI BIAGGINI, BV-Kommentar, 2. Aufl. 2017, Art. 5 N 8).

#### **E. 4.4**

Die Vorinstanz hat folglich zu Recht erkannt, dass der unzulässige Zivildienstesatz ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 23 Abs. 1 ZDG darstellt, um den Zivildienstesatz von Amtes wegen vorzeitig abubrechen.

#### **E. 4.5**

Ein solcher Abbruch kann auch rückwirkend verfügt werden (Art. 43 Abs. 3 ZDV). In der Zivildienstverordnung findet sich keine Regelung, nach welchen Kriterien das Datum eines vorzeitigen Zivildienstabbruchs zu bestimmen ist, wenn ein anderer Grund als ein Verzug eingetreten ist (vgl. Urteil des BVGer B-8159/2015 vom 29. Februar 2016, S. 5). Die

Vorinstanz

B-4536/2022 Seite 8 hat bei der Bestimmung des Datums, an welchem der Abbruch wirksam wird, rückwirkend auf den Zeitpunkt ihrer Kenntnisnahme vom 19. September 2022 und nicht auf den Eintritt des rechtswidrigen Zustands vom 22. August 2022 abgestellt. Diese für die Beschwerdeführenden günstige Berechnung bewegt sich innerhalb ihres pflichtgemässen Ermessens und erweist sich unter Berücksichtigung aller Umstände als zweckmässig. 5. Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet und ist abzuweisen. 6. Gemäss Art. 65 Abs. 1 ZDG ist das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht kostenlos, sofern es sich nicht um mutwillige Beschwerdeführung handelt; Parteientschädigungen werden keine ausgerichtet. Im vorliegenden Fall sind deshalb weder Kosten zu erheben noch Entschädigungen zuzusprechen. 7. Gegen Entscheide auf dem Gebiet des Zivildienstes ist die Beschwerde an das Bundesgericht unzulässig (Art. 83 Bst. i des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

B-4536/2022 Seite 9

#### **E. 5**

Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet und ist abzuweisen.

#### **E. 6**

Gemäss Art. 65 Abs. 1 ZDG ist das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht kostenlos, sofern es sich nicht um mutwillige Beschwerdeführung handelt; Parteientschädigungen werden keine ausgerichtet. Im vorliegenden Fall sind deshalb weder Kosten zu erheben noch Entschädigungen zuzusprechen.

#### **E. 7**

Gegen Entscheide auf dem Gebiet des Zivildienstes ist die Beschwerde an das Bundesgericht unzulässig (Art. 83 Bst. i des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

#### **E. 8**

Aufl. 2020, Rz. 396). Ob eine bestimmte Norm den Verwaltungsbehörden ein Ermessen einräumt, ist auf dem Weg der Auslegung zu ermitteln. Diese Frage ist immer eine Rechtsfrage (BGE 125 II 29 E. 3d/bb; BVGE

B-4536/2022 Seite 7 2015/2 E. 4.3; Pierre TSCHANNEN/MARKUS MÜLLER/MARKUS KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2022, Rz. 583; HÄFELIN/MÜLLER/UHL-MANN, a.a.O., Rz. 407).

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