

# **BVGer B-6227/2013 vom 2. Dezember 2014**

Bundesverwaltungsgericht, 2014-12-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-6227\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-6227_2013)

FR: TAF B-6227/2013 du 2 décembre 2014

IT: TAF B-6227/2013 del 2 dicembre 2014

## **Regeste**

Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse (Zivildienst)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Die Verfügung der Vorinstanz vom 1. Oktober 2013 kann gemäss Art. 63 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den zivilen Ersatzdienst vom 6. Oktober 1995 (Zivildienstgesetz, ZDG, SR 824.0) beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden. Letzteres ist somit für die Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig (vgl. Art. 31 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 [Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32]).

### **E. 1.2**

Als Adressat der Verfügung ist der Beschwerdeführer beschwerdelegitimiert im Sinne von Art. 48 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021); die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift wurden gewahrt (vgl. Art. 66 lit. b ZDG, Art. 52 Abs. 1 VwVG). Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen vorliegen, ist auf die Beschwerde 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 (vgl. Art. 8 Abs. 1 Satz 1 ZDG). Die Zivildienstpflicht beginnt, sobald der Entscheid für die Zulassung zum Zivildienst rechtskräftig geworden ist (vgl. 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 (vgl. Art. 11 Abs. 1 und 2 ZDG). Hat eine zivildienstpflichtige Person das 30. Altersjahr vollendet und legt sie glaubwürdig dar, dass die Verpflichtung zur Leistung der restlichen Dienstage bis zur ordentlichen Entlassung aus dem Zivildienst für sie, ihre engsten Angehörigen oder ihren Arbeitgeber eine ausserordentliche Härte bedeuten würde, so kann sie mit der Vollzugsstelle eine Vereinbarung über die spätere Entlassung aus der Zivildienstpflicht abschliessen, wobei sie ihre Zustimmung nicht widerrufen kann (vgl. Art. 15 Abs. 3bis der Verordnung über den zivilen Ersatzdienst vom 11. September 1996 [Zivildienstverordnung, ZDV, SR 824.01]). Eine Entlassung aus der Zivildienstpflicht erfolgt spätestens am Ende des Jahres, in dem die zivildienstpflichtige Person das 46. Altersjahr vollendet hat (vgl. Art. 15 Abs. 4 ZDV).

## **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 (vgl. Art. 35 Abs. 1 ZDV). Leistet die zivildienstpflichtige Person ihren Zivildienst in mehreren Einsätzen, so beträgt die Mindestdauer eines Einsatzes grundsätzlich 26 Tage (vgl. 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 (vgl. Art. 37 Abs. 1 und 3 ZDV).

## **E. 2.3**

Wenn eine gesetzliche Verpflichtung oder ein Aufgebot nicht befolgt werden kann, ist ein Gesuch um Dienstverschiebung einzureichen (vgl. Art. 44 Abs. 1 ZDV). Die Vollzugsstelle kann das Gesuch einer zivildienstpflichtigen Person um Dienstverschiebung gemäss Art. 46 Abs. 3 ZDV dann gutheissen, wenn die zivildienstpflichtige Person während des Einsatzes oder der diesem folgenden drei Monate eine wichtige Prüfung ablegen muss (lit. a), eine schulische oder berufliche Ausbildung absolviert, deren Unterbrechung mit unzumutbaren Nachteilen verbunden ist (lit. b), andernfalls ihren Arbeitsplatz verlieren würde (lit. c), mit einem Einsatzbetrieb vereinbart hat, sämtliche verbleibenden Dienstage im Folgejahr zu leisten sofern das Folgejahr nicht das Jahr der Entlassung aus der Zivildienstpflicht darstellt (lit. cbis), vorübergehend aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage ist, den vorgesehenen Einsatz zu absolvieren (lit. d) oder glaubwürdig darlegt, dass die Ablehnung des Gesuchs für sie, ihre engsten Angehörigen oder ihren Arbeitgeber eine ausserordentliche Härte bedeuten würde (lit. e). Liegen keine solchen Gründe vor bzw. kann dem Anliegen der zivildienstpflichtigen Person durch die Gewährung von Urlaub weitgehend entsprochen werden oder ist - vorbehaltlich eines Abschlusses einer Vereinbarung nach Art. 15 Abs. 3bis ZDV - nicht gewährleistet, dass die zivildienstpflichtige Person vor ihrer Entlassung aus der Zivildienstpflicht die Gesamtdauer der ordentlichen Zivildienstleistungen absolviert, so hat die Vollzugsstelle das Gesuch abzuweisen (vgl. Art. 46 Abs. 4 ZDV).

## **E. 2.4**

Gemäss Art. 11 Abs. 3 ZDG verfügt die Vollzugsstelle die vorzeitige Entlassung aus dem Zivildienst, wenn die zivildienstpflichtige Person voraussichtlich dauernd arbeitsunfähig ist (lit. a) oder auf ihr Gesuch hin zur Militärdienstleistung zugelassen worden ist (lit. b). Ist eine zivildienstpflichtige Person infolge eines Strafurteils wegen eines Verbrechens oder Vergehens oder infolge einer freiheitsentziehenden Massnahme für den Zivildienst untragbar geworden, wird sie von der Vollzugsstelle gemäss Art. 12 Abs. 1 ZDG vorübergehend oder dauernd von der Zivildienstleistung ausgeschlossen. Schliesslich kann eine zivildienstpflichtige Person (vorübergehend) vom Dienst befreit werden, wenn es sich um ein Mitglied der Bundesversammlung handelt bzw. die Person eine "unentbehrliche Tätigkeit" ausübt (vgl. Art. 17 und 18 des Bundesgesetzes über die Armee und die Militärverwaltung vom 3. Februar 1995 [Militärgesetz, MG, SR 510.10] i.V.m. Art. 13 ZDG). 3.Ausgangspunkt des vorliegenden Verfahrens bildet das Schreiben vom 26. August 2013, mit welchem der Beschwerdeführer eine mit der Profikarriere vereinbare Lösung, z.B. in Form einer Befreiung vom Zivildienst mit Wehrpflichtersatzzahlungen oder in Form des kompletten Nachholens der verbleibenden Zivildiensteinsätze nach der Profikarriere,

beantragt hat und das in der Folge von der Vorinstanz als Gesuch um Teil-Dienstverschiebung entgegengenommen worden ist. In diesem Zusammenhang werden vom Beschwerdeführer im Rahmen seiner Rechtsschriften Dienstverschiebungsgründe im Sinne von Art. 46 Abs. 3 lit. c ZDV (drohender Arbeitsplatzverlust; vgl. nachfolgend E. 4) und Art. 46 Abs. 3 lit. e ZDV (ausserordentliche Härte; vgl. nachfolgend E. 5 und 6) geltend gemacht. Zu unterscheiden gilt es in vorliegendem Fall zudem zwei Fallkonstellationen, so einerseits die Pflicht zur Leistung eines Einsatzes von je 26 Tagen in den Jahren 2014 sowie 2016 - 2019 sowie andererseits die Pflicht zur Leistung des langen Einsatzes von 232 Tagen im Jahr 2015. In Bezug auf den im Schreiben vom 26. August 2013 ausgeführten, jedoch im Rahmen seiner Rechtsschriften nicht mehr näher substantiierten oder gar explizit beantragten "Vorschlag" hinsichtlich einer "Dienstbefreiung" ist an dieser Stelle der Vollständigkeit halber darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführer (...) für die Spitzensport-RS selektioniert und in der Folge mit Verfügung vom 3. Dezember 2009 auf eigenes Gesuch hin zum Zivildienst zugelassen wurde. Seine Zivildienstplicht endet somit mit der Entlassung oder dem Ausschluss aus dem Zivildienst (Art. 11 Abs. 1 ZDG). Vorliegend fällt eine Entlassung bzw. ein Ausschluss im Sinne der unter E. 2.4 aufgezeigten Art. 11 Abs. 2 und 3 ZDG bzw. Art. 12 Abs. 1 ZDG ausser Betracht. Nachdem auch für eine eigentliche Dienstbefreiung im Sinne von Art. 13 ZDG keinerlei Gründe vorliegen, ist es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz diesen "Vorschlag" im Rahmen ihrer Verfügung sinngemäss abgelehnt hat. 4. Hinsichtlich den Ausführungen, dass er mit der Erfüllung der Zivildienstplicht Gefahr laufe, seinen Arbeitsplatz zu verlieren, kann dem Beschwerdeführer im Hinblick auf die Leistung eines Einsatzes von je 26 Tagen in den Jahren 2014 sowie 2016 - 2019 nicht zugestimmt werden. So erscheint es höchst unwahrscheinlich, dass eine maximale Abwesenheit von 26 Tagen pro Jahr, die im Übrigen vom Beschwerdeführer zum grössten Teil in die Ferien gelegt werden kann (vgl. nachfolgend E. 5), für sich alleine geeignet ist, die Stellung des Beschwerdeführers in der Mannschaft dermassen zu erschüttern, dass er nicht nur (...) bzw. den Stammplatz in der Startelf verlieren würde, sondern auch gleich noch eine Vertragsauflösung zu vergegenwärtigen hätte. Dies gilt umso mehr, wenn man wie vorliegend davon ausgeht, dass es sich beim Beschwerdeführer (...) um einen Schlüsselspieler handelt. So war sich die Arbeitgeberin hinsichtlich der Dienstpflichten des Beschwerdeführers bewusst (vgl. Art. [...] des Arbeitsvertrages [...]) und Letzterer besitzt zudem einen laufenden Vertrag bis (...). Die Arbeitgeberin liess denn auch in ihrer vom Beschwerdeführer im Rahmen von dessen Replik ins Recht gelegten, undatierten Stellungnahme keinerlei Kündigungsabsicht in Bezug auf den Einsatz von 26 Tagen erkennen, sondern betonte vielmehr die beabsichtigte Respektierung der zivildienstrechtlichen Pflichten des Beschwerdeführers unter Hinweis auf die Gefahr physischer Defizite. Auch ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. a OR der Arbeitgeber im Falle eines Zivildiensteinsatzes das Arbeitsverhältnis während des Einsatzes sowie im Falle eines Einsatzes von mehr als elf Tagen während vier Wochen vorher und nachher nicht kündigen darf. Eine Kündigung aufgrund der Zivildienstleistung an sich ist zudem schon ganz grundsätzlich missbräuchlich (vgl. Art. 336 Abs. 1 lit. e OR). Aufgrund der mit einer solchen Kündigung verbundenen gravierenden Sanktionen hat es denn das Bundesverwaltungsgericht in seiner bisherigen Praxis auch als wenig realistisch angesehen, dass ein Angestellter aufgrund einer Abwesenheit von 26 Tagen seinen Arbeitsplatz verlieren könnte (vgl. Urteil B-2674/2009 vom 23. Juni 2009 E. 4). An diesem Grundsatz ist auch in vorliegendem Fall festzuhalten. Eine andere Ausgangslage könnte sich hinsichtlich der Pflicht zur Leistung des langen

Einsatzes von 232 Tagen im Jahr 2015 ergeben. So ist übereinstimmend mit der Ansicht des Beschwerdeführers nicht auszuschliessen bzw. bei einem von sportlichen Gesichtspunkten ausgehendem Management sogar wahrscheinlich, dass bei einer solch langen Abwesenheit für den Beschwerdeführer ein Ersatz gesucht werden würde, was bei einem Schlüsselspieler durchaus auch einen nominell namhaften Transfer bedeuten kann. Im Kombination mit (...) ist die theoretische Gefahr, dass sich das Management vor diesem Hintergrund gleich ganz für einen neuen Spieler entscheidet und den Vertrag mit dem zivildienstpflichtigen Spieler nicht verlängert nicht gänzlich von der Hand zu weisen. In diesem Kontext ist denn auch die bereits erwähnte Stellungnahme der Arbeitgeberin des Beschwerdeführers zu sehen, die in Aussicht stellte, den Arbeitsvertrag des Beschwerdeführers im Falle eines Einsatzes von 232 Tagen "sistieren" zu wollen, ohne jedoch explizit eine Kündigung in Aussicht zu stellen. Wie es sich nun hinsichtlich der Gefahr des Arbeitsplatzverlustes in einem solchen Fall konkret verhält, braucht jedoch an dieser Stelle nicht entschieden zu werden, da - wie unter E. 6 aufzuzeigen ist - in vorliegendem Fall unabhängig von dieser Fragestellung hinsichtlich der Pflicht zur Leistung des langen Einsatzes im Jahr 2015 von einer ausserordentlichen Härte im Sinne von Art. 46 Abs. 3 lit. e ZDV auszugehen ist. 5. Soweit sich die Beschwerde gegen die Pflicht zur Leistung eines jährlichen Einsatzes von je 26 Tagen richtet, ist diese vor dem Hintergrund der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung abzuweisen. Wie das Bundesverwaltungsgericht bereits im Urteil B-2128/2006 vom 8. Februar 2007 festgehalten hat (E. 4.2.1), wird ein Anspruch eines Zivildienstpflichtigen oder seines Arbeitgebers auf eine Dienstverschiebung nur dann anerkannt, wenn eine eigentliche Notsituation vorliegt. Vor dem Hintergrund des Grundsatzes, dass zivildienstpflichtige Personen beziehungsweise ihre Arbeitgeber nicht besser gestellt werden dürfen als Militärdienstpflichtige, hat das Bundesverwaltungsgericht dabei festgestellt, dass eine Einsatzpflicht in der Höhe der Mindestdauer von 26 Tagen gemäss Art. 38 Abs. 1 ZDV grundsätzlich keine übermässige Härte im Sinne von Art. 46 Abs. 3 lit. e ZDV darstellt. An dieser Haltung hat das Bundesverwaltungsgericht seither in konstanter Rechtsprechung festgehalten. Ein Abweichen von der soeben aufgezeigten bundesverwaltungsgerichtlichen Praxis erscheint im vorliegenden Fall nicht zuletzt auch im Hinblick auf die Rechtsgleichheit im Sinne von Art. 8 BV nicht angezeigt. Auch wenn sich das Bundesverwaltungsgericht der Besonderheiten des Profisports durchaus bewusst ist, so ist doch festzustellen, dass sich die Situation des Beschwerdeführers grundsätzlich nicht anders präsentiert als diejenige eines "normalen" Zivildienstpflichtigen. Ist in diesem Zusammenhang doch beispielsweise darauf hinzuweisen, dass das Bundesverwaltungsgericht in seiner Rechtsprechung unter anderem auch einen 26-tägigen Einsatz eines Alleinunternehmers (vgl. Urteil B-2128/2006 vom 8. Februar 2007) oder eines Primarlehrers (vgl. Urteil B-1213/2009 vom 14. April 2009) als zumutbar erachtet hat. Die Kritik des Beschwerdeführers hinsichtlich einer vermeintlichen Schlechterstellung gegenüber militärdienst- bzw. zivilschutzpflichtigen Spitzensportlern ändert nichts an dieser Betrachtungsweise, zumal es inkonsequent ist, sich nun auf einen solchen Standpunkt zu stellen. Gilt es doch an dieser Stelle festzuhalten, dass der Beschwerdeführer seinerseits von den nun geltend gemachten Vorzügen der Spitzensport-RS bzw. -WKs hätte profitieren können. Er hat jedoch die Absolvierung der Spitzensport-RS (...) mehrfach verschoben und in der Folge ein Gesuch um Zulassung zum Zivildienst gestellt, wodurch er auch der Möglichkeit um Aufnahme in die Spitzensport-WKs verlustig ging. Im Übrigen ist der Vollständigkeit halber darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber hinsichtlich der Förderungspolitik für den leistungsorientierten Nachwuchssport bzw. den Spitzensport ganz

bewusst zwischen Militär- und Zivildienstpflichtigen auf der einen und Zivildienstpflichtigen auf der anderen Seite unterschieden hat (vgl. Art. 16 Abs. 2 lit. c des Bundesgesetzes über die Förderung von Sport und Bewegung vom 17. Juni 2011 [Sportförderungsgesetz, SpoFöG, SR 415.0]). Eine allfällige Gesetzesänderung dahingehend, dass der Bund auch für zivildienstpflichtige Spitzensportler Möglichkeiten schaffen soll, den Dienst für die Leistungsentwicklung zu nutzen, obliegt daher dem Gesetzgeber (vgl. Art. 190 BV). Wohl ist nachvollziehbar, dass ein Profisportler die Ferien sinnvollerweise zur Regeneration nutzen sollte bzw. dass der Beschwerdeführer in dieser Zeit (...), doch unterscheidet er sich darin nicht von anderen Zivildienstpflichtigen, die ebenfalls körperlich anstrengenden bis sehr anstrengenden Berufen nachgehen (z.B. im Bauwesen) und im Regelfall ebenfalls nur vier Wochen Ferien zur Verfügung haben (vgl. Art. 329a Abs. 1 OR). Dass sich die dienstlichen Abwesenheiten der der Militär- oder Zivildienstpflicht unterliegenden Schweizer Männer auch auf den privaten Bereich und damit die betroffenen Partner/Innen und Familien auswirken, liegt zudem in der Natur der Sache und die Dienstpflicht ist entsprechend in die persönliche Lebens- und Karriereplanung miteinzubeziehen (vgl. Urteile B-2591/2014 vom 27. August 2014 sowie B-6281/2009 vom 7. Mai 2010 E. 7.3.5). Ferner geht auch die Argumentation des Beschwerdeführers hinsichtlich einer durch den Zivildiensteinsatz verursachten Einbusse an körperlicher und fussballerischer Leistungsfähigkeit ins Leere, ist doch davon auszugehen, dass mit einem zeitlich beschränkten Trainingsausfall im Profifussball grundsätzlich jederzeit zu rechnen ist (z.B. infolge Verletzungen oder längerer Spielsperren). Auch ist darauf hinzuweisen, dass gemäss bundesverwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung eine ausserordentliche Härte nicht schon dann gegeben ist, wenn der Arbeitgeber aufgrund eines Einsatzes des Arbeitnehmers von 26 Tagen eine gewisse Mehrbelastung zu vergegenwärtigen hat sowie umdisponieren und allenfalls in Bezug auf die innerbetriebliche Arbeitsteilung vorübergehend zeitliche oder personelle Anpassungen vornehmen muss, zumal sich solche Situationen auch aus anderen Gründen (in vorliegendem Fall wie bereits zuvor ausgeführt z.B. Verletzungen oder längere Spielsperren) ergeben können (vgl. Urteil B-2767/2011 vom 29. Juni 2011 E. 2.2. m.w.H.). Dass ein 26-tägiger Zivildiensteinsatz sowohl für den Beschwerdeführer als auch für die Arbeitgeberin machbar ist und nicht zwangsläufig zum Verlust (...) und des Stammplatzes in der Startelf führt, wurde im Übrigen mit der Leistung eines solchen Einsatzes im Jahre 2013 unter Beweis gestellt. Schliesslich sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass dem in der Replik formulierten Wunsch des Beschwerdeführers, kürzere Zivildiensteinsätze als 26 Tage am Stück zu leisten grundsätzlich nachgekommen werden kann, wie selbst die Vorinstanz einräumt. Gemäss Art. 35 Abs. 1 ZDV plant und leistet die zivildienstpflichtige Person ihre Einsätze so, dass sie die Gesamtheit der verfügbaren ordentlichen Zivildienstleistungen vor der Entlassung aus der Zivildienstpflicht erbringt. Es steht dem Beschwerdeführer somit frei, seine Einsätze auf die beiden Ferienphasen (gemäss Beschwerdeführer sowie Art. [...] des Arbeitsvertrages [...]) und/oder andere passende Termine bzw. gar Tageszeiten zu verteilen, so er denn solche Einsätze vereinbaren kann (vgl. auch Art. 38 Abs. 2 ZDV). Auch besteht die Möglichkeit, mittels passender Einsatzbetriebswahl, z.B. in einem sportnahen und örtlich nahen Umfeld, einen allfälligen vorübergehenden Verlust körperlicher Leistungsfähigkeit in Grenzen zu halten oder mit der Gutheissung von Urlaubsgesuchen auf gewisse terminliche Härtefälle zu reagieren. Bezüglich Letzterem wurde von der Vorinstanz bereits 2013 der Tatbeweis hinsichtlich eines vorhandenen Willens zum Finden einer kulantem Lösung erbracht (vgl. Verfügung der

Vorinstanz vom 25. Juni 2013). Als Zwischenfazit ist somit festzuhalten, dass in vorliegendem Fall die Pflicht zur Leistung eines jährlichen Einsatzes von je 26 Tagen keine ausserordentliche Härte im Sinne von Art. 46 Abs. 3 lit. e ZDV darstellt, wodurch grundsätzlich ein entsprechender Einsatz Verfügungsgemäss bereits im Jahre 2014 zu leisten wäre. Indessen muss es einem Zivildienstpflichtigen möglich sein, sich auf einen Zivildiensteinsatz einstellen zu können und entsprechende organisatorische Massnahmen zu treffen bzw. entsprechende Dispositionen zu tätigen (vgl. dazu auch Urteil B-5589/2011 vom 5. März 2012 E. 3.4.1). Diese Voraussetzung ist vorliegend aufgrund des Urteilszeitpunktes für das Jahr 2014 nicht mehr gegeben, wodurch der Eventualantrag des Beschwerdeführers insofern gutzuheissen ist, als dass der Beschwerdeführer im Jahr 2014 keinen Zivildiensteinsatz mehr zu leisten hat.

#### **E. 6.1**

Soweit sich die Beschwerde gegen die Pflicht zur Leistung des langen Einsatzes von 232 Tagen im Jahr 2015 richtet, ist diese gutzuheissen.

#### **E. 6.2**

Betrachtet man die Anforderungen an einen Profifussballspieler in der höchsten nationalen Spielklasse ist übereinstimmend mit dem Beschwerdeführer davon auszugehen, dass eine durch einen 232-tägigen Einsatz bewirkte faktisch mehrmonatige Trainingspause für den Beschwerdeführer mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit den Verlust des Stammplatzes, (...) sowie von Spielpraxis zur Folge hätte. Sowohl der Beschwerdeführer als auch die Vorinstanz stimmen dahingehend überein, dass die Leistung der Zivildiensteinsätze beim Beschwerdeführer zu einem Trainingsrückstand führt, da dieser während seiner Einsätze nicht mit der gleichen Intensität trainieren kann. Gänzlich abwegig erscheint in diesem Zusammenhang die scheinbare Annahme der Vorinstanz, dass ein tägliches Individualtraining über einen solch langen Zeitraum ein geordnetes, mehrmals täglich erfolgendes Mannschaftstraining auf Spitzenfussballniveau zu ersetzen vermag, zumal so jegliche Einbettung des betreffenden Spielers in das Spielsystem der Mannschaft verunmöglicht wird und so auch ein allfälliger Verlust an Spielpraxis nicht kompensiert werden kann. Ist ein vorübergehender Verlust der körperlichen Leistungsfähigkeit aufgrund eines zeitlich beschränkten Trainingsausfalls noch zum grundsätzlichen Berufsrisiko eines Profisportlers zu zählen und kann dieser allenfalls noch durch eine geschickte Einsatzplanung und Einsatzbetriebswahl in Grenzen gehalten werden, so führt ein Einsatz von 232 Tagen unweigerlich zu einem Rückstand, der nicht mehr so einfach wieder aufgeholt werden kann, was nicht zuletzt auch mehrmonatige Pausen infolge von schweren Verletzungen belegen. Auch ist allgemein bekannt, dass ein mehrmonatiger Ausfall eines Spielers dessen Karriereverlauf und Marktwert entscheidend beeinflussen kann, wobei das konkrete Ausmass freilich von den jeweiligen Umständen im Einzelfall abhängt. Gerade bei einem Schlüsselspieler ist dabei - wie bereits unter E. 4 ausgeführt - nicht unwahrscheinlich bzw. wäre es aus Sicht der Arbeitgeberin wohl vernünftig, dass unter diesen Umständen ein möglichst gleichwertiger bzw. vorzugsweise besserer Ersatz gesucht werden würde (vgl. diesbezüglich auch die vom Beschwerdeführer im Rahmen seiner Replik ins Recht gelegte undatierte Stellungnahme der Arbeitgeberin). Es wird der besonderen Situation eines Spitzemannschaftssportlers denn auch nicht gerecht, wenn die Vorinstanz analog zu Fällen "normaler" berufstätiger Zivildienstpflichtiger in diesem Zusammenhang reflexionslos von der Möglichkeit einer temporären Stellvertretung ausgeht und diese als unproblematisch ansieht. Übereinstimmend mit der Ansicht des Beschwerdeführers ist vielmehr davon

auszugehen, dass in Fallkonstellationen wie der vorliegenden ein solcher "Stellvertreter" aufgrund des faktisch mehrmonatigen "Ausfalls" des Zivildienstpflichtigen im Regelfall mit einem Vertrag für zumindest eine ganze Saison ausgestattet werden und in der Folge sein bestmögliches dafür tun wird, seine Position zu verteidigen. Nachdem im Gegensatz zu den Gegebenheiten in einem normalen unternehmerischen Umfeld die verfügbaren Plätze in der Startelf bzw. ersten Mannschaft beschränkt sind, besteht somit - insbesondere bei einem erfolgreichen Auftreten des Teams mit dem "Stellvertreter" - eine reelle Gefahr, dass der Beschwerdeführer infolge seiner Abwesenheit seinen Platz in der Startelf auf längere Zeit verlieren bzw. sich allenfalls aufgrund der direkten Konkurrenzsituation auf der jeweiligen Position auch die Frage eines Transfers stellen wird. Übereinstimmend mit dem Beschwerdeführer ist ferner davon auszugehen, dass sich ein Feldspieler im Alter von (...) langsam aber sicher dem Ende seiner Karriere im Spitzenprofifussball nähert. Auch sei der Vollständigkeit halber erwähnt, dass der Arbeitsvertrag des Beschwerdeführers zahlreiche Mechanismen beinhaltet, die den Lohn vom Erreichen von diversen Leistungszielen abhängig macht, wodurch ein faktischer "Ausfall" während mehrerer Monate auch signifikante Lohnverluste zur Folge hat ([...]). Es ist daher festzustellen, dass sich die vorliegende Fallkonstellation bei ganzheitlicher Betrachtung in entscheidendem Masse von den bisher vor dem Bundesverwaltungsgericht verhandelten Fällen "normaler" berufstätiger Zivildienstpflichtiger unterscheidet. So ist festzuhalten, dass die durch den langen Einsatz erzwungene Trainings- und wohl auch Wettkampfpause das weitere (sportliche wie wirtschaftliche) Fortkommen des Beschwerdeführers behindert, dessen Marktwert negativ beeinflusst und - unter Berücksichtigung des Alters sowie Karrierestadiums - dessen Karriere als Spitzenfussballer ganz grundsätzlich gefährdet. Vor dem Hintergrund, dass einem Profifussballer im Gegensatz zu einem "normalen" berufstätigen Zivildienstpflichtigen im Regelfall nur rund ein Drittel bis die Hälfte der Zeit zur Verfügung steht, um in seinem Beruf Karriere zu machen, ist vorliegend von einer ausserordentlichen Härte im Sinne von Art. 46 Abs. 3 lit. e ZDV auszugehen.

### **E. 6.3**

Eine ausserordentliche Härte stellt ein Verlust eines tatsächlichen oder potentiellen Schlüsselspielers im Übrigen auch für die Arbeitgeberin dar. Wie bereits ausgeführt, erscheint es aus sportlichen Gesichtspunkten bei einem so langen "Ausfall" eines tatsächlichen oder potentiellen Schlüsselspielers naheliegend und vernünftig, einen Ersatz zu verpflichten. Wohl erachtet das Bundesverwaltungsgericht in konstanter Rechtsprechung die Verpflichtung einer Stellvertretung und den damit zusammenhängenden Zusatzaufwand für einen Arbeitgeber grundsätzlich als zumutbare Belastung, indessen präsentiert sich in vorliegendem Fall die Ausgangslage in entscheidenden Punkten anders. So gilt es zu berücksichtigen, dass es in vorliegendem Fall um hochqualifizierte Spezialisten geht und ein gleichwertiger Ersatz aufgrund des kleinen Marktes hinsichtlich in Frage kommender Spieler sowie dem harten Wettbewerb zwischen den (in- und insbesondere auch ausländischen) Klubs nicht einfach zu finden ist, so denn nicht finanzielle Risiken eingegangen werden sollen. Hinsichtlich Letzterem darf auch nicht ausser Acht gelassen werden, dass ein erfolgreicher Transfer eines Spitzenspielers für die Arbeitgeberin zu einer zusätzlichen, aus sportlichen Gesichtspunkten (da Doppelbesetzung einer Position) allenfalls nicht notwendigen, Lohnzusatzbelastung (...) führt, wodurch sich der finanzielle Spielraum für die weitere Geschäftstätigkeit empfindlich einschränken kann. Im Gegensatz zu den Gegebenheiten in einem normalen unternehmerischen Umfeld kann denn auch in vorliegender Fallkonstellation nicht einfach davon ausgegangen werden, dass die

Verpflichtung eines "Stellvertreters" für die Arbeitgeberin im Hinblick auf die weitere Geschäftstätigkeit so ohne Weiteres positiv ist, birgt diese doch in casu nicht zuletzt auch die Gefahr möglicher negativer Auswirkungen auf das Mannschaftsgefüge in sich. Möglich ist schliesslich auch die gegensätzliche Konstellation, dass nämlich die Arbeitgeberin keinen gleichwertigen Ersatz für den Beschwerdeführer findet. Ein mangelnder Ersatz kann sich beim Verlust von Schlüsselspielern im schlechtesten Fall direkt auf die sportliche Konkurrenzfähigkeit der Mannschaft auswirken, was insbesondere im Falle (...) zu signifikanten Einnahmeverlusten führen kann. Es ist somit vorliegend nicht auszuschliessen, dass der faktische Ausfall eines tatsächlichen oder potentiellen Schlüsselspielers für die betroffene Arbeitgeberin zu einer insbesondere auch empfindlichen finanziellen Zusatzbelastung führt, was vorliegend als ausserordentliche Härte im Sinne von Art. 46 Abs. 3 lit. e ZDV aufzufassen ist.

#### **E. 6.4**

Abschliessend ist an dieser Stelle auch darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführer glaubwürdig darlegt, dass es ihm nicht darum gehe, sich vor seinen Zivildienstplichten zu drücken. Vielmehr anerkennt er seine Zivildienstpflicht ausdrücklich und gibt an, diesen nach Abschluss seiner Profikarriere vollumfänglich nachkommen zu wollen bzw. sich bereits zuvor um mehrere kürzere, auf das Jahr verteilte Einsätze à total 26 Tage zu bemühen. Wie das Bundesverwaltungsgericht im Urteil B-4135/2010 vom 3. November 2010 festgehalten hat, widerspricht eine strikte und enge Auslegung der Ausnahmebestimmungen in Art. 46 Abs. 3 ZDV dem Sinn und Zweck der Härtefallklausel, wenn der Beschwerdeführende - wie in vorliegendem Fall - seine Notsituation glaubhaft und substantiiert darlegt sowie eine überzeugende Lösung vorschlägt, welche die Absolvierung aller Dienstage nicht gefährdet (E. 4.3). Sollen doch diese Bestimmungen gerade die notwendige Flexibilität im Rahmen der gesetzlichen Fristen gewährleisten. Ganz grundsätzlich ist es daher nicht ausgeschlossen, dass ein Spitzensportler seiner Zivildienstpflicht erst nach dem Abschluss seiner Profikarriere nachkommt - dies wohlverstanden unter Einhaltung des gesetzlichen Rahmens, namentlich dem Vorliegen entsprechender Gründe für Dienstverschiebungsgesuche, dem Einhalten der entsprechenden gesetzlichen Fristen sowie der Nicht-Gefährdung der Absolvierung aller Dienstage (vgl. Art. 35 Abs. 1 ZDV). Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, erfüllt der Beschwerdeführer im Urteilszeitpunkt die Voraussetzungen für den Abschluss einer Vereinbarung im Sinne von Art. 15 Abs. 3bis ZDV nicht. Indessen wäre es an der Vorinstanz gelegen, vor dem Hintergrund der glaubhaften Äusserungen des Beschwerdeführers dessen persönliche Situation im Lichte einer wertenden Gesamtbetrachtung ([...]) und einer umfassenden Abwägung aller Interessen sowie unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips angemessen zu würdigen (vgl. Urteil B-4135/2010 vom 3. November 2010 E. 4.3.4). Wie die Vorinstanz in ihrer Stellungnahme vom 31. Januar 2014 bzw. ihrer Duplik selber ausführt, besteht - sofern das Leisten aller verfügbaren Dienstage dadurch nicht gefährdet wird - hinsichtlich der Pflicht zur Leistung des langen Einsatzes Spielraum zu Dienstverschiebungen, ohne dass von der grundsätzlichen Leistungspflicht abgewichen werden muss. Es sei denn an dieser Stelle auch darauf hingewiesen, dass zwei Regionalzentren 2012 bzw. 2013 die Dienstverschiebungsgesuche eines Fussballers bzw. eines (NLA-)Eishockeyspielers gutgeheissen haben, obwohl die Gesuche im wesentlichen keine substantiiertere Begründung aufgewiesen haben als dasjenige des Beschwerdeführers, es sich "nur" um einen langen Einsatz von jeweils 180 Tagen handelte und es im Fall des Fussballers "nur" um einen Schlüsselspieler in der Challenge League ging. Dass ein Leisten

aller verfügbarer Dienstage gefährdet sein könnte ist in vorliegendem Fall weder ersichtlich noch von der Vorinstanz substantiiert dargetan, so dass den Parteien der Weg offen steht, Verhandlungen betreffend einer Vereinbarung aufzunehmen. 7. Zusammenfassend ist festzustellen, dass in vorliegendem Fall die Pflicht zur Leistung eines jährlichen Einsatzes von je 26 Tagen keine ausserordentliche Härte im Sinne von Art. 46 Abs. 3 lit. e ZDV darstellt. Aufgrund des Umstandes, dass es dem Beschwerdeführer im Urteilszeitpunkt jedoch nicht mehr möglich ist, sich in angemessener Form auf einen 26-tägigen Zivildiensteinsatz noch im Jahr 2014 einstellen zu können und entsprechende organisatorische Massnahmen zu treffen bzw. entsprechende Dispositionen zu tätigen, ist der Eventualantrag des Beschwerdeführers insofern gutzuheissen, als dass der Beschwerdeführer im Jahr 2014 keinen Zivildiensteinsatz mehr leisten muss. Soweit sich die Beschwerde gegen die Pflicht zur Leistung des langen Einsatzes von 232 Tagen im Jahr 2015 richtet, ist vorliegend davon auszugehen, dass der so entstehende faktisch mehrmonatige "Ausfall" des Beschwerdeführers sowohl für ihn als auch seine Arbeitgeberin eine ausserordentliche Härte im Sinne von Art. 46 Abs. 3 lit. e ZDV darstellt. Bei diesem Verfahrensausgang ist die vorinstanzliche Verfügung aufzuheben und die Sache zur Neuregelung der Einsatzpflicht im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Der Beschwerdeführer ist bei seiner Bereitschaft der Zivildienstpflicht spätestens nach Abschluss seiner Profikarriere vollumfänglich nachzukommen zu behaften (vgl. Urteil B-4135/2010 vom 3. November 2010 E. 4.3.4). 8. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist kostenlos; es werden keine Parteientschädigungen ausgerichtet (vgl. Art. 65 Abs. 1 ZDG). 9. Dieser Entscheid kann nicht mit Beschwerde an das Bundesgericht weitergezogen werden (vgl. Art. 83 lit. i des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 [Bundesgerichtsgesetz, BGG, SR 173.110]). Er ist endgültig.

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