

# **BVGer B-660/2014 vom 11. Dezember 2014**

Bundesverwaltungsgericht, 2014-12-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-660\\_2014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-660_2014)

FR: TAF B-660/2014 du 11 décembre 2014

IT: TAF B-660/2014 del 11 dicembre 2014

## **Regeste**

Arbeitsleistung im öffentlichen Interesse (Zivildienst)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Die Verfügung der Vorinstanz vom 8. Januar 2014 kann nach Art. 63 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den zivilen Ersatzdienst (Zivildienstgesetz, ZDG, SR 824.0) im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege (vgl. Art. 44 ff. des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021] i.V.m. Art. 31 ff. und 37 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht [VGG, SR 173.32]) mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden. Auf die vorliegende Verfügung finden keine spezialgesetzlichen Regeln zum Verfahrensrecht Anwendung (Art. 65 Abs. 4 ZDG; vgl. zum Ganzen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-242/2013 vom 1. Juli 2013 E. 1.1).

### **E. 1.2**

Als Adressat ist der Beschwerdeführer durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an ihrer Aufhebung oder Änderung. Er ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Die Eingabefrist (Art. 66 Bst. b ZDG) und die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift (Art. 52 Abs. 1 VwVG) sind gewahrt.

### **E. 1.3**

Im Verfahren der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege ist Streitgegenstand das Rechtsverhältnis, das Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildet, soweit es im Streit liegt (BGE 135 II 457 E. 4.2; 130 II 200 E. 3.2). Dabei kann es angezeigt sein, erstinstanzliche Verfügungen nicht streng nach ihrem Wortlaut, sondern nach ihrem wirklichen Gehalt zu verstehen (Urteil des Bundesgerichts 2C\_762/2010 vom 2. Februar 2011, E. 2; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-5644/2012 vom 4. November 2014 E. 1.2.3 mit Hinweisen, B-3311/2012 vom 13. Dezember 2012 E. 1.3). Vorliegend wird - auch wenn die berufliche Situation des Beschwerdeführers in den Erwägungen aufgegriffen wird - nach dem Dispositiv der angefochtenen Verfügung ausschliesslich das Gesuch des Beschwerdeführers "um Umteilung ins WK-Modell" behandelt, nicht aber die Frage, ob ein Härtefall im Sinne von Art. 36a Abs. 2 ZDV vorliegt. Insoweit folgerichtig enthält die angefochtene Verfügung unmittelbar anschliessend an das Dispositiv den Hinweis, dass ein separates Gesuch einzureichen ist, soweit ein Härtefall im Sinne von Art. 36a Abs. 2 ZDV geltend gemacht werden soll. Damit besteht möglicherweise ein Widerspruch zwischen Dispositiv und Begründung der angefochtenen Verfügung, der geeignet sein kann, sich auf

die Umschreibung des Streitgegenstandes auszuwirken. Aufgrund der nachfolgenden Erwägungen kann indessen offen bleiben, ob im vorliegenden Fall die angefochtene Verfügung ohne Berücksichtigung der Begründung für den Streitgegenstand massgebend ist. Damit braucht auch nicht weiter erörtert zu werden, ob auf die Ausführungen des Beschwerdeführers einzutreten ist, soweit dieser im Rahmen der Beschwerde seine bereits vor der Vorinstanz im Gesuch vom 5. Dezember 2013 gemachten Ausführungen zu den mit einem unterbruchsfreien Diensteeinsatz verbundenen beruflichen Konsequenzen wiederholt.

#### **E. 1.4**

Zusammenfassend ergibt sich nach dem Gesagten, dass auf die Beschwerde einzutreten ist, wobei offen bleiben kann, ob das auch gilt soweit zumindest sinngemäss das Vorliegen eines Härtefalls im Sinne von Art. 36a Abs. 2 ZDV geltend gemacht wird.

#### **E. 2**

Die Vollzugsstelle kann in Härtefällen Ausnahmen bewilligen. » Streitig ist insbesondere, ob sich der Bundesrat als Verordnungsgeber beim Erlass der unselbständigen Verordnungsbestimmung Art. 36a Abs. 1 ZDV, welche für Zivildienstpflichtige, die zum Zeitpunkt ihrer Zulassung zum Zivildienst im Personalinformationssystem der Armee als Durchdiener oder Durchdienerin aufgeführt wurden, einen Zivildiensteeinsatz ohne Unterbruch normiert, auf eine formell-gesetzliche Delegationsnorm stützen kann.

#### **E. 2.1**

Die angefochtene Verfügung vom 8. Januar 2014 stützt sich im Wesentlichen auf Art. 36a ZDV, welcher am 1. Februar 2011 in Kraft getreten ist (Änderung vom 10. Dezember 2010; AS 2011 151) und folgenden Wortlaut hat: « 1 Die zivildienstpflichtige Person, die im Personalinformationssystem der Armee im Zeitpunkt ihrer Zulassung zum Zivildienst als Durchdienerin oder Durchdiener aufgeführt wird, absolviert die erforderlichen Einführungs- und Ausbildungskurse und leistet unmittelbar danach die restlichen Dienstage ohne Unterbrechung.

#### **E. 2.2**

Nach Art. 5 Abs. 1 BV ist Grundlage und Schranke staatlichen Handelns das Recht. Das Erfordernis der Rechtsgrundlage verankert einerseits das Prinzip der Spezialermächtigung, wonach eine staatliche Behörde ausschliesslich dann tätig werden darf, wenn hierzu eine ausreichende Rechtsgrundlage besteht. Art. 5 Abs. 1 BV fordert für das staatliche Handeln eine Rechtsgrundlage. Die Bestimmung verankert demgegenüber dem Wortlaut nach nicht das Legalitätsprinzip im formellen Sinn, verlangt also nicht explizit, dass sich das staatliche Handeln unmittelbar oder mittelbar auf einen vom Parlament und/oder Volk beschlossenen Erlass stützen muss (Benjamin Schindler, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Rz. 19 f. zu Art. 5). In der Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 14. Januar 1997 wird indes auf die Rechtsprechung verwiesen, wonach sich eine Verordnung auf ein Gesetz im formellen Sinn stützen muss, damit das Legalitätsprinzip gewahrt bleibt, sofern ihr nicht direkt die Bundesverfassung als Grundlage dient (BBl 1997 I 1 ff., insb. S. 132). Art. 164 Abs. 1 BV sieht darüber hinausgehend vor, dass auf Bundesebene alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen sind (grundlegend: BGE 131 II 13 E. 6.3 sowie BVGE 2010/8 E. 2; vgl. dazu ausführlich E. 4.3 hiernach).

### **E. 2.3**

Gemäss Art. 190 BV sind Bundesgesetze für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend. Massgebend sind dabei rechtsetzende Bestimmungen, welche die Bundesversammlung in der Form des Bundesgesetzes im Sinne von Art. 163 Abs. 1 BV erlässt (Yvo Hangartner/Martin E. Looser, in: Ehrenzeller/-Schindler/Schweizer/Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Rz. 15 zu Art. 190). Daraus ergibt sich, dass rechtsanwendende Behörden ein Bundesgesetz selbst dann anwenden müssen, wenn sie dessen Verfassungswidrigkeit feststellen (BGE 139 I 180 E. 2.2). Anders als ein Bundesgesetz im formellen Sinn werden die rechtsetzenden Erlasse unterer Hierarchiestufen vom Anwendungsgebot in Art. 190 BV nicht erfasst. Dadurch sind insbesondere Verordnungen des Bundesrates im Sinne von Art. 182 Abs. 1 BV durch die rechtsanwendenden Behörden nicht voraussetzungslos anzuwenden (grundlegend: BGE 104 Ib 412 E. 2 ff.). Einer Verordnung, welche übergeordnetem Recht widerspricht oder in diesem keine Grundlage findet, ist daher von den rechtsanwendenden Behörden nach einer vorfrageweisen Prüfung die Anwendbarkeit zu versagen, sofern sie nicht gesetzes- oder verfassungskonform ausgelegt werden kann (BGE 136 II 337 E. 5.1; BVGE 2014/3 E. 2.3). In diesem Sinne kann das Bundesverwaltungsgericht auf Beschwerde hin vorfrageweise Verordnungen des Bundesrates auf ihre Gesetzes- und Verfassungsmässigkeit prüfen (konkrete Normenkontrolle). Der Umfang der Kognitionsbefugnis hängt dabei davon ab, ob es sich um eine unselbständige oder aber um eine selbständige Verordnung handelt (BGE 123 II 22 E. 3a; BVGE 2010/49 E. 8.3.2; André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl., Basel 2013, Rz. 2.177). Bei unselbständigen Bundesratsverordnungen, die sich auf eine gesetzliche Delegation stützen, prüft das Bundesverwaltungsgericht in erster Linie, ob sich der Bundesrat an die Grenzen der ihm im Gesetz eingeräumten Befugnissen gehalten hat. Soweit das Gesetz ihn nicht ermächtigt, von der Verfassung abzuweichen bzw. seine Regelung nicht lediglich eine bereits im Gesetzesrecht angelegte Verfassungswidrigkeit übernimmt, beurteilt es auch deren Verfassungsmässigkeit. Wird dem Bundesrat durch die gesetzliche Delegation ein sehr weiter Spielraum des Ermessens für die Regelung auf Verordnungsebene eingeräumt, so ist dieser Spielraum nach Art. 190 BV für das Bundesverwaltungsgericht verbindlich. Es darf in diesem Fall nicht sein Ermessen an die Stelle desjenigen des Bundesrates setzen, sondern hat sich auf die Kontrolle zu beschränken, ob dessen Regelung den Rahmen der ihm im Gesetz delegierten Kompetenzen offensichtlich sprengt oder aus anderen Gründen gesetzes- oder verfassungswidrig ist (BGE 136 II 337 E. 5.1, 131 II 162 E. 2.3, 131 II 13 E. 6.1, 130 I 26 E. 2.2.1, je mit weiteren Hinweisen; BVGE 2014/3 E. 2.3.3).

### **E. 3.1**

Das Zivildienstgesetz regelt in Art. 20 die Aufteilbarkeit des Zivildienstes. Gemäss dem ersten Satz kann der Zivildienst in einem oder mehreren Einsätzen geleistet werden. Im zweiten Satz sieht die Bestimmung vor, dass der Bundesrat die Mindestdauer und die zeitliche Abfolge der Einsätze regelt. Ausserdem erlässt der Bundesrat gemäss Art. 79 ZDG die Ausführungsbestimmungen. In Anwendung dieser Delegationsnorm des ZDG hat der Bundesrat die Verordnung über den zivilen Ersatzdienst erlassen. Darin hat er gestützt auf Art. 20 ZDG in Art. 36a ZDV geregelt, dass jene zivildienstpflichtige Person, welche im Zeitpunkt ihrer Zulassung zum Zivildienst im Personalinformationssystem der Armee als

Durchdiener bzw. Durchdienerin aufgeführt wird, auch ihren Zivildienst ohne Unterbrechung zu leisten hat (Abs. 1). Ausnahmen sind einzig in Härtefällen zu bewilligen (Abs. 2).

### **E. 3.2**

Vorliegend ist in Art. 20 ZDG auch in Kombination mit Art. 5 ZDG, wonach die Belastung einer zivildienstleistenden Person insgesamt derjenigen eines Soldaten entsprechen müsse, keine bereits durch das Gesetzesrecht vorgegebene Verfassungswidrigkeit ersichtlich, weshalb das Bundesverwaltungsgericht die Ausführungsbestimmung in Art. 36a ZDV grundsätzlich auf ihre Gesetz- und Verfassungsmässigkeit überprüfen kann (vgl. E. 2.3 hiervor).

### **E. 4.1**

Der Beschwerdeführer macht im Wesentlichen geltend, die Pflicht, den Zivildienst gemäss Art. 36a ZDV unterbruchsfrei leisten zu müssen, sofern er bereits im Militärdienst als Durchdiener gemeldet war, greife in schwerwiegender Weise in seine Rechtsposition ein. Damit stellt sich die Frage, ob die in Art. 36a ZDV statuierte Regelung des Durchdienerstatus mit Blick auf Art. 164 Abs. 1 BV einer formell-gesetzlichen Grundlage bedarf.

### **E. 4.2**

In Übereinstimmung mit dem Generalsekretariat des VBS führt die Vorinstanz aus, gemäss Art. 20 ZDG bestehe die Verordnungskompetenz des Bundesrates darin, Vorschriften zur Mindestdauer und zeitlichen Abfolge zu erlassen, wenn der Zivildienst in einem Einsatz geleistet werde. Unter diesem Aspekt erscheine die vom Bundesrat direkt getroffene Regelung in Art. 36a ZDV, wonach der Zivildienst in einem einzigen Einsatz - ohne Unterbrechung - geleistet werden müsse, als gesetzeskonform. Um die Konformität der in Art. 36a ZDV beschlossenen Pflicht zur Leistung eines unterbruchsfreien Zivildienstes, wenn die dienstpflichtige Person im Personalinformationssystem der Armee als Durchdiener gemeldet war, überprüfen zu können, müsse ausserdem Art. 5 ZDG herangezogen werden. Demnach muss die Belastung einer zivildienstleistenden Person insgesamt derjenigen eines Soldaten entsprechen. Diese - im Übrigen in der Verordnung selbst so nicht formulierte - Zielsetzung sei umso wichtiger, als nach der Abschaffung der Gewissensprüfung per 1. April 2009 die Anzahl der Zivildienstgesuche unerwartet stark angestiegen sei. Da sich ein Militärdienstleistender nur unter bestimmten Bedingungen der einmal gewählten Durchdienpflicht wieder entziehen kann (Art. 54a MG), müsse dies auch für Zivildienstpflichtige bzw. denjenigen gelten, der vom Militärdienst zum zivilen Ersatzdienst wechselt. Daraus ergebe sich, dass die Pflicht zur Leistung eines unterbruchsfreien Dienstes ebenfalls im Rahmen der gesetzlichen Verordnungskompetenz liegt.

### **E. 4.3**

Gemäss Art. 164 Abs. 1 BV sind die wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen. Diese dem formellen Gesetzgeber vorbehaltenen Befugnisse dürfen nicht delegiert werden (vgl. Art. 164 Abs. 2 BV; BGE 133 I 331 E. 7.2). Wichtiges gehört ins Gesetz (Georg Müller/Felix Uhlmann, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Auflage, Zürich 2013, S. 151). Mit anderen Worten dürfen sich Entscheidungen von rechtspolitischer Bedeutung nicht in Verordnungen verstecken (Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern

2014, § 19 Rz. 5 f.). Art. 164 BV bezweckt, dass die grundlegenden Vorschriften in den für die Rechtsunterworfenen zentralen Belangen in einem formellen Gesetz geregelt werden und kein wichtiger Regelungsbereich den direkt-demokratischen Einwirkungsmöglichkeiten entzogen bleibt (René Rhinow/Markus Schefer, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. erweiterte Aufl., Basel 2009, Rz. 2676 f. und 2720 ff.; Pierre Tschannen, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, [im Folgenden: Tschannen, BV-Kommentar] Rz. 4 zu Art. 164 BV). Art. 164 ist weitgehend eine parlamentarische Neuschöpfung. Aufgrund derselben ist nach geltendem Verfassungsrecht von einem "materiellen Gesetzesbegriff" bzw. "materiellen Gesetzesvorbehalt" auszugehen (Tschannen, BV-Kommentar, Rz. 1 zu Art. 164 BV; vgl. zum Ganzen auch Roland Feuz, Materielle Gesetzesbegriffe, Bern 2002, insb. S. 209 ff.). Dabei ist nicht vollständig geklärt, inwieweit auch wichtige Regelungsinhalte in gewissem Umfang delegiert werden können (BGE 133 II 331 E. 7.2.2; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 412 mit Hinweisen).

#### **E. 4.4**

Gemäss Lehre und Rechtsprechung sind vor allem folgende Kriterien für die Umschreibung der Wichtigkeit im Sinne des materiellen Gesetzesvorbehaltes massgebend (BGE 133 II 331 E. 7.2.1; Tschannen, BV-Kommentar, Rz. 7 zu Art. 164 BV; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 393 ff.): - Intensität des Eingriffs: Schwere Eingriffe in die Rechtsstellung des Betroffenen, insbesondere in deren Freiheitsrechte, müssen von einem Gesetz im formellen Sinn vorgesehen sein; - Zahl der von einer Regelung Betroffenen: Eine Regelung erfordert eher ein Gesetz im formellen Sinn, wenn ein grosser Kreis von Personen davon betroffen ist; - Finanzielle Bedeutung: Regelungen von grosser finanzieller Tragweite müssen eine Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn haben; - Akzeptanz: Massnahmen, bei denen mit Widerstand der Betroffenen bzw. der gesetzgebenden Organe gerechnet werden muss oder welche besonders umstrittene Fragen zum Gegenstand haben, sollten ihre Grundlage in einem - demokratisch legitimierten - Gesetz im formellen Sinn haben. Dabei ist eine Gesamtbetrachtung massgebend; es genügt, wenn sich die Wichtigkeit aufgrund einzelner dieser Kriterien ergibt (BGE 130 I 1 E. 3.4.2). Besondere Bedeutung kommt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dem Kriterium der Eingriffsschwere zu (BGE 133 II 331 E. 7.2.1). Zu berücksichtigen ist indessen auch das Flexibilitätsbedürfnis. Es stellt sich daher die Frage, wieweit Verordnungen an die Stelle des Gesetzes treten dürfen (Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., §19 Rz. 17). So werden z.B. Regelungen, die ständiger Anpassungen an veränderte Verhältnisse wie z.B. an wirtschaftliche Entwicklungen bedürfen, zweckmässigerweise nicht in einem Gesetz im formellen Sinn getroffen, das nur unter grossem Zeitaufwand revidiert werden kann, sondern in einer Verordnung (Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., §19 Rz. 17; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 402). Der Gesetzgeber trifft die Grundentscheidungen; er legt die grossen Linien fest. Der Verordnungsgeber befasst sich dagegen mit den Detailregelungen sowie mit denjenigen Fragen, die besondere Fachkenntnisse verlangen (Urteil des Bundesgerichts 1P.363/2002 vom 7. Mai 2003 E. 2.3.2; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 403).

#### **E. 4.5**

Der hier im Raum stehende Eingriff scheint bereits auf den ersten Blick geeignet, die Rechtstellung des Beschwerdeführers erheblich zu berühren, insbesondere da Ausnahmen

gemäss Art. 36a Abs. 2 ZDV nur in Härtefällen zu bewilligen sind. Wie der Beschwerdeführer zu Recht vorbringt, führt eine derartige Verpflichtung zu einer langen Absenz aus dem Erwerbsleben. Da der Zivildienstleistende je nach Dienstgrad und Anzahl bereits geleisteter Militärdiensttage einen 1.1 bis 1.5 längeren Dienst zu leisten hat (Art. 8 Abs. 1 ZDG; Art. 27 ZDV), verlängert sich die unterbruchsfreie Absenz aus dem Erwerbsleben entsprechend diesem Faktor. Das Durchdienermodell hat - im Militär- wie auch im Zivildienstwesen - einen grossen Einschnitt in die berufliche und damit wirtschaftliche Situation des Dienstpflichtigen (und seiner Arbeitgeber) zur Folge. Für die Beurteilung der Eingriffsschwere ist jedoch eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen, welche sich nach objektiven Massstäben bemisst (BGE 137 II 371 E. 6.2).

#### **E. 4.6**

So gilt es vorliegend zu berücksichtigen, dass die Verpflichtung zur Leistung eines unterbruchsfreien Dienstes gemäss der Regelung im Militärgesetz stets freiwillig erfolgt (vgl. Art. 54a MG). Bevor diese Leistung von der dienstpflichtigen Person selber nicht gewählt wird, kann sie zur Leistung dieser Dienstleistung nicht gezwungen werden. In gleicher Weise gilt auch gemäss Art. 20 ZDG, dass grundsätzlich jeder Zivildienstleistende seinen Dienst mit oder ohne Unterbrüche leisten kann (Art. 20 Satz 1 ZDG; vgl. dazu ausführlich E. 4.7 hiernach). Die Tatsache, dass die Verpflichtung zur Leistung vorliegend auf einer freiwilligen Wahl beruht, ist bei den Anforderungen an das Erfordernis der Gesetzesform dahingehend zu berücksichtigen, als die Anforderungen an Normstufe und -dichte im Bereich der Eingriffsverwaltung grundsätzlich hoch sind (Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., §19 Rz. 24), durch die Einwilligung in den Eingriff aber gemildert werden (vgl. im Zusammenhang mit einem verwaltungsrechtlichen Vertrag: Georg Müller, Zulässigkeit des Vertrages und zulässige Vertragsinhalte, in: Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis, Isabelle Häner/Bernhard Waldmann [Hrsg.], Zürich/Basel/Genf 2007, S. 35 mit weiteren Hinweisen). Damit liesse sich auch argumentieren, dass der Militärdienstpflichtige - bei hinreichender Information - mit der Wahl des Durchdienermodells zugleich auch für den Fall eines späteren Zivildienstgesuchs die Einwilligung erteilt Durchdiener zu bleiben. Es ist indessen eher plausibel, dass der potenzielle Durchdiener bei der Wahl des Durchdienermodells nicht bereits in Eventualszenarien denkt und die Möglichkeit eines allfälligen Zivildienstgesuchs in seinen Entscheid betreffend die Wahl des Dienstleistungsmodells kaum miteinbezieht. Dies insbesondere darum, weil die Einwilligung mit Blick auf die (militär)dienstlichen Erfordernisse bzw. die damit je nach subjektiver Beurteilung verbundenen Vorteile für den Dienstpflichtigen und nicht mit Blick auf die mit Art. 36a ZDV intendierte Erschwerung der Bedingungen der Zivildienstleistenden erteilt wird.

#### **E. 4.7**

Hinsichtlich der Beurteilung der Eingriffsintensität gilt es auch zu beachten, dass für den Beschwerdeführer - stellvertretend für alle Zivildienstleistenden - vor Erlass der hier strittigen Verordnungsbestimmung beim Wechsel vom Militär- in den Zivildienst keine Pflicht zur Beibehaltung der unterbruchsfreien Diensterbringung bestand. So wurde 1995 mit der Einführung des zivilen Ersatzdienstes zuerst einmal die Möglichkeit vorgesehen, aus Gewissensgründen zum Militärdienst einen Ersatzdienst zu leisten. Als Ersatzdienst ist er (möglichst) analog dem Militärdienst zu regeln. Zwar wurde bereits damals vom Bundesrat vorgeschlagen, den Zivildienst ausnahmsweise auch in einem unterbruchsfreien Stück leisten zu können (BB1 1994 1673), doch angesichts der Tatsache, dass das

Militärsgesetz zur damaligen Zeit keinen unterbruchsfreien Dienst vorsah, befand der Gesetzgeber, dass dies eine ungerechte Bevorteilung der Zivildienstleistenden wäre. Als dann im Militärsgesetz die Möglichkeit eingeführt wurde, als sog. Durchdiener den Militärdienst in einem einzigen Einsatz leisten zu können, zog der Gesetzgeber auch bezüglich des Zivildienstes nach und ergänzte Art. 20 ZDG dahingehend, dass der Zivildienst neu "in einem oder mehreren Einsätzen" geleistet werden konnte (AS 2003 4843). Diese von der Bundesversammlung verabschiedete Gesetzesregelung sah aber bewusst keine Pflicht, den Dienst in einem Stück leisten zu müssen, vor, sondern wollte vielmehr die Möglichkeit schaffen, auch im Zivildienst das Durchdienermodell zu wählen. In der Botschaft wurde darauf hingewiesen, dass die entsprechend erforderlichen Anpassungen im Zivildienstrecht weitgehend auf Verordnungsstufe erfolgen würden (BBl 2001 6153). Entsprechend wurde in der Zivildienstverordnung bis zur Einführung der heute geltenden Regelung einzig der kurze und lange Einsatz geregelt. Erst mit dem vom Bundesrat direkt verabschiedeten Art. 36a ZDV wurde per 1. Februar 2011 jenen Zivildienstleistenden, welche zum Zeitpunkt ihrer Anmeldung zum Zivildienst im Informationssystem der Armee als Durchdiener gemeldet waren, die Pflicht zur Leistung eines unterbruchsfreien Dienstes auferlegt. Dabei handelt es sich klar um eine Verschärfung der rechtlichen Lage des Zivildienstleistenden (vgl. dazu ausführlich E. 5.7 hiernach).

#### **E. 4.8**

Es kann also festgestellt werden, dass die mit Art. 36a ZDV eingeführte Verschärfung mit Blick auf das Ziel, den Zugang zum Zivildienst zu erschweren, nachvollziehbar ist (vgl. dazu die Medienmitteilung des Bundesrates vom 10. Dezember 2010, <<https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=36717>>, zuletzt besucht am 27. Oktober 2014). Es ist entgegen der zumindest sinngemäss vertretenen Auffassung des Beschwerdeführers nicht so, dass an einer derartigen Regelung kein öffentliches Interesse bestehen kann. Die Eingriffsschwere der in Frage stehenden Regelung ist allerdings erheblich und die Bedeutung der Einwilligung zum Durchdienerstatus in diesem Zusammenhang erscheint fraglich. Andererseits ist dem Verordnungsgeber zuzubilligen, dass Art. 36a ZDV wohl nur in vereinzelt Fällen zur Anwendung kommt. Es ist anzunehmen, dass Durchdiener, welche ein Gesuch um Zulassung zum Zivildienst stellen, nicht besonders zahlreich sind. Es erscheint indessen angesichts der rechtspolitischen Bedeutung der Materie - so ist der derzeit geltende Kompromiss zur Möglichkeit der Leistung von Zivildienst auf der Basis des Tatbeweises das Ergebnis einer Kompromisslösung, um welche immer wieder gerungen worden ist - aber gerade auch aus demokratischer Sicht wünschbar, einen derartigen Systemwechsel nicht ohne einen hohen Grad an politischer Legitimation vorzunehmen (vgl. mutatis mutandis zu den Normanforderungen aufgrund der wirtschaftspolitischen Bedeutung und der Akzeptanz einer Regelung BGE 131 II 13 E. 6.4.2 und BVGE 2009/17 E. 8.2; Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 226, S. 151 mit Hinweisen; Georg Müller, Die Umschreibung des Inhalts der Bundesgesetze und die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen, in: LeGes - Gesetzgebung und Evaluation, 2000/3, S. 29 ff., insbes. S. 31 und S. 33 f.; Tschannen, BV-Kommentar, Rz. 7 f. zu Art. 164).

#### **E. 4.9**

Für die Frage der Normstufe ergibt sich daher, dass - wenn die Eingriffsschwere und die rechtspolitische Bedeutung als massgebend betrachtet werden - mit Art. 36a ZDV eine Verordnungsbestimmung erlassen wurde, welche aufgrund ihrer Eingriffsschwere in Form

einer Gesetzesnorm hätte erlassen werden sollen. Indessen kann angesichts der nachfolgenden Erwägungen offen gelassen werden, ob die Tatsache, dass die in Frage stehende Regelung einen sehr kleinen Adressatenkreis betrifft (vgl. E. 4.8 hiervor), gegen das Erfordernis einer formell-gesetzlichen Grundlage spricht. Dasselbe gilt für die Frage, ob die Tatsache, dass der Zivildienstleistende für die Dauer seiner Dienstpflicht in einem Sonderstatusverhältnis steht (vgl. dazu etwa das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-582/2012 vom 25. Oktober 2012 E. 2.3), auch für die Frage relevant ist, ob es für das Statuieren einer Pflicht zum Durchdienen einer formell-gesetzlichen Grundlage bedarf.

### **E. 5.1**

Stellt sich - wie vorliegend - die Frage nach der Gesetzmässigkeit einer durch den Bundesrat erlassenen, unselbständigen Verordnungsbestimmung, ist zu prüfen, ob sich diese an den Umfang der formellgesetzlichen Delegationsnorm hält (vgl. E. 2.2 hiervor; Pierre Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Aufl., Bern 2011, § 8 N 17). Ob die Verordnungsbestimmung im konkreten Fall von der Delegationsnorm gedeckt ist, ist durch Auslegung zu ermitteln, wobei sich das Gericht an den Grundsätzen und Regeln des übergeordneten Gesetzes zu orientieren hat (BGE 111 V 310 E. 2b; BVGE 2014/8 E. 3.2 f., BVGE 2010/49 E. 8.3.1). Bei der Auslegung ist insbesondere darauf zu achten, ob der Gesetzgeber dem Bundesrat einen weiten Ermessensspielraum zur Regelung der Materie auf Verordnungsstufe gegeben hat (BGE 131 II 162 E. 2.3 und 2.4). Ist dies der Fall, muss das erkennende Gericht schon unter Berücksichtigung des Anwendungsgebots i.S.v. Art. 190 BV den formellgesetzlich eingeräumten Ermessensspielraum respektieren und darf nicht sein eigenes Ermessen an Stelle jenes des Bundesrats setzen (vgl. E. 2.3 hiervor). Sprengt die Bestimmung hingegen den Rahmen der dem Bundesrat delegierten Kompetenzen in offensichtlicher Weise, so ist sie gesetzeswidrig und folglich nicht anwendbar (BGE 131 II 562 E. 3.2, BGE 126 II 522 E. 41); darauf basierende Verfügungen sind aufzuheben (vgl. zum Ganzen in Bezug auf die rechtliche Rahmenordnung für den Zivildienst das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5589/2011 vom 5. März 2012 E. 3.3).

### **E. 5.2**

Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut einer Gesetzesbestimmung. Ist dieser nicht klar, so ist auf die übrigen Auslegungselemente zurückzugreifen; abzustellen ist insbesondere auf die Entstehungsgeschichte einer Rechtsnorm, ihren Sinn und Zweck sowie die Bedeutung, die ihr im Kontext mit anderen Normen zukommt (vgl. statt vieler BGE 137 V 167 E. 3.1 und 131 II 697 E. 4.1; BVGE 2014/10 E. 3.2.6.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6086/2010 vom 16. Juni 2011 E. 4; Tschannen/Zimmerli/Müller, § 25 Rz. 3 f.; Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich 2012, Rz. 80 ff.). Eine verbindliche Rangfolge der zu berücksichtigenden Auslegungselemente ist der bundesgerichtlichen Rechtsprechung fremd. Vielmehr bekennt sich das Bundesgericht zum Methodenpluralismus, der keiner Auslegungsmethode einen grundsätzlichen Vorrang zuerkennt (BGE 140 IV 28 E. 4.3.1, 134 I 184 E. 5.1, 134 II 249 E. 2.3; vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N. 216 ff., und dazu insbesondere in Bezug auf die Bedeutung der historischen Auslegungsmethode kritisch Ernst A. Kramer, Juristische Methodenlehre, 4. Auflage, München/Wien/Bern 2013, S. 126 ff.).

### **E. 5.3**

Massgebliches Element der grammatikalischen Auslegung ist der Gesetzestext, wobei die Formulierungen einer Gesetzesnorm in den Amtssprachen Deutsch, Französisch und Italienisch gleichwertig sind. In allen drei Amtssprachen erscheint der Wortlaut von Art. 20 ZDG beim ersten Hinsehen klar: Der Bundesrat regelt die Mindestdauer und die zeitliche Abfolge der Zivildiensteinsätze, welche in einem oder mehreren Einsätzen geleistet werden können. Somit kommt dem Bundesrat eine Regelungskompetenz bezüglich Mindestdauer und zeitliche Abfolge der Diensteinsätze zu. Allerdings wird dabei in allen Landessprachen offen gelassen, ob eine Pflicht zur Beibehaltung des Durchdienermodells unter die Regelung der zeitlichen Abfolge bzw. der Mindestdauer der Einsätze zu subsumieren ist. Es sind daher zur Ermittlung des Gehalts der in Frage stehenden Bestimmung die weiteren Auslegungselemente heranzuziehen.

#### **E. 5.4**

Bei der systematischen Auslegung wird der Sinn einer Rechtsnorm bestimmt durch ihr Verhältnis zu anderen Rechtsnormen und durch den systematischen Zusammenhang, in dem sie sich in einem Gesetz bzw. einer Verordnung präsentiert. Betrachtet man den Gesetzesaufbau des ZDG näher, wird ersichtlich, dass die hier fragliche Bestimmung im dritten Kapitel aufgeführt ist, welches unter dem Titel "Leistung des Zivildienstes" Bestimmungen zur tatsächlichen Leistung des Zivildienstes enthält. Geregelt wird in diesem Kapitel die Vorbereitung der Einsätze (Art. 19), die "Aufteilbarkeit des Zivildienstes" (Art. 20), der Beginn des ersten Einsatzes (Art. 21) sowie das Aufgebot (Art. 22), der Abbruch (Art. 23) und eine allfällige Verschiebung des Dienstes (Art. 24). Das Generalsekretariat VBS weist in diesem Zusammenhang richtigerweise darauf hin, dass dieser Abschnitt auf Art. 9 Bst. d ZDG aufbaut, wonach ordentliche Zivildienstleistungen zu erbringen sind, bis die Gesamtdauer nach Art. 8 ZDG erreicht ist. Dabei fällt auf, dass innerhalb des dritten Kapitels einzig Art. 20 ZDG die grundsätzliche Art und Weise der Diensterbringung regelt, nämlich dass diese sowohl mit als auch ohne Unterbruch erbracht werden kann. Die systematische Auslegung spricht somit dafür, dass gestützt auf Art. 20 ZDG Bestimmungen erlassen werden dürfen, welche die generellen Bestimmungen des dritten Kapitels bezüglich zeitliche Abfolge und Dauer ergänzen und allenfalls näher ausführen. Bezüglich einer Verpflichtung zur Dienstleistung ohne Unterbruch lässt sich hingegen auch aus der Systematik nichts ableiten. Damit kann aber auch nicht geschlossen werden, dass eine Regelung wie die in Art. 36a ZDV getroffene der Systematik des ZDG widerspricht. Es stellt sich insoweit die Frage, welche Bedeutung Art. 10 ZDG zukommt. Nach dieser Bestimmung beginnt die Zivildienstpflicht, sobald der Entscheid für die Zulassung zum Zivildienst rechtskräftig geworden ist; gleichzeitig erlischt die Militärdienstpflicht. In der Botschaft zum Bundesgesetz über den zivilen Ersatzdienst vom 22. Juni 1994 (BB1 1994 1663) wird dazu erläuternd Folgendes festgehalten: "Zivildienst und Militärdienst schliessen sich gegenseitig aus. Im Moment des Beginns der Zivildienstpflicht endet die Militärdienstpflicht automatisch. Seitens der Militärbehörden wird keine Entlassung aus dem Militärdienst verfügt." Daraus kann aber wohl nicht der Schluss gezogen werden, dass nach der Zulassung zum Zivildienst in Bezug auf die Regelung der Zivildienstpflicht nicht an den militärischen Status (wie eben die Eigenschaft des Durchdieners) angeknüpft werden darf, was aber aufgrund der nachfolgenden Ausführungen letztlich offen bleiben kann.

#### **E. 5.5**

Die historische Auslegung stellt auf den Sinn und Zweck ab, den man einer Norm zur Zeit ihrer Entstehung gab. Eine Norm soll so gelten, wie sie vom Gesetzgeber vorgesehen

worden war (Häfelin/Haller/Keller, a.a.O., Rz. 101; differenzierend Kramer, a.a.O., S. 141 ff.). Die Gesetzesmaterialien können beigezogen werden, wenn sie auf die streitige Frage eine klare Antwort geben (BGE 140 IV 28 E. 4.3.1). Namentlich bei neueren Erlassen kommt den Materialien eine besondere Stellung zu, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung hier weniger nahe legen (BGE 131 II 697 E. 4.1).

### **E. 5.6**

In diesem Zusammenhang verweisen die Vorinstanz und das VBS einerseits auf Art. 20 ZDG und machen darüber hinaus geltend, dass Art. 5 ZDG heranzuziehen sei. In diesem Artikel werde festgestellt, dass die Belastung einer zivildienstleistenden Person durch die ordentlichen Zivildienstleistungen insgesamt derjenigen eines Soldaten in seinen Ausbildungsdiensten entsprechen müsse. Aufgrund des Grundsatzes der Gleichwertigkeit beider Dienste, und weil der Militärdienstleistende von seiner Wahl, den Dienst als Durchdiener zu leisten, nur ausnahmsweise zurücktreten könne (Art. 28 Abs. 3 der Weisungen des Chefs der Armee über das Durchdienen vom 23. Dezember 2010, abrufbar unter: <<<http://www.vtg.admin.ch/> > Mein Militärdienst > Stellungspflichtige und Rekruten > Durchdiener >>), müsse dies zum einen auch für den Zivildienstleistenden gelten. Zum anderen soll der Wechsel in den Zivildienst nach Ansicht der Vorinstanz und des VBS nicht dazu genutzt werden können, sich einem unterbruchsfreien Dienstleistungseinsatz zu entziehen.

### **E. 5.7**

Die Konsultation der Botschaft zur - am 1. Januar 2004 in Kraft getretenen - Änderung des Bundesgesetzes über den zivilen Ersatzdienst vom 21. September 2001 (AS 2003 4843 ff.) lässt einzig erkennen, dass bezüglich Aufteilbarkeit des Zivildienstes eine analoge Lösung zu den Durchdienern in der Armee bestehen soll, wobei die Anzahl der Durchdiener - anders als beim Militärdienst - nicht beschränkt werden soll (BBl 2001 6188). Weitere Informationen lassen sich in den Materialien bezüglich dem Zivildienst nicht finden. Auch im Bereich der Militärgesetzgebung lässt sich aus den Botschaften vom 7. März 2008 (BBl 2008 3213), vom 19. August 2009 (BBl 2009 5917) sowie dem Armeeleitbild XXI (BBl 2002 967) einzig vernehmen, dass am Durchdienermodell festgehalten werden soll. Die Tatsache, dass eine Zulassung zum Zivildienst für einen durchdienenden Militärdienstpflichtigen nicht zu einem Wechsel ins WK-Modell führt, ist demgegenüber im Bereich der Militärgesetzgebung erst in Art. 25 der Weisungen des Chefs der Armee über das Durchdienen vom 23. Dezember 2010 parallel zum Erlass von Art. 36a ZDV vermerkt. In diesem Sinne ist auch bezeichnend, dass die Zivildienstgesetzgebung insoweit im Rahmen der Einführung des Durchdienerstatus gerade nicht im Sinne des heutigen Art. 36a ZDV angepasst worden ist (vgl. E. 4.7 hiervor). Vorliegend entscheidend sind die Materialien zu Art. 20 ZDG. Dazu heisst es in der Botschaft des Bundesrates - wie unter E. 4.7 hiervor ausgeführt - einzig, dass bezüglich Aufteilbarkeit des Zivildienstes eine analoge Lösung zu den Durchdienern in der Armee bestehen soll, wobei die Anzahl der Durchdiener - anders als beim Militärdienst - nicht beschränkt werden soll (BBl 2001 6188). Aus den Materialien geht somit der gesetzgeberische Wille hervor, die Dienstmodelle im Zivildienst an diejenigen des Militärdienstes anzupassen. Es soll also sowohl im Militärdienst als auch im Zivildienst möglich sein, den Einsatz unterbruchsfrei, d.h. als Durchdiener, oder aber im WK-Modell zu leisten. Als von ausschlaggebender Bedeutung erweist sich in diesem Zusammenhang - wie in Erwägung 4.7 bereits ausgeführt - die bundesrätliche Botschaft zu Art. 20 ZDG, wonach "auch im Zivildienst die

Möglichkeit bestehen soll, den Dienst 'am Stück' zu absolvieren" (BBl 2001 6188; Hervorhebung durch das Gericht). Mehr und Anderes lässt sich aus den Materialien nicht ableiten. So lassen sich insbesondere keine Anhaltspunkte finden, wonach die Einteilung bezüglich der Diensterbringung im Militärdienst für diejenige im Zivildienst massgebend sein soll. Der Gesetzgeber hat dem Bundesrat mit der Delegationsnorm von Art. 20 ZDG nicht die Aufgabe zugewiesen, eine Bestimmung, welche über die Möglichkeit hinausgehend auch eine Pflicht zum "Durchdienen" für Zivildienstleistende umfasst, zu erlassen. Gegen diese Auslegung ohne klare dahingehende Hinweise in den Materialien spricht auch die Eingriffsschwere der in Art. 36a ZDV getroffenen Regelung (vgl. dazu E. 4.5 ff. hiervor). Diese ist demnach von Art. 20 ZDG allein als Delegationsnorm aufgrund der Materialien nicht gedeckt.

### **E. 5.8**

Es stellt sich nun die Frage, ob Art. 20 ZDG in Verbindung mit Art. 5 ZDG als hinreichende Delegationsnorm verstanden werden kann. Nach dieser Bestimmung soll die Belastung eines Zivildienstleistenden insgesamt derjenigen eines Soldaten in seinen Ausbildungsdiensten entsprechen. In diesem Zusammenhang ist allerdings auf den Kontext des Erlasses von Art. 36a ZDV hinzuweisen. Diese Norm ist gemäss der bundesrätlichen Medienmitteilung vom 10. Dezember 2010 Teil eines Gesamtpakets mit dem Titel "Erschwerter Zugang zum Zivildienst". Diese Teilrevision der ZDV bezweckt eine Reduktion der Anzahl der Gesuchsteller. Zur Begründung wird ausgeführt, weil auch im Jahre 2010 7'000 Zivildienstgesuche eingehen würden bzw. eingereicht worden seien, habe der Ständerat sowie die Sicherheitspolitischen Kommissionen beider Räte Massnahmen zur "Attraktivitätsreduktion" gefordert (<https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=36717>), zuletzt besucht am 27. Oktober 2014). Mit dieser "Attraktivitätsreduktion" wird mehr intendiert als die blosse Fairness im Vergleich zur Belastung der Angehörigen der Armee, wie sie in Art. 5 ZDG statuiert wird. Zudem kann allein aus der Tatsache, dass die Belastung einer zivildienstleistenden Person insgesamt derjenigen eines Soldaten entsprechen muss, nicht geschlossen werden, dass die Wahl des Dienstmodells im Militärdienst zwingend auch für den Zivildiensteinsatz massgebend sein soll, wenn die zeitliche Belastung insgesamt gleichwertig ist. Schliesslich kann bezüglich der Frage, ob der Bundesrat mit Art. 36a ZDV seine Verordnungskompetenz überschritten hat oder nicht, festgehalten werden, dass sich Art. 5 ZDG nicht zu einer Verordnungskompetenz äussert und insbesondere keine Delegation enthält. Es handelt sich um einen Grundsatz, nicht aber um eine Delegationsnorm. In diesem Sinne darf die unselbständige Verordnungsnorm keine neuen, nicht schon aus dem Gesetz folgenden Pflichten auferlegen, und zwar selbst dann nicht, wenn diese Ergänzungen mit dem Zweck des Gesetzes - in casu also Art. 5 ZDG - in Einklang stehen (BGE 136 I 29 E. 3.3; BVGE 2014/8 E. 2.3).

### **E. 5.9**

Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen der verschiedenen Auslegungselemente kann im Ergebnis festgehalten werden, dass der Betrachtungsweise der Vorinstanz nicht gefolgt werden kann. Zusammenfassend ist demnach festzuhalten, dass sich Art. 36a ZDV, welcher für Zivildienstleistende, die zum Zeitpunkt ihrer Anmeldung zum Zivildienst als Durchdiener gemeldet waren, die Pflicht zur Leistung eines unterbrochsfreien Zivildiensteinsatzes vorsieht, als gesetzwidrig erweist, weshalb dieser Bestimmung die Anwendung zu versagen und die darauf basierende Verfügung der Vorinstanz vom 8.

Januar 2014 aufzuheben ist. In diesem Sinne ist die Beschwerde gutzuheissen.

**E. 6**

Gemäss Art. 65 Abs. 1 ZDG ist das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht kostenlos, sofern es sich nicht um eine mutwillige Beschwerdeführung handelt. Es werden keine Parteientschädigungen ausgerichtet.

**E. 7**

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.