



Abteilung II
B-4536/2022

Urteil vom 12. Dezember 2022

Besetzung

Richterin Vera Marantelli (Vorsitz),
Richter Jean-Luc Baechler, Richter Christian Winiger,
Gerichtsschreiberin Katharina Niederberger.

Parteien

1. **X.** _____,
2. **Y.** _____,
Beschwerdeführer,

gegen

Bundesamt für Zivildienst ZIVI,
Regionalzentrum Aarau,
Bahnhofstrasse 29, Postfach, 5000 Aarau,
Vorinstanz.

Gegenstand

Abbruch des Zivildiensteinsatzes
(Verfügung vom 3. Oktober 2022).

Sachverhalt:**A.**

A.a Die X. _____ (nachfolgend: Beschwerdeführerin 1) ist seit dem 7. Dezember 2011 als Einsatzbetrieb des Zivildienstes anerkannt.

A.b Y. _____ (nachfolgend: Beschwerdeführer 2) wurde mit Verfügungen der Vorinstanz vom 20. Januar 2022 zum Zivildienst zugelassen und zur Leistung von 177 Diensttagen verpflichtet.

B.

B.a Mit Verfügungen vom 31. März 2022 bot die Vorinstanz den Beschwerdeführer 2 für die Dauer vom 22. August 2022 bis 8. März 2023 zu einem Zivildiensteinsatz bei der Beschwerdeführerin 1 auf und verpflichtete ihn, zwei Ausbildungskurse zu absolvieren. Gemäss Einsatzvereinbarung vom 23. März 2022 liegt der Einsatzbereich des Beschwerdeführers 2 in der Kinderbetreuung in- und ausserhalb des Unterrichts.

B.b Der Beschwerdeführer 2 trat seinen Zivildiensteinsatz am 22. August 2022 an. Vom 13. September 2022 bis zum 4. Oktober 2022 war er unfallbedingt zu 100 % arbeitsunfähig. Anlässlich der telefonischen Nachbesprechung zur Inspektion vom 19. September 2022 erfuhr die Vorinstanz von der Beschwerdeführerin 1, dass der Beschwerdeführer 2 vor seinem Zivildiensteinsatz für die Dauer von zehn Wochen (zwischen Ostern 2022 und den Sommerferien 2022) im Stundenlohn als Klassenassistent bei der Beschwerdeführerin 1 angestellt war.

B.c Mit E-Mail vom 20. September 2022 hielt die Vorinstanz fest, der Beschwerdeführer 2 habe nach Unterzeichnung der Einsatzvereinbarung, "jedoch zwölf Monate vor Einsatzbeginn", im Stundenlohn als Klassenassistent für die Beschwerdeführerin 1 gearbeitet. Weil ein Zivildiensteinsatz unter solchen Voraussetzungen nicht erlaubt sei, beabsichtige sie, den Einsatz rückwirkend abubrechen. Die Vorinstanz gewährte den Beschwerdeführenden das rechtliche Gehör und setzte ihnen Frist an zur Stellungnahme.

B.d Anlässlich zehn telefonischer Kontakte, welche zwischen dem 21. September 2022 und dem 4. Oktober 2022 stattfanden, sprachen sich die Beschwerdeführenden gegen den beabsichtigten Einsatzabbruch aus. Im Rahmen dieser Telefonate erläuterte die Vorinstanz den Beschwerdeführenden die rechtlichen Grundlagen für den beabsichtigten Einsatzabbruch und klärte sie über das Beschwerderecht an die Rechtsmittelinstanz auf.

B.e Mit per E-Mail übermittelter Stellungnahme vom 23. September 2022 führte der Beschwerdeführer 2 im Wesentlichen aus, die Beschwerdeführerin 1 habe ihn am 25. April 2022 kontaktiert und angefragt, ob er im Sinne einer Notlösung jeweils am Montag- und Freitagmorgen im Kindergarten aushelfen könne. Er habe keine Sekunde daran gedacht, dass dies angesichts des geplanten Zivildiensteinsatzes unzulässig sein könnte. Er sei sehr motiviert und die Kinder und Lehrkräfte seien auf seine Unterstützung angewiesen. Ausserdem sei zu berücksichtigen, dass die Schule infolge der Personalnot innert nützlicher Frist keinen Ersatz finden werde.

C.

Am 3. Oktober 2022 verfügte die Vorinstanz rückwirkend per 19. September 2022 den Zivildienstabbruch. Sie erwog im Wesentlichen, der Beschwerdeführer 2 sei bei der Beschwerdeführerin 1 in den zwölf Monaten vor Einsatzbeginn einer bezahlten Tätigkeit nachgegangen. Der Zivildiensteinsatz sei aufgrund dessen nicht erlaubt. Da die frühere Anstellung erst im Verlauf des Zivildiensteinsatzes bekannt geworden sei, liege ein wichtiger Grund vor, um den Einsatz rückwirkend per Datum der Kenntnisnahme abzubrechen.

D.

Gegen diese Verfügung erhoben die Beschwerdeführenden am 7. Oktober 2022 gemeinsam Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragen sinngemäss, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und es sei anstelle des verfügten Einsatzabbruchs ein Verweis oder eine Ermahnung auszusprechen. Der Verstoss sei unabsichtlich erfolgt. Bei der Beurteilung des Einsatzabbruchs seien die nachteiligen Auswirkungen auf die Kinder sowie auf die Lehr- und Betreuungspersonen mitzuberoücksichtigen.

E.

In ihrer Vernehmlassung vom 20. Oktober 2022 hält die Vorinstanz im Wesentlichen fest, der Beschwerdeführer 2 habe unbestrittenermassen kurze

Zeit vor seinem Zivildiensteinsatz gegen Entgelt für die Beschwerdeführerin 1 gearbeitet. Dass sich die Beschwerdeführenden über die Konsequenzen dieser Anstellung nicht im Klaren gewesen seien, ändere nichts an der Beurteilung.

F.

Mit Telefonat vom 7. November 2022 und Schreiben vom 8. November 2022 erklärten die Beschwerdeführenden ihren Verzicht auf die Einreichung einer Replik.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

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

1.2 Die Beschwerdeführerin 1 und der Beschwerdeführer 2 sind als Adressaten durch die angefochtene Verfügung vom 3. Oktober 2022 besonders berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. 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 übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen ebenfalls vor (Art. 44 ff. VwVG).

1.3 Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

2.

2.1 Nach Art. 4a Bst. a Ziff. 1 ZDG sind Einsätze nicht erlaubt in einer Institution, für welche die zivildienstpflichtige Person bereits ausserhalb des Zivildienstes gegen Entgelt oder im Rahmen einer Aus- oder Weiterbildung tätig ist oder während des vorangehenden Jahres tätig war.

2.2 Gemäss 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 möglich 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).

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).

3.

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, namentlich 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.

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 abzurechnen. 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.)

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 Personalmanagements erfolgt. Dadurch sei zwar gegen die Einsatzvereinbarung verstossen worden, jedoch sei dies unabsichtlich geschehen. In die Beurteilung sei miteinzubeziehen, dass ein Abbruch des Zivildiensteinsatzes 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 Zivildiensteinsatz abzurechnen (Beschwerdeschrift).

4.

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, 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

2015/2 E. 4.3; Pierre TSCHANNEN/MARKUS MÜLLER/MARKUS KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2022, Rz. 583; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 407).

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 Zivildiensteinsatz 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.

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 Zivildiensteinsatz im Einzelfall ausnahmsweise zu genehmigen und im Gegenzug die zivildienstpflichtige Person wahlweise mit einer Disziplinar massnahme 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).

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

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

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]).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Es werden keine Parteientschädigungen ausgerichtet.

4.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführer 1 und 2, die Vorinstanz und an das Bundesamt für Zivildienst ZIVI, Zentralstelle.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Vera Marantelli

Katharina Niederberger

Versand: 14. Dezember 2022

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin 1 (Einschreiben;
Beilagen: Beschwerdebeilagen zurück)
- Beschwerdeführer 2 (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Einschreiben)
- das Bundesamt für den Zivildienst ZIVI, Zentralstelle,
Malerweg 6, 3600 Thun (Einschreiben; Beilagen: Vorakten zurück)