



Urteil vom 12. Mai 2017

Besetzung

Richter Hans Urech (Vorsitz),
Richterin Maria Amgwerd, Richter Pietro Angeli-Busi,
Gerichtsschreiber Thomas Reidy.

Parteien

X. _____,
vertreten durch lic. iur. Christian Lörli, Rechtsanwalt,
Muri Rechtsanwälte AG,
Schmidstrasse 9, 8570 Weinfelden,
Beschwerdeführer,

gegen

Vollzugsstelle für den Zivildienst ZIVI,
Zentralstelle,
Malerweg 6, 3600 Thun,
Vorinstanz.

Gegenstand

Vorzeitige Entlassung aus dem Zivildienst
(Verfügung vom 16. Juni 2016).

Sachverhalt:**A.**

Am 29. April 2009 ersuchte X. _____ (Beschwerdeführer) die Zentralstelle der Vollzugsstelle für den Zivildienst (Vollzugsstelle, Vorinstanz) um Zulassung zum Zivildienst.

B.

Mit Verfügung vom 8. Juni 2009 liess die Vorinstanz den Beschwerdeführer zum Zivildienst zu und legte die Gesamtdauer seiner ordentlichen Dienstleistungen auf 386 Tage fest. Davon hat er bis anhin 27 Tage absolviert (Einführungskurs 2009 und Ersteinsatz 2010).

C.

Obwohl am 31. März 2015 ein Gespräch zwischen dem Beschwerdeführer und dem Regionalzentrum Rüti (nachfolgend: Regionalzentrum) betreffend die Einsatzpflicht 2015 zur Leistung des langen Einsatzes stattfand, hatte der Beschwerdeführer die entsprechende Einsatzplanung nicht bestätigt und im Jahre 2015 auch keinen Einsatz geleistet.

Im Rahmen des inzwischen abgeschlossenen Beschwerdeverfahrens B-238/2016 bestätigte der Beschwerdeführer im Schreiben vom 4. Januar 2016 folgenden Vorschlag einer verbindlichen Einsatzplanung:

2016: 89 Tage

2017: 96 Tage

2018: 70 Tage

2019: 26 Tage

2020: 26 Tage

2021: 26 Tage

2022: 26 Tage

Am 29. Januar 2016 gingen beim Regionalzentrum zwei Einsatzvereinbarungen für zwei Zivildiensteinsätze beim Einsatzbetrieb Flughafengefängnis in Zürich für die Jahre 2016 und 2017 ein. Entsprechend wurde der Beschwerdeführer mit Verfügungen des Regionalzentrums vom 15. März 2016 zur Leistung des langen Einsatzes in zwei Teilen (Jahre 2016 und 2017) aufgeboden. Gleichentags erging auch ein Aufgebot zum Ausbildungskurs "Kommunikation und Betreuung (KoBe)".

Nachdem der Beschwerdeführer gegenüber dem Regionalzentrum am 18. Mai 2016 telefonisch erwähnt hatte, er könne aus beruflichen Gründen

keinen Zivildienst leisten und dieser mache ihn zudem psychisch krank, reichte er am 9. Juni 2016 ein Gesuch um vorzeitige Entlassung aus dem Zivildienst aus medizinischen Gründen ein. Seinem Schreiben hatte er eine Bestätigung seiner Arbeitgeberin vom 2. Juni 2016 und ein ärztliches Zeugnis von Dr. med. Y. _____, FMH Psychiatrie und Psychotherapie, vom 2. Juni 2016 beigelegt. Letzteres bescheinigt ihm, er sei aus fachärztlich-psychiatrischer Sicht nicht diensttauglich, wobei aktuell auch seine Arbeit als Zimmermann und Geschäftsführer der Z. _____ GmbH vom Krankheitsgeschehen bedroht sei. Da die Gefahr von Kurzschlusshandlungen bestehen würden, sei dringend empfohlen, den Beschwerdeführer von der Zivildienstpflicht zu entbinden.

D.

Mit Verfügung vom 16. Juni 2016 wies die Vorinstanz das Gesuch des Beschwerdeführers um vorzeitige Entlassung aus dem Zivildienst ab.

Mit Verfügung vom 22. Juni 2016 widerrief das Regionalzentrum das Kursaufgebot "Kommunikation und Betreuung" vom 22. Juni 2016 und unterbreitete ihm neue Daten für die Absolvierung des Kurses.

E.

Diese Verfügungen ficht der Beschwerdeführer mit Beschwerde vom 15. August 2016 beim Bundesverwaltungsgericht und beantragt Folgendes:

1. Die Verfügung der Vorinstanz vom 16. Juni 2016 betreffend das Gesuch um vorzeitige Entlassung aus medizinischen Gründen, die abgelehnt wurde, sei aufzuheben.
2. Die Sache sei unter Anordnung einer vertrauensärztlichen Untersuchung und zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Eventualiter sei die vertrauensärztliche Untersuchung durch das Bundesverwaltungsgericht anzuordnen und der Beschwerdeführer sei vorzeitig aus dem Zivildienst zu entlassen.
4. Das Aufgebot zum Kurs "Kommunikation und Betreuung" vom 22. Juni 2016 sei aufzuheben.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vorinstanz.

F.

Das Beschwerdeverfahren hinsichtlich der Anfechtung des Aufgebots zum Kurs "Kommunikation und Betreuung" wurde unter der Geschäftsnummer

B-5011/2016 geführt. Nach Rückzug des entsprechenden Rechtsbegehrens wurde dieses Verfahren mit Entscheid vom 15. November 2016 als erledigt abgeschrieben.

G.

In ihrer Vernehmlassung vom 16. September 2016 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde betreffend vorzeitige Entlassung aus dem Zivildienst.

H.

In der Replik vom 10. November 2016 hält der Beschwerdeführer genauso an seinen Anträgen fest, wie die Vorinstanz in der Duplik vom 6. Dezember 2016 an ihren.

I.

Auf die entscheidwesentlichen Vorbringen der Verfahrensbeteiligten wird in den nachfolgenden Erwägungen näher eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 63 Abs. 1 des Zivildienstgesetzes vom 6. Oktober 1995 (ZDG, SR 824.0) ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

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

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

1.4 Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

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

2.2 Am 29. April 2009 ersuchte der Beschwerdeführer um Zulassung zum Zivildienst. Mit Verfügung vom 8. Juni 2009 wurde sein Gesuch gutgeheissen. Nach unbenutztem Ablauf der 30-tägigen Beschwerdefrist erwuchs der Zulassungsentscheid in formelle Rechtskraft. Damit begann gemäss Art. 10 ZDG die Zivildienstpflicht des Beschwerdeführers, während gleichzeitig seine Militärdienstpflicht erlosch.

3.

Anfechtungsgegenstand im vorliegenden Verfahren ist die Verfügung vom 16. Juni 2016, mit welcher die Vorinstanz das Gesuch des Beschwerdeführers um vorzeitige Entlassung aus dem Zivildienst aus medizinischen Gründen abgewiesen hat.

4.

4.1 Art. 11 ZDG regelt das Ende der Zivildienstpflicht. Gestützt auf Art. 11 Abs. 3 ZDG verfügt die Vollzugsstelle die vorzeitige Entlassung aus dem Zivildienst insbesondere bei voraussichtlicher dauernder Arbeitsunfähigkeit des Pflichtigen. Ausführungsbestimmungen zu Art. 11 Abs. 3 ZDG finden sich in Art. 18 der Zivildienstverordnung vom 11. September 1996 (ZDV, SR 824.01) ZDV. Beide Vorschriften wurden per 1. Juli 2016 revidiert. Da die angefochtene Verfügung am 16. Juni 2016 ergangen war, stellt sich die Frage nach dem anwendbaren Recht.

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

ANDRÉ MOSER / MICHAEL BEUSCH / LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. A., 2013, N. 2.203 m.H.).

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

4.4 Art. 11 Abs. 3 Bst. a ZDG entspricht wörtlich Art. 11 Abs. 3 Bst. a des ZDG in der bis zum 30. Juni 2016 gültigen Fassung (aZDG, AS 1996 1445):

³ Die Vollzugsstelle verfügt die vorzeitige Entlassung aus dem Zivildienst, wenn die zivildienstpflichtige Person:

- a. voraussichtlich dauernd arbeitsunfähig ist.

Per 1. Juli 2016 wurde ein neuer Bst. b in Art. 11 Abs. 3 ZDG eingefügt, welcher wie folgt lautet:

- b. gesundheitlich beeinträchtigt ist und für sie im Zivildienst keine mit der Beeinträchtigung vereinbare Einsatzmöglichkeit besteht.

Die Botschaft vom 27. August 2014 zur Änderung des ZDG hält zu Bst. b Folgendes fest (BBl 2014 6741, 6764 f.; nachfolgend „Botschaft“):

In der Praxis hat sich gezeigt, dass in Einzelfällen für Zivildienstpflichtige mit gesundheitlichen Beeinträchtigungen keine geeigneten Einsatzmöglichkeiten bestehen, auch wenn sie im Zivilleben an Arbeitsplätzen, die speziell auf ihre Situation ausgerichtet sind, arbeitsfähig sind. Es ist deshalb nicht sachgerecht, wenn die vorzeitige Entlassung aus gesundheitlichen Gründen allein gestützt auf die voraussichtlich dauerhafte Arbeitsunfähigkeit möglich ist. In Buchstabe b ist nur eine minime Ausdehnung der Entlassungsmöglichkeiten vorgesehen, die, wie die bisherige Vollzugserfahrung zeigt, nur in den seltenen Ausnahmefällen zum Zug kommen soll, für die bisher eine Lösung fehlte. Zur Abklärung der gesundheitlichen Beeinträchtigung wird stets eine ärztliche Untersuchung anzuordnen sein (vgl. Art. 33 Abs. 1).

Das Bundesverwaltungsgericht hat bereits im Urteil B-4264/2016 vom 25. November 2016 (E. 7.4; bestätigt in B-4311/2015 vom 1. März 2017, E. 2.3) entschieden, dass Art. 11 Abs. 3 Bst. b ZDG ein öffentliches Interesse erfüllt, da die Norm eine zusätzliche Entlassungsmöglichkeit für Fälle schafft, in denen geeignete Einsatzmöglichkeiten fehlen. Überdies könnte sie möglicherweise eine Verbesserung der Rechtsstellung des Betroffenen bewirken, weshalb es sich auch im vorliegenden Fall aufdrängt, die Be-

stimmung anzuwenden. Entsprechend ist auch der gestützt auf die Gesetzesänderung angepasste Artikel 18 ZDV in der ab 1. Juli 2016 geltenden Fassung anwendbar.

4.5 Art. 18 ZDV bezieht sich auf eine allfällige Arbeitsunfähigkeit und gesundheitliche Beeinträchtigung einer zivildienstpflichtigen Person. Dessen Abs. 1 lautet wie folgt:

¹ Die Vollzugsstelle kann eine zivildienstpflichtige Person auf deren begründetes und mit den notwendigen Beilagen versehenes Gesuch um vorzeitige Entlassung hin oder von Amtes wegen von einer Vertrauensärztin oder einem Vertrauensarzt untersuchen lassen.

Die Absätze 2 bis 6 konkretisieren die vertrauensärztliche Beurteilung und die Modalitäten des entsprechenden Verfahrens. Die revidierten Absätze 7 und 8 von Art. 18 ZDV entsprechen inhaltlich den Absätzen 3 und 4 von Art. 11 ZDV in der bis zum 30. Juni 2016 gültigen Fassung (aZDV, AS 2003 5215) haben inhaltlich keine materiellen Änderungen erfahren. Sie lauten:

⁷ Als dauernd arbeitsunfähig gilt insbesondere eine zivildienstpflichtige Person, der von den zuständigen Stellen ein Invaliditätsgrad von mindestens 70 Prozent bescheinigt wurde. In diesem Fall erfolgt kein Beizug einer Vertrauensärztin oder eines Vertrauensarztes durch die Vollzugsstelle.

⁸ Die Vollzugsstelle kann eine zivildienstpflichtige Person als dauernd arbeitsunfähig bezeichnen, wenn sie unter einer schweren Krankheit mit schubhaftem Verlauf oder periodischen Auftreten leidet, die wiederholt zu Phasen der Arbeitsunfähigkeit führt. Sie zieht dazu eine Vertrauensärztin oder einen Vertrauensarzt bei.

5.

5.1 In seinem ärztlichen Zeugnis vom 2. Juni 2016, welches der Beschwerdeführer seinem Gesuch um vorzeitige Entlassung aus dem Zivildienst beilegte, hielt Dr. med. Y. _____ (FMH Psychiatrie und Psychotherapie) Folgendes fest:

Diagnosen: Akute Belastungssituation mit vorwiegend depressiver Symptomatik, beginnender Übergang in chronifizierte Depression (ICD-10: F4; F 32)., mit Oppressionsgefühlen, Gedankenkreisen, chronischen Schlafstörungen, Existenzängsten und Schuld- und Versagens-Gefühlen bis hin zur latenten Suizidalität.

Unter dem Titel "abschliessende Beurteilung" führte Dr. med. Y. _____ aus:

Herr X. _____ ist aus meiner Sicht nicht diensttauglich, und er ist latent suizidgefährdet. Wie schon ausgeführt: Ohnmachtsgefühle mischen sich mit Schuldgefühlen gegenüber den Mitarbeitern – und dieses Denken entwickelt einen zunehmend gefährlichen Sog; es drohen Kurzschluss-Handlungen. (...) Aktuell ist auch die Arbeit als Zimmermann (und Geschäftsführer der Z. _____ GmbH) vom Krankheitsgeschehen bedroht.

Aus meiner fachärztlich-psychiatrischen Sicht ist Herr X. _____ nicht diensttauglich. Es besteht die Gefahr von Kurzschluss-Handlungen. Ich empfehle dringend, Herrn X. _____ von der Zivildienstpflicht zu entbinden.

Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens reichte der Beschwerdeführer zudem zwei Zeugnisse von Dr. med. Y. _____ ein, mit welchen eine 100-prozentige Arbeitsunfähigkeit vom 3. bis 10. Oktober 2016 bescheinigt wurde. Gemäss den Ausführungen des Beschwerdeführers in der Stellungnahme vom 10. November 2016 konnte er anschliessend seine Arbeit wieder aufnehmen.

5.2 Die Vorinstanz ist der Auffassung, das Kriterium für eine vorzeitige Entlassung aus dem Zivildienst gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. a ZDG sei nicht das Bestehen der Möglichkeit, dass die zivildienstpflichtige Person voraussichtlich dauerhaft arbeitsunfähig sein werde, sondern vielmehr, dass sie voraussichtlich dauerhaft arbeitsunfähig sei. Der Facharzt habe in seinem Zeugnis keine bestehende Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers bestätigt. Auch werde keine wiederholte bisherige, gegenwärtige konkret zu erwartende voraussichtliche Arbeitsunfähigkeit im Sinne von Art. 18 Abs. 4 aZDV attestiert. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit habe die Vorinstanz darauf verzichtet, den Beschwerdeführer vertrauensärztlich untersuchen zu lassen.

5.3 Aufgrund der sich bietenden Aktenlage kann unbestrittenermassen davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer nach seiner 100-prozentigen Arbeitsunfähigkeit vom 3. bis 10. Oktober 2016 wieder arbeitsfähig ist. Für die Vorinstanz und die Zentralstelle reichte dies, um das Gesuch um vorzeitige Entlassung aus medizinischen Gründen ohne vertrauensärztliche Untersuchung abzuweisen.

Der Beschwerdeführer macht demgegenüber geltend, er sei dem Druck, Zivildienst leisten zu müssen, nicht gewachsen und werde aufgrund dieser psychischen Belastung arbeitsunfähig.

Der Facharzt hält in seinem ärztlichen Zeugnis vom 2. Juni 2016 fest, dass der Beschwerdeführer latent suizidgefährdet sei. Gerade die zunehmende Besorgnis, die Firma mit seinem Einrücken in den Zivildienst in den Konkurs zu treiben, würde bei ihm ein Lähmungsgefühl bewirken. Aus der Sicht des Facharztes ist der Beschwerdeführer dienstuntauglich, zumal die Gefahr von Kurzschlusshandlungen bestehen würden. Es liegt somit eine Einschätzung eines Facharztes vor, welche die Arbeits- bzw. die Einsatzfähigkeit des Beschwerdeführers im Zivildienst klar in Zweifel zieht.

Selbst wenn beim Beschwerdeführer im jetzigen Zeitpunkt eine dauerhafte Arbeitsunfähigkeit (vgl. Art. 11 Abs. 3 Bst. a ZDG) verneint werden könnte, müsste mit Blick auf die revidierte Bestimmung von Art. 11 Abs. 3 Bst. b ZDG abgeklärt werden, ob der Beschwerdeführer gesundheitlich beeinträchtigt ist, und falls ja, ob eine mit der Beeinträchtigung vereinbare Einsatzmöglichkeit besteht.

Unter diesem Blickwinkel wurde der Sachverhalt noch nicht geprüft, weshalb die Vollzugsstelle dies nachholen muss. Eine erstmalige Beurteilung durch das letztinstanzlich entscheidende Bundesverwaltungsgericht verbietet sich, auch wegen der spezifischen Kenntnisse der Vorinstanz (vgl. Urteile des BVGer B-4264/2016 vom 25. November 2016 E. 9.3 und B-4311/2015 vom 1. März 2017 E. 3.3 ff.).

5.4 Angesichts des fachärztlichen Attests vom 2. Juni 2016 wird die Vollzugsstelle nicht umhin kommen, den Beschwerdeführer von einer Vertrauensärztin oder einem Vertrauensarzt untersuchen zu lassen, zumal der Beschwerdeführer im Rahmen des Beschwerdeverfahrens ein entsprechendes Gesuch gestellt hat (vgl. Art. 18 Abs. 1 ZDV). Die Vertrauensärztin bzw. der Vertrauensarzt wird unter anderem das Ausmass der Arbeitsfähigkeit und der gesundheitlichen Beeinträchtigung beim Beschwerdeführer auch mit Blick auf einen Zivildiensteinsatz beurteilen müssen (Art. 18 Abs. 2 Bst. a und b ZDV). Weiter wird eine Einschätzung abzugeben sein, welche Einsatzmöglichkeiten mit der geltend gemachten gesundheitlichen Beeinträchtigung vereinbar sind (Art. 18 Abs. 2 Bst. c ZDV).

6.

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

7.

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

8.

Gegen diesen Entscheid steht die Beschwerde an das Bundesgericht nicht offen, weshalb er endgültig ist (Art. 83 Bst. i des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005, BGG, SR 173.110).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die angefochtene Verfügung wird aufgehoben und die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben; Beschwerdebeilagen zurück)
- die Vorinstanz (Ref-Nr.; Einschreiben; Vorakten zurück)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Hans Urech

Thomas Reidy

Versand: 16. Mai 2017