

2022 I/4

Auszug aus dem Urteil der Abteilung II
i.S. X. gegen Bundesamt für Zivildienst
B-1897/2022 vom 15. September 2022

Zivildienst. Berechnung der Zivildiensttage für militärische Durchdiener. Legalitätsprinzip.

Art. 5 Abs. 1, Art. 164 Abs. 1 BV. Art. 42 Abs. 2, Art. 54a MG. Art. 8 Abs. 1, Art. 20 ZDG. Art. 27 Abs. 4 Bst. a ZDV. Art. 47 Abs. 1 Bst. a VMDP.

1. Bei einem Wechsel zum Zivildienst wird die Anzahl der zu leistenden Militärdiensttage maximal mit dem Faktor 1,5 multipliziert. Bei einer militärischen Einteilung im Dienstmodell mit Wiederholungskursen ergeben sich für die zivildienstpflichtige Person maximal 368 und im Durchdienermodell 450 Zivildiensttage (E. 2.1–2.3 und 4.1).
2. Unabhängig von der Einteilung im jeweiligen militärischen Modell kann der Dienstpflichtige gemäss Zivildienstrecht seinen gesamten Zivildiensteinsatz mit oder ohne Unterbruch leisten (E. 4.3).
3. Eine Einwilligung zum militärischen Durchdienermodell darf nach dem Vertrauensprinzip nicht so verstanden werden, dass damit gleichzeitig auch die Zustimmung für einen deutlich längeren Zivildienst erteilt wird (E. 4.4.2).
4. Um dem Legalitätsprinzip zu genügen, bedürfte die generelle Übernahme des militärischen Durchdienerstatus für die Berechnung der ordentlichen Zivildienstleistungen einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage (E. 5.2).

Service civil. Calcul du nombre de jours de service civil des militaires en service long. Principe de la légalité.

Art. 5 al. 1, art. 164 al. 1 Cst. Art. 42 al. 2, art. 54a LAAM. Art. 8 al. 1, art. 20 LSC. Art. 27 al. 4 let. a OSCi. Art. 47 al. 1 let. a OMi.

1. En vue du remplacement du service militaire par le service civil, le nombre de jours de service militaire à accomplir est multiplié par un facteur de 1,5 au maximum. Le nombre de jours de service civil à accomplir n'excède ainsi pas 368 en cas de service militaire

avec cours de répétition et 450 en cas de service militaire long (consid. 2.1–2.3 et 4.1).

2. Quel que soit le modèle de service militaire, la législation en matière de service civil permet à la personne astreinte d'accomplir son service civil avec ou sans interruption (consid. 4.3).
3. Il est contraire au principe de la confiance de considérer que le consentement au service militaire long porte également sur l'accomplissement d'un service civil d'une durée sensiblement plus longue (consid. 4.4.2).
4. Pour être conforme au principe de la légalité, la reprise du statut de militaire en service long comme base de calcul de la durée du service civil ordinaire devrait reposer sur une base légale suffisante (consid. 5.2).

Servizio civile. Calcolo dei giorni di servizio civile per i militari in ferma continuata. Principio della legalità.

Art. 5 cpv. 1, art. 164 cpv. 1 Cost. Art. 42 cpv. 2, art. 54a LM. Art. 8 cpv. 1, art. 20 LSC. Art. 27 cpv. 4 lett. a OSCi. Art. 47 cpv. 1 lett. a OOPSM.

1. In caso di passaggio al servizio civile, il numero di giorni di servizio militare da prestare viene moltiplicato al massimo per il fattore 1,5. In caso di incorporazione nel modello di servizio militare con corsi di ripetizione, per la persona soggetta al servizio civile risultano al massimo 368, rispettivamente 450 giorni di servizio nel modello della ferma continuata (consid. 2.1–2.3 e 4.1).
2. A prescindere dal modello di servizio militare considerato, la legislazione in materia di servizio civile dà ai civilisti la possibilità di scegliere se prestare tutto il servizio con o senza interruzione (consid. 4.3)
3. In virtù del principio della buona fede, il consenso a prestare servizio militare nel modello della ferma continuata non può essere inteso nel contempo anche come un consenso a prestare servizio civile per un periodo chiaramente più lungo (consid. 4.4.2).
4. Per rispettare il principio della legalità, la presa in conto generale dello status di militare in ferma continuata per il calcolo della durata del servizio civile ordinario necessiterebbe di una base legale sufficiente (consid. 5.2).

Mit Verfügung vom 19. April 2022 hat das Bundesamt für Zivildienst ZIVI (nachfolgend: Vorinstanz) den Beschwerdeführer zum Zivildienst zugelassen und die Gesamtdauer der ordentlichen Zivildienstleistungen auf 446 Dienstage festgesetzt. Auf Nachfrage teilte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer mit, dass militärische Durchdiener verpflichtet seien, eine höhere Anzahl an Dienstagen zu leisten. Diese Regelung gelte auch für den Zivildienst.

Gegen die Zulassungsverfügung erhob der Beschwerdeführer am 21. April 2022 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht und beantragte die Reduktion der Gesamtdauer seiner Zivildienstleistung. In seiner Beschwerdebegründung führte der Beschwerdeführer aus, es sei ihm bei seiner Rekrutierung mitgeteilt worden, er müsse mit einer verbleibenden Funktion vorliebnehmen und das Durchdienermodell (ununterbrochene Militärdienstpflicht) wählen.

Die Vorinstanz informierte den Beschwerdeführer am 3. Mai 2022 telefonisch, dass im Zivildienst nicht alle Dienstage am Stück zu leisten seien. Der Beschwerdeführer habe erklärt, er müsse sein Studium wegen der langen Dienstpflicht als eingeteilter militärischer Durchdiener verschieben. Er habe bei der Rekrutierung nicht gewusst, dass bei der Wahl des Durchdienermodells viel mehr Zivildienstage zu leisten seien.

Die Vorinstanz beantragte am 27. Mai 2022 die Abweisung der Beschwerde mit der Begründung, sie sei für Rekrutierungen als Behörde weder zuständig noch darin involviert. Die Zuteilung zum Durchdiener erfolge freiwillig, wobei hierfür eine Verpflichtungserklärung zu unterzeichnen sei. Auf deren Rückseite werde erläutert, unter welchen Voraussetzungen ein Statuswechsel vom Durchdienermodell ins System der Wiederholungskurse (WK-Modell) möglich sei.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Jeder Schweizer ist verpflichtet, Militärdienst zu leisten. Das Gesetz sieht einen zivilen Ersatzdienst vor (Art. 59 Abs. 1 BV). Militärdienstpflichtige, die den Militärdienst mit ihrem Gewissen nicht vereinbaren können, leisten gemäss Art. 1 des Zivildienstgesetzes vom 6. Oktober 1995 (ZDG, SR 824.0) 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. Für zivildienstpflichtige Personen, die höhere Unteroffiziere oder Offiziere waren, dauert er 1,1-mal so lange. Für Spezialfälle, insbesondere frühere Fachoffiziere und Kader, die den praktischen Dienst noch nicht geleistet haben, regelt der Bundesrat, wie die Dauer des Zivildienstes zu berechnen ist (Art. 8 Abs. 1 ZDG). Die Zivildienstpflicht beginnt, sobald der Entscheid für die Zulassung zum Zivildienst rechtskräftig geworden ist. Gleichzeitig endet die Militärdienstpflicht (Art. 10 Abs. 1 ZDG).

2.2 Die Anzahl der zu leistenden Tage Ausbildungsdienst ist im Militärgesetz vom 3. Februar 1995 (MG, SR 510.10) und in der Verordnung vom 22. November 2017 über die Militärdienstpflicht (VMDP, SR 512.21) geregelt. Gemäss Art. 42 Abs. 2 MG in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 VMDP leisten Soldaten und Gefreite 245 Tage Ausbildungsdienst. Für durchdienende Soldaten und Gefreite beträgt die Anzahl der insgesamt zu leistenden anrechenbaren Tage Ausbildungsdienst während der bis am 31. Dezember 2022 dauernden Übergangsfrist 300 Tage (Art. 151 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. c MG i.V.m. Art. 111 Abs. 1 VMDP). Zur Berechnung der ordentlichen Zivildienstleistungen übernimmt das ZIVI die Angaben aus dem Personalinformationssystem der Armee (nachfolgend: PISA) über die Gesamtdauer der noch nicht geleisteten Ausbildungsdienste nach der Militärgesetzgebung (Art. 8 Abs. 1 ZDG i.V.m. Art. 27 der Zivildienstverordnung vom 11. September 1996 [ZDV, SR 824.01]).

2.3 Gemäss Art. 54a Abs. 1 Satz 1 MG kann der Militärdienstpflichtige seine Ausbildungspflicht freiwillig ohne Unterbrechung erfüllen. Dieser Regelung entspricht Art. 20 Satz 1 ZDG, wonach der Zivildienst in einem oder mehreren Einsätzen geleistet wird. Die zivildienstpflichtige Person, die keine Rekrutenschule bestanden hat, leistet gestützt auf Art. 20 ZDG in Verbindung mit Art. 37 Abs. 1 ZDV einen langen Einsatz von mindestens 180 Tagen.

3.

3.1 Der Beschwerdeführer wendet sich nicht gegen die konkrete Berechnung der zu leistenden 446 Zivildiensttage an sich. Er beanstandet vielmehr die Umstände seiner Rekrutierung und die Berechnungsgrundlage seiner Zivildienstleistungen. Letztere knüpfe an seine Zuteilung als militärischer Durchdiener in der Infanterie an. Der Beschwerdeführer rügt, er habe das Durchdienermodell wählen « müssen ». Bei hinreichender In-

formationsgrundlage hätte er sich anders entschieden. Der Beschwerdeführer räumt aber ein, sich vorgängig nicht über die Dauer des Zivildienstes informiert zu haben. Wegen der 446 Zivildiensttage stehe sein Studium (...) nun wieder auf der Kippe ([...]).

3.2 Die Vorinstanz führt aus, die Bewilligung eines Gesuchs um Wechsel ins WK-Modell – mit entsprechender Anpassung der zu leistenden Zivildiensttage – liege ausserhalb ihrer gesetzlichen Zuständigkeit. Im Rahmen ihrer Vorbereitung zur Vernehmlassung habe sie die hierfür zuständige Militärbehörde kontaktiert. Diese vertrete im Hauptstreitpunkt die Auffassung, dass der Beschwerdeführer die Verpflichtungserklärung für Durchdienende unterschrieben und sich dadurch verpflichtet habe, seinen Militärdienst mit 300 Diensttagen zu leisten. Bei der Festlegung der Gesamtdauer der ordentlichen Zivildienstleistungen stütze sie sich von Gesetzes wegen auf die Angaben im PISA zur Gesamtdauer der noch nicht geleisteten Ausbildungsdienste ([...]).

4.

4.1 Die Vorinstanz weist zunächst zu Recht darauf hin, dass sie zur Berechnung der Dauer der ordentlichen Zivildienstleistungen grundsätzlich an die im PISA gespeicherte Gesamtdauer der noch nicht geleisteten Ausbildungsdienste nach der Militärgesetzgebung gebunden ist. Die auf Art. 8 Abs. 1 ZDG in Verbindung mit Art. 27 ZDV gestützte Berechnung von 297 zu leistenden Militärdiensttagen multipliziert mit dem Faktor 1,5 erweist sich daher als formal korrekt.

4.2 Das Bundesverwaltungsgericht hatte schon verschiedentlich zivildienstrechtliche Fragen zu beurteilen, welchen die militärische Einteilung als Durchdiener zugrunde lag:

4.2.1 Im Beschwerdeverfahren des Bundesverwaltungsgerichts B-2474/2019 vom 23. September 2019 äusserte sich das konsultierte Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS) dahingehend, dass « die Unterzeichnung der Verpflichtungserklärung für Durchdiener offenbar am Anfang der Rekrutenschule » erfolge. Das Generalsekretariat VBS hat die Auffassung vertreten, falls die Verpflichtungserklärung – wie im damals zu beurteilenden Fall – noch nicht unterzeichnet worden sei, eine Ungleichbehandlung im Vergleich zu Nicht-Durchdienern hinsichtlich der Festsetzung der Gesamtdauer der Zivildienstleistungen « schwierig zu begründen wäre »

(S. 2 f.). Die Vorinstanz zog ihre Verfügung in der Folge in Wiedererwägung und das Beschwerdeverfahren B–2474/2019 wurde als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

4.2.2 Mit Urteil BVGE 2014/50 hatte das Bundesverwaltungsgericht die unterbruchsfreie Leistung des Zivildienstes für militärische Durchdiener gestützt auf aArt. 36a ZDV (AS 2011 151) zu beurteilen. Es erwog, die unselbstständige Verordnungsnorm von aArt. 36a ZDV sei gesetzeswidrig, weil sich diese Regelung nicht auf eine hinreichende formellgesetzliche Delegationsnorm stütze (E. 5.8). Der Verordnungsregelung, wonach Zivildienstleistende, die im Zeitpunkt ihrer Anmeldung zum Zivildienst als Durchdiener gemeldet waren, einen unterbruchsfreien Zivildiensteinsatz zu leisten haben, wurde daher die Anwendung versagt (E. 5.9). Im Nachgang zu diesem Urteil ist aArt. 36a ZDV mit Wirkung per 1. Juli 2016 aufgehoben worden (AS 2016 1897).

4.2.3 Das Bundesverwaltungsgericht hatte auch nach Ergehen des in der amtlichen Entscheidsammlung publizierten Urteils BVGE 2014/50 Gelegenheit, zivildienstrechtliche Fragen zu beurteilen, welchen die militärische Einteilung als Durchdiener zugrunde lag (Urteile des BVGer B–3356/2014 vom 17. August 2015; B–4297/2021 vom 11. Januar 2022). Es hat sich dabei namentlich auf die in BVGE 2014/50 entwickelte Argumentation gestützt, wonach der Militärdienstpflichtige – bei hinreichender Information – mit der Wahl des Durchdienermodells nicht zugleich auch für den Fall eines späteren Zivildienstgesuchs die Einwilligung erteilt, den (militärischen) Durchdienerstatus zu behalten (BVGE 2014/50 E. 4.6).

4.3 Gemäss eigener Sachdarstellung « musste » der Beschwerdeführer die Verpflichtungserklärung für Durchdienende bereits anlässlich seiner Rekrutierung unterzeichnen. Hierzu ist festzuhalten, dass die Verpflichtung zur Leistung eines unterbruchsfreien Dienstes gemäss Regelung im Militärgesetz stets freiwillig erfolgt und die dienstpflichtige Person nicht zum Durchdienermodell gezwungen werden kann (Art. 54a MG; Art. 27 Abs. 1 der Weisungen des Chefs der Armee über die Militärdienstpflicht [WM DP, Weisungen 90.112 d in der vom 1. Januar 2018 bis 31. Dezember 2022 gültigen Fassung]). Unabhängig von einem allfälligen militärischen Durchdienerstatus sieht Art. 20 Satz 1 ZDG in gleicher Weise eine Wahlmöglichkeit vor, den Zivildienst mit oder ohne Unterbrüche zu leisten (Botschaft vom 21. September 2001 zur Änderung des Bundesgesetzes über den zivilen Ersatzdienst, BBl 2001 6127, 6188 [nachfolgend: Botschaft 2001]; zur Gleichwertigkeit der Leistungen von Zivil-

dienst leistenden Personen und Soldaten in Ausbildungsdiensten: Botschaft vom 22. Juni 1994 zum Bundesgesetz über den zivilen Ersatzdienst, BBl 1994 III 1609, 1643 f. und 1657).

4.4 Dass dem Beschwerdeführer vor der Unterzeichnung der Verpflichtungserklärung – im Gegensatz zu der im Beschwerdefall B–2474/2019 behandelten Konstellation – eine Bedenkzeit eingeräumt worden wäre, ist nicht ersichtlich. Sinngemäss macht der Beschwerdeführer denn auch geltend, dass ihm im Zeitpunkt der Einwilligung und Unterzeichnung der Verpflichtungserklärung für militärische Durchdienende keine hinreichenden Informationen zu deren Auswirkungen auf die Dauer der Zivildienstleistungen zur Verfügung standen ([...]).

4.4.1 Die Anzahl von 300 zu leistenden Diensttagen für militärische Durchdiener wird in der « Verpflichtungserklärung für Durchdienende – Soldaten und Kader » zwar erwähnt. Auf dem rückseitigen Formular zum Statuswechsel ins WK-Modell findet sich aber kein Hinweis darauf, wie viele Dienstage nach dem regulären WK-Modell zu leisten wären. Die in diesem Formular enthaltenen Informationen betreffen einzig die rechtlichen Voraussetzungen für einen Wechsel ins WK-Modell nach der Zulassung als Durchdiener im Rahmen der Militärdienstpflicht (Art. 28 Abs. 2 WMDP).

4.4.2 Gestützt auf diese Informationen konnte der Beschwerdeführer effektiv nicht erkennen, inwieweit seine Einwilligung zum Durchdienermodell über die Militärdienstpflicht hinaus wirken könnte (zur Vorhersehbarkeit: BGE 143 II 162 E. 3.2.1). Bei einer Einteilung ins militärische WK-Modell betragen die maximalen Zivildienstleistungen für Zivildienstleistende, die nach dem 1. Januar 2018 zugelassen worden sind, 368 Tage. Sind die Zivildienstleistenden aber im militärischen Durchdienermodell eingeteilt, erhöhen sich die maximal zu leistenden Zivildienstage bis zum 31. Dezember 2022 demgegenüber auf 450 Tage (Art. 42 MG i.V.m. Art. 151 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. c MG sowie Art. 47 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 VMDP i.V.m. Art. 111 Abs. 1 VMDP; [...]; E. 2.2). Angesichts dieser erheblichen Mehrbelastung kann nach dem Vertrauensprinzip nicht davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer mit seiner Willenserklärung zum Durchdienen in der Armee (Art. 54a Abs. 1 MG) auch in die auf das militärische Durchdienermodell abstellende Berechnung mit maximal 82 zusätzlichen Tagen Zivildienstleistung eingewilligt hat.

4.5 Im Ergebnis kann der Vorinstanz insoweit nicht gefolgt werden, als sie in Art. 8 Abs. 1 ZDG in Verbindung mit Art. 27 Abs. 1 ZDV auch

die Rechtsgrundlage dafür erblickt, für die Berechnung der zu leistenden Zivildienstdauer auf den militärischen Durchdienerstatus abzustellen.

5.

5.1 Das Recht bildet Grundlage und Schranke staatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 1 BV). Diese Verfassungsnorm statuiert den Vorbehalt und den Vorrang des Rechtssatzes. Ersterer verlangt insbesondere, dass sich behördliche Akte auf eine hinreichend bestimmte generell-abstrakte Norm stützen, Letzterer, dass sich rechtsanwendende Organe an das geltende Recht halten und rechtsetzende Organe die Normenhierarchie beachten. Durch den Vorbehalt des Rechtssatzes sollen die Rechtssicherheit im Sinn der Vorhersehbarkeit sowie die Rechtsgleichheit verwirklicht werden (BVGE 2021 IV/5 E. 6.1; Urteile des BVGer B–5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 4.1; B–4685/2013 vom 25. Februar 2014 E. 10.1; vgl. BGE 131 II 13 E. 6.3 ff.; BENJAMIN SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl. 2014, Art. 5 N. 18 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 325, 338 ff.). Art. 164 Abs. 1 BV bestimmt, dass auf Bundesebene alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen sind. Als massgebliche Kriterien zur Umschreibung der Wichtigkeit im Sinne des materiellen Gesetzesvorbehalts gelten namentlich die Intensität des Eingriffs, die Zahl der von der Regelung betroffenen Personen, die finanzielle Bedeutung und die Akzeptanz der Massnahmen (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 354 ff.).

5.2 Nach Praxis der Vorinstanz müssen Betroffene aufgrund ihrer Einteilung als militärische Durchdiener gegenüber Zivildienstleistenden, bei welchen das WK-Modell als Berechnungsgrundlage dient, erheblich mehr Zivildienstleistungen erbringen (E. 4.4.2). Dieser Eingriff berührt die Rechtsstellung der Betroffenen erheblich, denn die längeren Zivildienstleistungen ziehen gewichtige Folgen für die Ausbildung, den Beruf und die wirtschaftliche Situation nach sich (vgl. BVGE 2014/50 E. 4.5). Eine generelle Übernahme des militärischen Durchdienerstatus für die Berechnung der ordentlichen Zivildienstleistungen bedürfte daher – um dem Legalitätsprinzip (vgl. E. 5.1.) zu genügen – einer gesetzlichen Grundlage (BVGE 2014/50 E. 2.2 und 4.9).

5.3 Gemäss Art. 20 ZDG wird der Zivildienst in einem oder mehreren Einsätzen geleistet. Der Bundesrat regelt die Mindestdauer und die zeitliche Abfolge der Einsätze. Auf Grundlage dieser Delegationsnorm hat er namentlich in Art. 27 und Art. 37 ZDV die Mindestdauer und zeitliche Abfolge der Einsätze festgelegt. Die Gesamtdauer der Zivildienstleistungen

ist jedoch – anders als im militärischen Durchdienermodell – gemäss geltendem Zivildienstrecht nicht an die zeitliche Abfolge der Einsätze gebunden (vgl. Art. 20 ZDG i.V.m. Art. 27 ZDV; vgl. Botschaft 2001, BBl 2001 6127, 6188). Ein Rechtssatz, wonach Zivildienstleistende analog der militärrechtlichen Regelung längere Zivildienstleistungen erbringen müssen, wenn sie gestützt auf Art. 20 ZDG ihren Zivildienst in einem Einsatz leisten, findet sich weder auf der Stufe Gesetz noch auf der Stufe Verordnung. Auch in der bundesrätlichen Botschaft wird lediglich hervorgehoben, dass hinsichtlich der Aufteilbarkeit des Zivildienstes eine analoge Lösung zu Durchdienern in der Armee geschaffen werden soll (Botschaft 2001, BBl 2001 6127, 6188). Der Gesetzgeber beabsichtigte somit, die Aufteilung der Einsätze zu harmonisieren. Er sah aber nicht vor, einen besonderen militärischen Status ins Zivildienstrecht zu überführen und diesen mittels einer Regelung durchzusetzen, welche einzig die Datengrundlage für die Berechnung der Dauer der ordentlichen Zivildienstleistungen umschreibt. In der Botschaft finden sich sodann auch keine Anhaltspunkte, wonach die Einteilung als Durchdiener im Militärdienst für diejenige im Zivildienst massgeblich sein soll (Botschaft 2001, BBl 2001 6127, 6188; BVGE 2014/50 E. 5.7).

5.4 Die Praxis der Vorinstanz stützt sich folglich nicht auf eine hinreichende gesetzliche Grundlage und verletzt damit das Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV).

5.5 Die Beschwerde erweist sich nach dem Ausgeführten als begründet und ist gutzuheissen. Die Dispositiv-Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung vom 19. April 2022 ist aufzuheben und die Sache zur Neuberechnung der Gesamtdauer der ordentlichen Zivildienstleistungen im Sinne der Erwägung 4.4.2 an die Vorinstanz zurückzuweisen.