

Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung II
B-2674/2009
{T 0/2}

Urteil vom 23. Juni 2009

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),
Richter Hans Urech, Richter Stephan Breitenmoser,
Gerichtsschreiber Michael Barnikol.

Parteien

A. _____,
Beschwerdeführer,

gegen

Vollzugsstelle für den Zivildienst ZIVI
Regionalzentrum Rüti,
Spitalstrasse 31, 8630 Rüti ZH,
Vorinstanz.

Gegenstand

Dienstverschiebung.

Sachverhalt:**A.**

Am 3. Februar 2004 wurde der Beschwerdeführer zum Zivildienst zugelassen und zur Leistung von 390 Diensttagen verpflichtet. Mit Schreiben vom 26. November 2008 teilte die Vollzugsstelle für den Zivildienst, Regionalzentrum Rüti (Vorinstanz) dem Beschwerdeführer mit, dass er im Jahr 2009 eine Zivildienstleistung von mindestens 26 Tagen Dauer erbringen müsse und forderte ihn auf, eine entsprechende Einsatzvereinbarung einzureichen.

B.

Der Beschwerdeführer stellte am 3. Februar 2009 bei der Vorinstanz ein Gesuch um Dienstverschiebung für das laufende Jahr 2009. Er beantragte, seine Dienstage auf das Jahr 2010 zu verschieben. Zur Begründung führte er an, es sei ihm aus arbeitstechnischen Gründen in diesem Jahr nicht möglich, seinen Zivildiensteinsatz zu leisten.

C.

Der Arbeitgeber des Beschwerdeführers nahm zu dessen Gesuch mehrfach Stellung. Er gibt an, als Kleinbetrieb sei er auf jeden Mitarbeiter angewiesen. Wenn der Beschwerdeführer fehle, müssten die anderen Mitarbeiter seine Arbeiten erledigen und Überstunden leisten. Ohne ihn sei es allenfalls möglich, zwei oder drei Wochen zu überbrücken. Sollte er länger als drei Wochen abwesend sein, sei man gezwungen, seine Stelle neu zu besetzen.

D.

Mit Verfügung vom 14. April 2009 lehnte die Vorinstanz das Gesuch des Beschwerdeführers um Dienstverschiebung ab. Zur Begründung führte sie an, der Beschwerdeführer könne nicht darlegen, dass er bis zur ordentlichen Entlassung aus der Zivildienstpflicht alle verfügbaren Dienstage erbringen könne. Wenn dies nicht gewährleistet sei, habe die Vorinstanz ein Gesuch um Dienstverschiebung abzulehnen. Somit habe der Beschwerdeführer im Jahr 2009 einen Einsatz von mindestens 26 Diensttagen zu leisten.

E.

Gegen diese Verfügung erhob der Beschwerdeführer am 6. Mai 2009 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Er verweist auf die Stellungnahme seines Arbeitgebers und macht geltend, dass er seinen Arbeitsplatz verlieren würde, wenn ihm die beantragte Dienstverschie-

bung nicht gewährt werde. Ferner beanstandet er, dass er im Jahr 2010 voraussichtlich einen grossen Zivildiensteinsatz von 180 Tagen leisten müsse. Es sei nicht einzusehen, dass er als dreissigjähriger Mann, der mitten im Arbeits- und Familienleben stehe, einen derartig langen Einsatz zu leisten habe.

F.

In ihrer Vernehmlassung vom 29. Mai 2009 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Wenn das Gesuch um Dienstverschiebung gutgeheissen werde, müsse der Beschwerdeführer innerhalb weniger verbleibender Dienstjahre noch mehr Zivildiensttage leisten. Der Beschwerdeführer habe nicht aufgezeigt, wie er im Falle der beantragten Dienstverschiebung seine gesamte Restdienstleistungspflicht erfüllen könne. Er könne sich ferner nicht auf das Vorliegen einer besonderen Härte berufen. Zwar habe der Arbeitgeber dargelegt, dass er als Kleinbetrieb auf jeden Mitarbeiter angewiesen sei und eine Abwesenheit des Beschwerdeführer von mehr als drei Wochen nicht überbrücken könne. Er habe aber nicht in nachvollziehbarer Weise erklären können, weshalb er in eine Notsituation geraten würde, falls der Beschwerdeführer nur eine weitere Woche abwesend sei. Auch im Vergleich zu den üblichen Abwesenheiten wegen militärischer Wiederholungskurse habe eine Dienstzeit von 26 Tagen kaum eine so lange Dauer, dass sie eine übermässige Härte begründen könne. Erst recht könne sich der Beschwerdeführer nicht darauf berufen, dass er seinen Arbeitsplatz verliere, wenn der Zivildiensteinsatz nicht verschoben werde. Der Beschwerdeführer werde im Fall einer Kündigung aufgrund kündigungsschutzrechtlicher Vorschriften vor dem Verlust seines Arbeitsplatzes bewahrt. Eine Kündigung sei missbräuchlich, wenn eine Partei sie ausspreche, weil die andere Partei schweizerischen Militär- oder Schutz- oder Zivildienst leiste.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Der Entscheid der Vorinstanz vom 14. April 2009 ist eine Verfügung im Sinne des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021; Art. 5 Abs. 1 Bst. c). Sie kann nach Art. 63 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den zivilen Ersatzdienst (Zivildienstgesetz, ZDG, SR 824.0) im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechts-

pflge (vgl. Art. 44 ff. VwVG i.V.m. Art. 31 ff. und 37 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht, Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden. Der Beschwerdeführer ist als Adressat durch den angefochtenen Entscheid beschwert und hat deshalb ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung. Er ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG, Art. 64 Abs. 1 ZDG). Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (vgl. Art. 66 Bst. b ZDG, Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG).

1.2 In seinem Gesuch vom 3. Februar 2009 beantragt der Beschwerdeführer, den Zivildiensteinsatz, welchen er im Jahr 2009 leisten muss, auf das Jahr 2010 zu verschieben. In seiner Beschwerdeschrift vom 6. Mai 2009 beanstandet er, dass er voraussichtlich im Jahr 2010 einen grossen Zivildiensteinsatz von 180 Tagen leisten müsse. Er begehrt nunmehr die "Einteilung der verbleibenden Dienstage auf mehrere Jahre, jeweils 26 Tage pro Jahr ab 2010, oder [die] Erlassung von Diensttagen, wenn auf das Entlassungsalter beharrt wird [...]". Fraglich ist daher, worüber das Bundesverwaltungsgericht im vorliegenden Verfahren zu entscheiden hat.

Der Gegenstand des Rechtsstreits (Streitgegenstand) wird durch das vom Beschwerdeführer gestellte Begehren und den Gegenstand der angefochtenen Verfügung, welche das eigentliche Anfechtungsobjekt darstellt, bestimmt. Im Beschwerdeverfahren sind nur Rechtsverhältnisse zu überprüfen bzw. zu beurteilen, zu denen die zuständige Vorinstanz vorgängig verbindlich in Form einer Verfügung Stellung genommen hat. Gegenstand eines Beschwerdeverfahrens kann nur sein, was Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens war oder nach richtiger Gesetzesauslegung hätte sein sollen. Gegenstände, über welche die Vorinstanz nicht entschieden hat und über welche sie nicht entscheiden musste, darf die Rechtsmittelinstanz nicht beurteilen, da sie sonst in die funktionelle Zuständigkeit der vorgelagerten Entscheidbehörde eingreifen würde. Der Beschwerdeführer kann deshalb nicht über die bei der Vorinstanz gestellten Anträge hinausgehen bzw. neue Rechtsbegehren stellen (vgl. zu alledem FRANK SEETHALER / FABIA BOCHSLER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich 2009, Art. 52 N 40, mit Hinweisen).

Streitgegenstand ist deshalb allein die Entscheidung über die Frage, ob dem Beschwerdeführer die Verschiebung seiner Dienstzeit von

2009 auf 2010 zu gewähren ist. Dies hatte der Beschwerdeführer in seinem Gesuch vom 3. Februar 2009 beantragt und die Entscheidung hierüber war Gegenstand der angefochtenen Verfügung. Deshalb ist nur in diesem Umfang auf die Beschwerde einzutreten. Inwieweit eine Verschiebung der im Jahr 2010 und darüber hinaus voraussichtlich zu leistenden Dienstage in Betracht kommt, ist hingegen im vorliegenden Verfahren nicht zu entscheiden. Insofern ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

2.

Die Zivildienstpflicht beginnt, sobald der Entscheid über die Zulassung zum Zivildienst rechtskräftig geworden ist; gleichzeitig erlischt die Militärdienstpflicht (Art. 10 ZDG). Der Zivildienst wird in einem oder mehreren Einsätzen geleistet. Der Bundesrat regelt die Mindestdauer und die zeitliche Abfolge der Einsätze (Art. 20 ZDG). Die zivildienstpflichtige Person beginnt den ersten Einsatz spätestens in dem Kalenderjahr, nach welchem der Entscheid für die Zulassung zum Zivildienst rechtskräftig geworden ist. Der Bundesrat regelt die Ausnahmen (Art. 21 ZDG) und erlässt Vorschriften über die Behandlung von Gesuchen um Dienstverschiebung sowie über die Anrechnung der Dienstage an die Erfüllung der Zivildienstpflicht (Art. 24 ZDG). Die zivildienstpflichtige Person plant und leistet ihre Einsätze so, dass sie die Gesamtheit der nach Art. 8 ZDG verfügbaren ordentlichen Zivildienstleistungen vor der Entlassung aus der Zivildienstpflicht erbracht hat (Art. 35 Abs. 1 der Verordnung vom 11. September 1996 über den zivilen Ersatzdienst [Zivildienstverordnung, ZDV; SR 824.01]). Die Mindestdauer eines Einsatzes beträgt 26 Tage (Art. 38 Abs. 1 ZDV). Ein Gesuch um Dienstverschiebung ist einzureichen, wenn eine gesetzliche Verpflichtung, eine Einsatzplanung oder ein Aufgebot nicht befolgt werden kann (Art. 44 Abs. 1 ZDV). Die Vollzugsstelle kann das Gesuch um Dienstverschiebung gemäss Art. 46 Abs. 3 ZDV insbesondere dann gutheissen, wenn die zivildienstpflichtige Person:

- a. während des Einsatzes oder der diesem folgenden drei Monate eine wichtige Prüfung ablegen muss;
- b. eine schulische oder berufliche Ausbildung absolviert, deren Unterbrechung mit unzumutbaren Nachteilen verbunden ist;
- c. andernfalls ihren Arbeitsplatz verlieren würde;
- d. vorübergehend aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage ist, den vorgesehenen Einsatz zu absolvieren; (...)
- e. glaubwürdig darlegt, dass die Ablehnung des Gesuchs für sie, ihre engsten Angehörigen oder ihren Arbeitgeber eine ausserordentliche Härte bedeuten würde.

Hingegen lehnt die Vollzugsstelle das Gesuch insbesondere dann ab, wenn nicht gewährleistet ist, dass die zivildienstpflichtige Person vor ihrer Entlassung aus der Zivildienstpflicht die Gesamtdauer der ordentlichen Zivildienstleistungen absolviert (Art. 46 Abs. 5 Bst. b ZDV).

3.

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Ablehnung seines Gesuchs würde für seinen Arbeitgeber eine ausserordentliche Härte im Sinne von Art. 46 Abs. 3 Bst. e ZDV bedeuten. Dieser sei als Kleinbetrieb auf ihn als Mitarbeiter dringend angewiesen. Ohne ihn würde der Betrieb gravierende wirtschaftliche Nachteile erleiden.

3.1 Das Kriterium der "ausserordentlichen Härte" stellt einen unbestimmten Rechtsbegriff dar. Unbestimmte Rechtsbegriffe gebieten eine auf den Einzelfall bezogene Auslegung. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bildet deren Auslegung und Anwendung eine Rechtsfrage, die grundsätzlich ohne Beschränkung der richterlichen Kognition zu überprüfen ist (vgl. BGE 119 Ib 33 E. 3b). Nach konstanter Praxis und Lehrmeinung ist bei der Überprüfung der Auslegung und Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen jedoch Zurückhaltung auszuüben und der Behörde ist ein gewisser Beurteilungsspielraum zuzugestehen, wenn diese den örtlichen, technischen oder persönlichen Verhältnissen näher steht. Der Richter hat nicht einzugreifen, solange die Auslegung der Verwaltungsbehörde als vertretbar erscheint (vgl. statt vieler: BGE 119 Ib 254 E. 2b, mit Hinweisen; ULRICH HÄFELIN / GEORG MÜLLER / FELIX UHLMANN, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, Rz. 446c f.). Im Übrigen räumt die "Kann-Formulierung", welche zum Ausdruck bringt, dass kein unbedingter Rechtsanspruch auf Dienstverschiebung besteht, der Vollzugsstelle beim Entscheid über ein Dienstverschiebungsgesuch einen eigentlichen Ermessensspielraum ein, der vom Bundesverwaltungsgericht zu respektieren ist. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts wird ein Anspruch eines Zivildienstpflichtigen oder seines Arbeitgebers auf eine Dienstverschiebung nur dann anerkannt, wenn eine eigentliche Notsituation vorliegt (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6116/2007 vom 11. Oktober 2007, E. 3.2.1, mit Hinweisen).

3.2 Im vorliegenden Fall würde die Ablehnung der Dienstverschiebung indessen offensichtlich nicht zu einer derartige Notsituation führen. Dass es für den Arbeitgeber eine suboptimale Lösung darstellen kann, wenn während des rund einen Monat dauernden Zivildiensteinsatzes ein Stellvertreter eingestellt oder die Abwesenheit des Beschwerde-

führers anderweitig überbrückt werden muss, ist zwar nachvollziehbar. Eine zivildienstpflichtige Person oder ihr Arbeitgeber darf indessen nicht besser gestellt werden als eine militärdienstpflichtige Person bzw. deren Arbeitgeber (vgl. Botschaft vom 22. Juni 1994 zum Bundesgesetz über den zivilen Ersatzdienst, BBl 1994 III 1609, insbesondere, S. 1643 und 1672). Verglichen mit den üblichen Abwesenheiten wegen militärischer Wiederholungskurse kann aber nicht gesagt werden, eine Abwesenheit des Beschwerdeführers während 26 Tagen stelle eine übermässige Härte dar. Dies gilt insbesondere unter Berücksichtigung des Umstandes, dass der Beschwerdeführer - im Gegensatz zu einem Militärdienstpflichtigen - seinen Zivildiensteinsatz selbst organisieren und damit den für ihn günstigsten Zeitpunkt auswählen kann.

4.

Zudem macht der Beschwerdeführer geltend, er würde im Fall der Ablehnung seines Gesuchs seinen Arbeitsplatz verlieren, und stützt sich somit auf Art. 46 Abs. 3 Bst. c ZDV. Er beruft sich auf die Erklärung seines Arbeitgebers, er müsse die Stelle des Beschwerdeführers neu besetzen, falls dieser mehr als drei Wochen abwesend sei. Die Vorinstanz ist hingegen der Ansicht, dass der Beschwerdeführer aufgrund der Vorschriften des Kündigungsschutzes vor einem drohenden Arbeitsplatzverlust geschützt sei.

4.1 Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ist nicht nur unzulässig während sowie vier Wochen vor und nachdem der Arbeitnehmer einen schweizerischen obligatorischen Militär- oder Schutz- oder Zivildienst von mehr als elf Tagen leistet (vgl. Art. 336c Abs. 1 Bst. a des Obligationenrechts vom 30. März 1911 [OR, SR 220]). Sie gilt auch zu einem anderen Zeitpunkt als missbräuchlich, sofern sie ausgesprochen wird, weil der Arbeitnehmer einen derartigen Dienst leisten wird oder geleistet hat (Art. 336 Abs. 1 Bst. e OR). Darunter fällt selbstverständlich auch jede Begründung einer Kündigung, in der einem Arbeitnehmer vorgeworfen wird, er habe während und wegen der dienstlichen Abwesenheit keine oder ungenügende Arbeitsleistungen erbracht.

4.2 Zwar ist eine missbräuchliche Kündigung nicht unwirksam. Die Sanktionen, welche das Gesetz an sie knüpft, sind indessen gravierend. Eine Partei, die das Arbeitsverhältnis missbräuchlich kündigt, hat der anderen Partei eine Entschädigung auszurichten, die maximal dem Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate entsprechen kann (vgl. Art. 336a Abs. 1 und 2 OR). In der Praxis kommt es daher äusserst selten vor, dass ein Arbeitgeber aus diesem Grund allein eine Kündi-

gung ausspricht. Immerhin leisten die meisten schweizerischen männlichen Arbeitnehmer in der Altersklasse des Beschwerdeführers regelmässig Militär- oder Zivildienst, ohne dass dies das Kündigungsverhalten der Arbeitgeber signifikant zu beeinflussen scheint. Unter diesen Umständen erscheint es wenig realistisch, dass der Beschwerdeführer wegen einer verhältnismässig kurzen dienstlichen Abwesenheit von nur 26 Tagen seinen Arbeitsplatz verlieren wird. Auf Grund des Kündigungsschutzes von Art. 336c Abs. 1 Bst. a OR wird er daher hinreichend vor einer Kündigung durch seinen Arbeitgeber geschützt. Die Verschiebung des Zivildiensteinsatzes kann folglich auch nicht auf Art. 46 Abs. 3 Bst. c ZDV gestützt werden.

5.

Insgesamt liegen somit keine Gründe vor, die eine Dienstverschiebung rechtfertigen könnten. Die Vorinstanz hat das Gesuch des Beschwerdeführers daher zu Recht abgelehnt.

6.

Damit ist nicht weiter zu prüfen, wie es sich mit dem weiteren Vorbringen der Vorinstanz verhält, wonach ein Dienstverschiebungsgesuch nach Art. 46 Abs. 5 Bst. b ZDV stets abzulehnen ist, wenn nicht gewährleistet ist, dass die zivildienstpflichtige Person vor ihrer Entlassung aus der Zivildienstplicht die Gesamtdauer der ordentlichen Zivildienstleistungen absolviert.

7.

Die Beschwerde erweist sich somit als offensichtlich unbegründet und ist abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist.

8.

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist kostenlos, sofern es sich nicht um eine mutwillige Beschwerdeführung handelt (vgl. Art. 65 Abs. 1 ZDG). Eine solche liegt hier knapp nicht vor.

9.

Dieser Entscheid kann nicht 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.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wird.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Dieses Urteil geht an:

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

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Eva Schneeberger

Michael Barnikol

Versand: 25. Juni 2009