



Abteilung II
B-2767/2011

Urteil vom 29. Juni 2011

Besetzung

Richter Ronald Flury (Vorsitz), Richter Jean-Luc Baechler,
Richter Bernard Maitre,
Gerichtsschreiber Kaspar Luginbühl.

Parteien

X._____,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Dienstverschiebung.

Sachverhalt:**A.**

X. _____ (Beschwerdeführer) beantragte mit Schreiben vom mutmasslich 4. April 2011 (Eingang am 5. April 2011) an die Vollzugsstelle für den Zivildienst, Regionalzentrum Thun (Vorinstanz) die Verschiebung seines zivildienstlichen Pflichteinsatzes für das Jahr 2011. Zur Begründung brachte er im Wesentlichen vor, er sei Küchenchef in einem Restaurant und somit für die Qualität der Speisen verantwortlich. Aufgrund ständiger Fluktuationen im Team sei es ihm nicht möglich, im Jahr 2011 einen Zivildiensteinsatz zu leisten.

Mit Verfügung vom 18. April 2011 lehnte die Vorinstanz das Gesuch ab. Ihre Verfügung begründete sie damit, dass der Beschwerdeführer anlässlich einer im Jahr 2010 erfolgten Dienstverschiebung aufgefordert worden sei, seinen Arbeitgeber über seine fortdauernde Zivildienstpflicht zu informieren. Ein Verschiebungsgrund, insbesondere eine besondere Härte für den Arbeitgeber i.S.v. Art. 46 Abs. 3 Bst. e Zivildienstverordnung liege nicht vor, da er genügend Zeit gehabt hätte, einen Stellvertreter für die Zeit seiner Abwesenheit zu finden und seine Unabkömmlichkeit überdies nicht genügend belegt habe.

B.

Gegen diese Verfügung führt der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 13. Mai 2011 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht und stellt sinngemäss das Rechtsbegehren, die Verfügung der Vorinstanz sei aufzuheben und sein Verschiebungsgesuch sei zu genehmigen. Zur Begründung bringt er vor, aufgrund seiner beruflichen Situation sei ein Zivildiensteinsatz im Jahr 2011 nicht möglich. Einem ergänzenden Schreiben seines Arbeitgebers lässt sich entnehmen, das Restaurant sei erst vor etwas mehr als einem Jahr übernommen worden. Der Geschäftsgang habe sich ausgezeichnet entwickelt, was hohe Anforderungen an die Mitarbeiter stelle. Diesem Druck seien nicht alle Mitarbeiter gewachsen gewesen, weshalb die Fluktuation hoch sei und zudem bis anhin kein Sous-chef haben gefunden werden können, der die Aufgaben des Küchenchefs übernehmen könnte. Eine Abwesenheit des Küchenchefs von 26 Tagen am Stück sei zu keinem Zeitpunkt möglich.

C.

In ihrer Vernehmlassung vom 14. Juni 2011 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung führt sie im Wesentlichen

aus, der Arbeitgeber des Beschwerdeführers habe durch die knapp einmonatige Abwesenheit seines Küchenchefs zwar gewisse Herausforderungen zu bewältigen, jedoch nicht eine ausserordentliche Härte i.S.v. Art. 46 Abs. 3 Bst. e Zivildienstverordnung. Der Beschwerdeführer sei bereits im Februar 2010 darauf hingewiesen worden, dass er seinen Einsatz für das Jahr 2011 frühzeitig planen und mit seinem Arbeitgeber absprechen solle. Aus diesem Grund sei davon auszugehen, dass es dem Arbeitgeber des Beschwerdeführers in der Zwischenzeit hätte möglich sein sollen, für die 26-tägige Abwesenheit einen Ersatz zu finden.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Der Entscheid der Vorinstanz vom 18. April 2011 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 Zivildienstgesetzes vom 6. Oktober (ZDG, SR 824.0) im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden. Der Beschwerdeführer ist als Adressat durch den angefochtenen Entscheid beschwert und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung. Er ist 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) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (vgl. Art. 46 ff. VwVG).

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

Vorliegend stellt sich die Frage, ob die Vorinstanz das Dienstverschiebungsgesuch des Beschwerdeführers für seinen Pflichteinsatz im Jahr 2011 zu Recht abgewiesen hat.

2.1. Nach dem Zivildienstgesetz leisten Militärdienstpflichtige, die glaubhaft darlegen, dass sie den Militärdienst mit ihrem Gewissen nicht vereinbaren können, Zivildienst (Art. 1 Abs. 1 ZDG). Die Zivildienstpflicht umfasst namentlich die Pflicht zur Erbringung ordentlicher Zivildienstleistungen, bis deren gesetzliche Gesamtdauer erreicht ist (Art. 9 Bst. d i.V.m. Art. 8 ZDG). Der Zivildienst kann in einem oder mehreren Einsätzen geleistet werden

(Art. 20 ZDG). Die Mindestdauer eines Einsatzes beträgt 26 Tage (Art. 38 Abs. 1 der Zivildienstverordnung vom 11. September 1996 [ZDV, SR 824.01]).

Ein schriftliches Gesuch um Dienstverschiebung ist bei der Vollzugsstelle einzureichen, wenn eine gesetzliche Verpflichtung, eine Einsatzplanung oder ein Aufgebot nicht befolgt werden kann (Art. 44 Abs. 1 und 2 ZDV). Das Gesuch hat eine Begründung und die nötigen Beweismittel sowie die Angabe des Zeitraums, in welchem der fragliche Einsatz geleistet werden soll, zu enthalten (Art. 44 Abs. 3 ZDV).

2.2. Die Voraussetzungen, die eine Dienstverschiebung rechtfertigen können, hat der Ordnungsgeber in Art. 46 ZDV aufgeführt. Dabei sieht Art. 46 Abs. 3 Bst. e ZDV vor, dass die Vollzugsstelle das Gesuch einer zivildienstpflichtigen Person um Dienstverschiebung gutheissen kann, wenn sie "glaubwürdig darlegt, dass die Ablehnung des Gesuchs für sie, ihre engsten Angehörigen oder ihren Arbeitgeber eine ausserordentliche Härte bedeuten würde". Demgegenüber hat die Vollzugsstelle das Gesuch abzuweisen, wenn keiner der Gründe von Art. 46 Abs. 3 ZDV vorliegt (Art. 46 Abs. 5 Bst. a ZDV).

Eine ausserordentliche Härte für den Arbeitgeber i.S.v. Art. 46 Abs. 3 Bst. e ZDV liegt gemäss der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung dann vor, wenn die Abwesenheit des Arbeitnehmers aufgrund des Zivildiensteinsatzes geradezu eine Notsituation hervorrufen würde (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4135/2010 vom 3. November 2010 E. 4.3 m.w.H.). Eine ausserordentliche Härte im Verordnungssinn ist demnach nicht schon dann gegeben, wenn der Arbeitgeber aufgrund der Dienstpflicht des Arbeitnehmers umdisponieren und allenfalls in Bezug auf die innerbetriebliche Arbeitsteilung vorübergehend zeitliche oder personelle Anpassungen vornehmen muss (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3295/2008 E. 3.2.3), zumal sich solche Situationen auch aus anderen Gründen wie namentlich Ferien, Krankheit oder Militärdienst des Arbeitnehmers ergeben können (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-737/2009 vom 17. März 2009 E. 3). Die Anerkennung einer ausserordentlichen Härte wäre hingegen u.U. möglich, wenn sie für den Arbeitgeber eine Situation hervorruft, welche den Bestand des Betriebs oder die Erfüllung eines wichtigen Auftrags ernsthaft gefährdet.

3.

Vorliegend ist weder ersichtlich noch dargetan, inwiefern der Arbeitgeber

des Beschwerdeführers aufgrund eines 26-tägigen Pflichteinsatzes eine ausserordentliche Härte im oben erwähnten Sinn zu gewärtigen hätte.

3.1. Wie die Vorinstanz korrekterweise vorbringt, war dem Beschwerdeführer spätestens seit dem 19. Februar 2010 bewusst, dass er im Jahr 2011 einen Pflichteinsatz zu absolvieren haben würde. Er hatte demnach fast ein Jahr lang Zeit, zusammen mit seinem Arbeitgeber eine Lösung für seine zivildienstliche Abwesenheit im Jahr 2011 zu finden. Obwohl er somit durchaus Möglichkeiten gehabt hätte, seinen Pflichteinsatz für das Jahr 2011 rechtzeitig zu planen, hat er darauf verzichtet. So lässt sich der angefochtenen Verfügung entnehmen, dass er nach Stattgabe seines Dienstverschiebungsgesuchs im Februar 2010 trotz dem Hinweis, eine erneute Dienstverschiebung wegen einer ausserordentlichen Härte für den Arbeitgeber werde im Jahr 2011 nicht bewilligt, nichts unternommen hat. Vielmehr verzichtete er trotz Aufforderung vom 7. Januar 2011 und Mahnung vom 18. März 2011 darauf, der Vorinstanz eine Einsatzplanung für das Jahr 2011 zukommen zu lassen und beschränkte sich auf die Formulierung eines erneuten Verschiebungsgesuchs, welches er der Vorinstanz am 5. April 2011 zustellte. Inwiefern es dem Beschwerdeführer seit dem 19. Februar 2010 nicht möglich gewesen sein soll, zusammen mit seinem Arbeitgeber rechtzeitig seinen Pflichteinsatz für das Jahr 2011 zu planen, kann nicht nachvollzogen werden. Dies umso weniger, als der Beschwerdeführer Zivil- und nicht Militärdienst leistet und deshalb bei der Terminierung seines Einsatzes flexibel ist, was bedeutet, dass er im Gegensatz zu einem Angehörigen der Armee gemäss Art. 31a ZDV den Zeitpunkt für seinen Pflichteinsatz grundsätzlich selber wählen kann und sich seine Abwesenheit dadurch mit dem Geschäftsgang seines Arbeitgebers besser vereinbaren lässt. Bei einem Speiserestaurant wäre zum Beispiel an die Betriebsferien zu denken oder an eine andere Zeit des Jahres, in welcher die Geschäftslast erfahrungsgemäss weniger hoch ist.

3.2. Auch wenn nachvollziehbar und notorisch ist, dass die 26-tägige Abwesenheit des Küchenchefs eines Speiserestaurants gewisse organisatorische Unannehmlichkeiten und unerwünschte Arbeitsspitzen mit sich bringen kann, so handelt es sich dabei trotzdem nicht um eine Notsituation. Der Arbeitgeber des Beschwerdeführers macht in seinem Schreiben zwar geltend, das Restaurant sei erst vor etwas mehr als einem Jahr von ihm übernommen worden, weshalb bis anhin kein Souschef habe angestellt werden können. Zudem habe in der Küchenmannschaft eine hohe Fluktuation stattgefunden. Dem Brief lässt sich allerdings auch entnehmen, dass sich der Arbeitgeber des Beschwerdeführers in absehbarer Zeit generell

nicht im Stande sieht, für 26 Tage auf seinen Küchenchef zu verzichten. Angesichts dieses Umstands ist naheliegend, dass sich der Arbeitgeber des Beschwerdeführers nicht mit einer Notsituation im oben beschriebenen Sinn konfrontiert sieht, sondern eher mit einer Schwierigkeit struktureller Natur. Weshalb ihm die Einstellung eines Souschefs bis zum heutigen Zeitpunkt nicht gelungen ist und er auch nicht dazu gekommen sein soll, die Küchenmannschaft auf eine zeitweilige Abwesenheit des Küchenchefs vorzubereiten oder einen temporären Ersatz für den Küchenchef zu finden, erschliesst sich dem Gericht nicht. Dies ist umso weniger der Fall, als der Küchenchef seit dem 19. Februar 2010 über seine Dienstpflicht im Jahr 2011 informiert war und zudem die Freiheit hatte, den Zeitpunkt seines Pflichtdienstes zusammen mit seinem Arbeitgeber festzulegen. Vor dem Hintergrund dieser langen Vorlaufphase ist nicht ersichtlich, wie es nicht möglich gewesen sein soll bzw. nicht immer noch möglich ist, für die 26-tägige Abwesenheit des Küchenchefs im laufenden Jahr einen adäquaten Ersatz zu finden oder anderweitig in personeller oder zeitlicher Hinsicht die notwendigen Dispositionen zu treffen. Eine ausserordentliche Härte i.S.v. Art. 46 Abs. 3 Bst. e ZDV ist folglich nicht dargetan.

4.

Demnach ist die Beschwerde abzuweisen.

5.

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist kostenlos, sofern es sich nicht um eine mutwillige Beschwerdeführung handelt. Parteientschädigungen werden nicht ausgerichtet (Art. 65 Abs. 1 ZDG).

6.

Dieses Urteil kann nicht mit Beschwerde an das Bundesgericht weitergezogen werden (Art. 83 Bst. i des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht [BGG, SR 173.110]). Es ist somit endgültig.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben und keine Parteientschädigung zugesprochen.

3.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben; Beschwerdebeilagen zurück)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 8.423.32264.0; Einschreiben; Akten zurück)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Ronald Flury

Kaspar Luginbühl