

## **CH\_VB 150000050 vom 28. März 2006**

Bundesverwaltung, 2006-03-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch\\_vb\\_150000050](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_150000050)

FR: CH\_VB 150000050 du 28 mars 2006

IT: CH\_VB 150000050 del 28 marzo 2006

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Vorgeschichte 127

#### **E. 2**

Gesetzesebene 130

#### **E. 3**

Revision des Zivildienstgesetzes 146

#### **E. 4**

Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).  
Im Folgenden auch BV.

#### **E. 5**

Dazu unten Ziff. III.

#### **E. 6**

Zum Begriff des Tatbeweises sogleich und unten Ziffer III.

#### **E. 7**

Zivildienstgesetz (ZDG; SR 824.0). Im Folgenden auch ZDG.

Gutachten

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2007

128

skizzierte Zulassungsverfahren enthält also neben der Gewissensprüfung auch Elemente eines Tatbeweises. Im Gegensatz zum Zulassungsverfahren mit Gewissensprüfung verzichtet eine reine Tatbeweislösung auf die Darlegung des Gewissenskonflikts durch den Gesuchsteller. Vielmehr anerkennt sie die Bereitschaft des Gesuchstellers, einen vergleichsweise längeren Zivildienst zu leisten, als „Beweis“ dafür, dass er den Militärdienst nicht mit seinem Gewissen vereinbaren kann. Erneut zur Sprache kam die Einführung eines Tatbeweismodells im Rahmen der parlamentarischen Beratungen zur Revision des Bundesgesetzes über den zivilen Ersatzdienst im Jahre 2002. Der Nationalrat beschloss Rückweisung des Geschäfts an seine Kommission mit dem Auftrag, den Tatbeweis bei der Zulassung zum Zivildienst prioritär zu gewichten<sup>8</sup>. Ein in der Folge beim Bundesamt für Justiz im März 2002 in Auftrag gegebenes Gutachten kam zum Schluss, dass die Verfassung die Einführung des Tatbeweises zulasse. Gleichwohl verwarf der Nationalrat den Systemwechsel Ende 2002, wenn auch knapp<sup>9</sup>. Am 14. Dezember 2004 reichten Nationalrat Heiner Studer und 25 Mitunterzeichnende eine Motion<sup>10</sup> ein, welche

die Einführung des Tatbeweises verlangt. Die Motion wurde Ende 2005 im Nationalrat angenommen<sup>11</sup>. 2. Auftrag und Vorgehen Vor diesem Hintergrund unterbreitete uns die Vollzugsstelle für den Zivildienst im Generalsekretariat des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements (EVD) folgende Fragen zur Begutachtung: 1. Generell: Ist eine Tatbeweislösung mit Artikel 59 Absatz 1 der Bundesverfassung vereinbar? 2. Speziell: Halten die Schlussfolgerungen des Bundesamtes für Justiz vom 22. März 2002 einer vertieften kritischen Überprüfung stand? 3. Setzt der Kontext von Artikel 59 der Bundesverfassung der Ausgestaltung der Tatbeweislösung bestimmte Grenzen (z. B. betreffend den Faktor, der die Dauer der Mehrleistung gegenüber dem Militärdienst bestimmt)? Zur Beantwortung dieser Fragen gehen wir wie folgt vor: – In einem ersten Schritt wird die Entstehungsgeschichte des zivilen Ersatzdienstes skizziert (Ziffer II).

#### **E. 8**

AB N 2002 204-213.

#### **E. 9**

AB N 2002 1950-1960.

#### **E. 10**

04.3672 Motion Studer. Zivildienst. Einführung des Tatbeweises.

#### **E. 11**

AB N 2005 1793-1796, 1858-1860.

Gutachten

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2007

129

– Es folgt die Auslegung der einschlägigen Verfassungsbestimmungen. Wir untersuchen, ob Art. 18 Abs. 1 aBV bzw. Art. 59 Abs. 1 BV eine Tatbeweislösung zulässt (Ziffer III). – Ziffer VI widmet sich der Frage, wie die massgeblichen Verfassungsbestimmungen bei Erlass des Zivildienstgesetzes verstanden wurden. – Zuletzt wird erörtert, ob Art. 59 BV der Ausgestaltung des Tatbeweises, sofern sich dieser als zulässig herausstellen sollte, bestimmte Grenzen setzt (Ziffer V). II. Entstehungsgeschichte des zivilen Ersatzdienstes 1. Erste Vorstösse In der Schweiz besteht von jeher eine allgemeine Wehrpflicht. Entsprechend alt ist das Problem der Militärdienstverweigerung aus religiösen oder ethischen Gründen und damit auch die Frage, wie der Staat mit Dienstverweigern umzugehen habe. Erstmals aus religiösen Gründen abgelehnt wurde der Dienst mit der Waffe durch die Wiedertäufer nach dem Durchbruch der Reformation im 16. Jahrhundert<sup>12</sup>. Zu Beginn des 20. Jahrhunderts erlangte die Frage der Dienstverweigerung aus Glaubens- und Gewissensgründen grössere Bedeutung. Von 1903 bis 1906 ging eine Welle der Dienstverweigerung durch die Schweiz, die zu 60 militärgerichtlichen Verurteilungen führte<sup>13</sup>. Bereits 1903 wurde beim Bundesrat eine erste Petition zur Einführung des Zivildienstes eingereicht<sup>14</sup>. In der Zeit während und nach dem ersten Weltkrieg erfolgten mehrere Vorstösse, die eine mildere Behandlung von Dienstverweigern und die Einführung eines Zivildienstes verlangten. So wurde die Frage nach der Behandlung von Dienstverweigern zwar immer wieder diskutiert, doch war den Begehren kein Erfolg beschieden<sup>15</sup>. Verschiedene Versuche zur Einführung des Zivildienstes gab es auch in den Jahrzehnten nach dem zweiten Weltkrieg. Sie scheiterten allesamt, weil die Einführung

eines Zivildienstes mit dem Wortlaut der damaligen Verfassung nicht vereinbar war<sup>16</sup>.

#### **E. 12**

Schweizer in Kommentar aBV, Art. 18 Abs. 1 Satz 2, Rz. 1 und 2; Wyder, S. 24.

#### **E. 13**

Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Volksbegehren für die Schaffung eines Zivildienstes (sog. Münchensteiner Initiative) vom 10. Januar 1973 (BBl 1973 I 92 f).

#### **E. 14**

Erläuterungen des Bundesrates zur Volksabstimmung vom 17. Mai 1992, S. 60.

#### **E. 15**

Wyder, S. 54.

#### **E. 16**

Ein kurzer Überblick über die einzelnen Vorstösse findet sich in BBl 1973 I 93 f.

Gutachten

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2007

130

2. Gesetzesebene Die Unvereinbarkeit eines Zivildienstes mit der damals geltenden Verfassung führte dazu, dass Bundesrat und Parlament auf Gesetzesebene Strafmilderungen und Erleichterungen im Strafvollzug für Dienstverweigerer aus Gewissensgründen herbeizuführen suchten<sup>17</sup>. Eine erste Revision des Militärstrafgesetzes in diese Richtung erfolgte 1950<sup>18</sup>, eine weitere 1967<sup>19</sup>. Der Durchbruch auf dem Weg der Entkriminalisierung von Dienstverweigerern auf Gesetzesstufe gelang schliesslich mit der so genannten Reform „Barras“<sup>20</sup>, die vorsah, dass Dienstverweigerer aus Gewissensgründen nicht mehr zu Gefängnisstrafen verurteilt, sondern zu einer im öffentlichen Interesse liegenden und das Anderthalbfache des verweigerten Militärdienstes dauernden Arbeitsleistung verpflichtet werden. Das Volk nahm die Reform in der Referendumsabstimmung vom 2. Juni 1991 an<sup>21</sup>.

3. Verfassungsebene Ab 1970 wurden wiederholt Initiativen lanciert mit dem Ziel, den Zivildienst in der Verfassung zu verankern. Nicht weniger als dreimal innert 15 Jahren stimmte das Schweizervolk über Initiativen zur Einführung des Zivildienstes ab: – 1977 fand die Volksabstimmung über die so genannte Münchensteiner Initiative statt. Diese in Form der allgemeinen Anregung gehaltene Initiative bezweckte die Einführung eines Zivildienstes für Dienstverweigerer aus Gewissensgründen. Die Initiative wurde zwar von Bundesrat und Parlament aufgenommen<sup>22</sup>, in der Volksabstimmung aber deutlich verworfen<sup>23</sup>. – Nur wenige Jahre später, im Februar 1984, hatte das Stimmvolk über die im Vergleich zur Münchensteiner Initiative wesentlich weitergehende Volksinitiative „für einen echten Zivildienst auf der Grundlage des Tatbeweises“ zu befinden. Die Initiative sah vor, dass Zugang zum Zivildienst erhält, wer bereit ist, einen anderthalbmals längeren Zivildienst anstelle des verweigerten Militärdienstes zu leisten, wobei die Beweggründe irrelevant sein sollten<sup>24</sup>. Auch diese Initiative wurde in der Volksabstimmung abgelehnt<sup>25</sup>.

**E. 17**

Wyder, S. 83 f.

**E. 18**

BB1 1949 II 137 f.

**E. 19**

BB1 1967 I 581 f.

**E. 20**

Botschaft über die Änderung des Militärstrafgesetzes und des Bundesgesetzes über die Militärorganisation vom 27. Mai 1987 (BB1 1987 II 1311 f.).

**E. 21**

BB1 1991 III 1300.

**E. 22**

Schweizer in Kommentar aBV, Art. 18 Abs. 1 Satz 2, Rz. 7. Botschaft über die Einführung eines zivilen Ersatzdienstes vom 21. Juni 1976 (BB1 1976 II 961 ff).

**E. 23**

Die Ablehnung erfolgte mit 62,4% Neinstimmen, BB1 1978 I 323.

**E. 24**

Botschaft über die Volksinitiative „für einen echten Zivildienst auf der Grundlage des Gutachten

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2007

131

– Im dritten Anlauf schliesslich gelang das Vorhaben: Im Anschluss an die Debatte über die Entkriminalisierung der Dienstverweigerer (so genannte Reform „Barras“, vgl. hierzu die Ausführungen oben Ziffer 2), wurden mehrere Vorstösse eingereicht: eine parlamentarische Initiative von Nationalrat Hubacher, eine Initiative der CVP („Zivildienst für die Gemeinschaft“) und Landesinitiativen der Kantone Genf und Jura. Die Kommission des Nationalrates lehnte zwar die Initiative Hubacher ab, beschloss aber, mittels parlamentarischer Initiative selber eine Verfassungsänderung zur Schaffung eines Zivildienstes in die Wege zu leiten<sup>26</sup>. Die Initiative verlangte die Ergänzung von Art. 18 Abs. 1 aBV durch den Satz: „Das Gesetz sieht einen zivilen Ersatzdienst vor.“ Die beantragte Änderung der Bundesverfassung wurde in der Volksabstimmung vom 17. Mai 1992 klar gutgeheissen<sup>27</sup>. Drei Jahre später kam der Gesetzgeber dem Verfassungsauftrag zur Schaffung eines zivilen Ersatzdienstes mit dem Erlass des Zivildienstgesetzes nach (dazu unten Ziffer IV).

III. Auslegung der massgebenden Verfassungsbestimmungen Die Frage nach der Verfassungsmässigkeit eines Tatbeweises als Zugangskriterium zum Zivildienst lässt sich nur aufgrund einer vertieften Analyse der einschlägigen Bestimmungen beantworten. Im Folgenden wenden wir uns zunächst Art. 18 Abs. 1 aBV zu (Ziffer 2). Danach prüfen wir, ob sich die Auslegungsergebnisse auf Art. 59 Abs. 1 BV übertragen lassen (Ziffer 3). 1. Auslegungsgrundsätze<sup>28</sup> Ziel jeder Auslegung ist die Ermittlung des wahren Sinns einer

Rechtsnorm. Die Auslegung knüpft am Wortlaut der Norm an. Häufig ist der Wortlaut ‚klar‘. Damit ist gemeint, dass der Rechtssinn einer Norm mit dem gewöhnlichen Sprachsinn des Normwortlauts übereinstimmt. Schon dieser Befund freilich setzt Auslegung voraus. Auslegung ist erst recht dort am Platz, wo der Wort-  
Tatbeweises“ vom 25. August 1982 (BBl 1982 III 1 ff.).

#### **E. 25**

Die Ablehnung erfolgte mit 63,8% Neinstimmen (BBl 1984 I 1357). Bemerkenswert erscheint, dass das Abstimmungsergebnis praktisch identisch ist mit jenem zur Münchener Initiative (siehe oben Fn. 23). Dies legt die Vermutung nahe, dass das Volk in beiden Abstimmungen den Zivildienst schon im Grundsatz ablehnte, unabhängig von den Zugangsmodalitäten.

#### **E. 26**

BBl 1991 II 436 f.; Schweizer in Kommentar aBV, Art. 18 Abs. 1 Satz 2, Rz. 9.

#### **E. 27**

BBl 1992 V 457 f.; Neue Zürcher Zeitung vom 18. Mai 1992 (Nr. 114), S. 16.

#### **E. 28**

Eine Darstellung der Auslegungsgrundsätze findet sich z. B. in Häfelin/Haller, § 3; Tschannen, Staatsrecht, § 4.

Gutachten

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2007

132

laut unklar scheint oder Zweifel bestehen, ob der – vordergründig klare – Wortlaut den Rechtssinn der Norm zutreffend wiedergibt. Die Bestimmung des richtigen Normsinns geschieht unter Beizug und gleichwertiger Berücksichtigung aller gängigen Auslegungsmethoden. Es sind dies die grammatikalische, die historische, die teleologische, die systematische und die geltungszeitliche Methode<sup>29</sup>. Eine Hierarchie der Auslegungsmethoden besteht nicht; es gilt der Satz vom „Methodenpluralismus“<sup>30</sup>.  
2. Auslegung von Art. 18 Abs. 1 aBV a. Grammatikalische Auslegung Die grammatikalische Auslegung ermittelt den Normsinn aufgrund des Normwortlauts. Art. 18 Abs. 1 aBV stellt eine offene, d. h. im Aussagegehalt relativ unbestimmte Verfassungsnorm dar. Verankert wird einerseits der Grundsatz der allgemeinen Wehrpflicht, andererseits der Auftrag an den Gesetzgeber, einen zivilen Ersatzdienst vorzusehen. Trotz der Unbestimmtheit der Norm lassen sich bereits aufgrund ihres Wortlauts einige Schlüsse ziehen, die zugleich der Begriffsklärung dienen können, insbesondere der Abgrenzung einer ‚freien Wahl‘ zwischen Militär- und Ersatzdienst einerseits von der Tatbeweislösung andererseits. aa. Ziviler Ersatzdienst als Ausnahme von der Wehrdienstpflicht Nach Art. 18 Abs. 1 Satz 1 der Bundesverfassung 1874 ist jeder (männliche) Schweizer wehrpflichtig. „Jeder“ heisst, dass die Wehrpflicht die Regel darstellt. Satz 2 von Art. 18 Abs. 1 aBV verpflichtet den Gesetzgeber, einen zivilen Ersatzdienst vorzusehen. Folglich stellt Satz 2 eine Ergänzung zur allgemeinen Regel von Satz 1 dar. Der Zivildienst wird als Ersatzdienst bezeichnet. Der Begriff „Ersatz“ bringt zum Ausdruck, dass es sich beim Zivildienst um eine Ausnahme handelt: An die Stelle des prioritären Militärdienstes tritt als Substitut die Verpflichtung

zum Leisten eines Zivildienstes. Der zivile Ersatzdienst

### **E. 29**

Die einzelnen Auslegungsarten werden im Rahmen der Auslegung von Art. 18 Abs. 1 aBV kurz dargestellt. Siehe dazu Ziff. 2.

### **E. 30**

BGE 124 III 266 E. 4. S. 268. Die erörterten methodischen Regeln gelten grundsätzlich unabhängig davon, ob sich die auszulegende Norm in Verfassung, Gesetz oder Verordnung findet. Zu den Besonderheiten der Verfassungsauslegung siehe Tschannen, Staatsrecht, § 4 Rz. 9 f.

Gutachten

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2007

133

gelangt folglich dann (und nur dann) zur Anwendung, wenn die den Regelfall bildende Pflicht ausnahmsweise nicht erfüllt wird<sup>31</sup>. Aus welchen Gründen dies gestattet ist, sagt die Verfassung nicht. Insbesondere schränkt der Wortlaut von Art. 18 Abs. 1 aBV den Zivildienst nicht auf Dienstverweigerer aus Gewissensgründen ein. bb. Keine freie Wahl zwischen Militär- und Ersatzdienst Die Charakterisierung des zivilen Ersatzdienstes als Ausnahme hat Konsequenzen: Grundsätzlich muss der Zivildienstwillige die von der Norm gemeinte Ausnahmesituation belegen. Der Zivildienst verlangt also nach besonderer Rechtfertigung und kann nicht voraussetzungslos geleistet werden<sup>32</sup>. Praktisch bedeutet dies, dass ein Gesuchsverfahren stattzufinden hat, in welchem Zivildienstwillige ihre Ausnahmesituation belegen müssen. Eine freie (d. h. an keine Voraussetzungen geknüpfte) Wahl zwischen Militär- und Ersatzdienst ist folglich bereits aufgrund des Verfassungstextes ausgeschlossen. Offen lässt der Wortlaut der Verfassung hingegen, auf welche Art ein Gesuchsteller das Vorliegen einer Ausnahmesituation darzulegen hat. Als Zutrittsvoraussetzungen zum zivilen Ersatzdienst kommen theoretisch die Gewissensprüfung und der Tatbeweis in Frage<sup>33</sup>. Im Verfahren der Gewissensprüfung hat der Gesuchsteller schriftlich oder mündlich (allenfalls schriftlich und mündlich) darzulegen, aus welchen Gründen er keinen Militärdienst zu leisten imstande ist. Beim (reinen) Tatbeweis rechtfertigt der Gesuchsteller seinen Anspruch auf Zulassung zum Zivildienst schon durch die Bereitschaft, einen deutlich länger dauernden Zivildienst zu erbringen. cc. Abgrenzung zwischen freier Wahl und Tatbeweis Damit ist auch gesagt, dass „Tatbeweis“ einerseits und „freie Wahl zwischen Militär- und Ersatzdienst“ andererseits nicht dasselbe meinen. Die freie Wahl zeichnet sich durch den Verzicht auf jegliches Beweiserfordernis aus und widerspricht deshalb wie erwähnt dem Wortlaut der Verfassung. Anders der Tatbeweis: Hier wird zwar der Entscheid ebenfalls nicht von einer materiellen

### **E. 31**

So auch Schweizer in Kommentar aBV, Art. 18 Abs. 1 Satz 2, Rz. 31 f.; Tobias Jaag, Ein verfassungsmässiges Musterbeispiel ohne Wenn und Aber, in: Neue Zürcher Zeitung vom 29.4.1992 (Nr. 99), S. 23.

### **E. 32**

Siehe Schweizer in Kommentar aBV, Art. 18 Abs. 1 Satz 2, Rz. 33.

### E. 33

Ob es dem Willen des historischen Verfassungsgebers entsprach, den Tatbeweis als Beweismöglichkeit auszuschliessen, wird im Rahmen der historischen Auslegung von Art. 18 Abs. 1 aBV zu prüfen sein.

Gutachten

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2007

134

Beurteilung durch eine staatliche Behörde abhängig gemacht. Im Unterschied zur freien Wahl (und gleich wie die Gewissensprüfung) geht der Tatbeweis aber von der Notwendigkeit eines Beweisverfahrens aus, wobei er schon die blossе Tat als Vermutung eines erbrachten Beweises genügen lässt. dd. Zwischenergebnis Die grammatikalische Auslegung von Art. 18 Abs. 1 aBV führt zum Schluss, dass der Militärdienst die Regel, der Zivildienst die Ausnahme darstellt. Eine freie Wahl zwischen Militär- und Ersatzdienst ist ausgeschlossen. Dem Wort- laut der Bundesverfassung sind aber keine Vorschriften über das Zulas- sungsverfahren zu entnehmen. Als mögliche Verfahren kommen sowohl die Gewissensprüfung als auch eine reine Tatbeweislösung in Frage. Im folgenden Abschnitt wird geprüft, ob der historische Verfassungsgeber sich zum Zulassungsverfahren geäussert und dabei den Tatbeweis ausge- schlossen hat. b. Historische Auslegung Die historische Auslegung fragt nach dem Sinn der Norm zum Zeitpunkt ihrer Entstehung. Man unterscheidet zwischen der subjektiv-historischen und der objektiv-historischen Methode. Erstere stellt auf den Willen des historischen Gesetzgebers ab, wie er sich aufgrund der Materialien ergibt; letztere stützt sich auf die allgemeinen Anschauungen und Zeitumstände im Umfeld der Normentstehung. Zu untersuchen ist somit, welcher Sinn Art. 18 Abs. 1 aBV im Zeitpunkt seiner Entstehung zukam. Dazu konsultieren wir den Kommissi- onsbericht zur Parlamentarischen Initiative Zivildienst, die Stellungnahme des Bundesrates und die Ratsprotokolle. Wir verzichten auf eine Untersuchung zeitlich weiter zurückliegender Initiativen (insbesondere der Tatbeweisinitiati- ve aus den 80er Jahren), da sie für die historische Auslegung von Art. 18 Abs. 1 aBV schon aus methodischen Gründen nicht massgebend sein kön- nen.

Gutachten

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2007

135

aa. Parlamentarische Initiative der Kommission Zivildienst. Änderung der Bundesverfassung. Bericht der Kommission des Nationalrates vom 20. März 1991<sup>34</sup> Wie unter Ziffer II erwähnt, beantragte die Kommission des Nationalrates 1991 die Ergänzung von Art. 18 Abs. 1 aBV durch den Satz: „Das Gesetz sieht einen zivilen Ersatzdienst vor.“ Am Grundsatz der allgemeinen Wehr- pflicht, so die Begründung, müsse zwar festgehalten werden; für Menschen aber, „die mit ihrem Gewissen nicht vereinbaren können, einen Menschen zu töten oder mitzuhelfen, jemanden zu töten, auch wenn es zur eigenen Vertei- digung dient“<sup>35</sup>, sei es angebracht, die Möglichkeit eines Ersatzdienstes vor- zusehen. Die Zulassung zum Zivildienst sollte folglich nach Meinung der Kommission auf Dienstverweigerer aus Gewissensgründen beschränkt wer- den. Des Weiteren hielt die Kommission fest, dass der Zivildienst die Ausnahme bleiben solle und die freie Wahl somit ausgeschlossen sei. Der Zivildienst müsse im Dienste der Öffentlichkeit stehen und an den

Einzelnen die gleichen Anforderungen stellen wie der Militärdienst. Zum Zugangsverfahren schreibt die Kommission<sup>36</sup>: „Die Kommission hat bewusst den Verfassungsartikel offen formuliert. Verschiedene Einzelheiten sollen auf Gesetzesstufe festgelegt werden. Dies hat zwei Gründe: Die Verfassung soll nicht mit zu vielen Einzelheiten belastet werden, und zudem kann im Gesetz den im Laufe der Zeit sich wandelnden Bedürfnissen und Anforderungen an neue Organisationsformen besser Rechnung getragen werden. Der von der Kommission vorgeschlagene Verfassungstext enthält z. B. keine Vorschriften, ob der Zugang zum Zivildienst aufgrund einer glaubwürdigen Darlegung der ethischen Gründe der Dienstverweigerung von einer Behörde bewilligt werden soll und wer diese Gewissensprüfung durchführen soll oder ob der Tatbeweis in der Form einer längeren Dauer des Zivildienstes dazu führen soll, dass nur echte Militärdienstverweigerer diesen Dienst wählen. Dies kann im Rahmen des Gesetzes festgelegt werden. Auch heute sind diese Fragen nicht in der Bundesverfassung, sondern im Militärstrafgesetz geregelt. Eine längere Dauer des Zivildienstes ist denkbar, um das Tatbeweiselement zu gewichten und zudem gleiche Anforderungen von Militär- und Zivildienst zu schaffen. In der Verfassung soll auch offen gelassen werden, aus welchen Gründen der Zivildienst geleistet werden darf.“ Daraus erhellt, dass die Kommission den Zugang zum Zivildienst nicht auf Verfassungsstufe geregelt haben wollte.

#### **E. 34**

BB1 1991 II 433 f.

#### **E. 35**

BB1 1991 II 439.

#### **E. 36**

BB1 1991 II 440.

Gutachten

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2007

136

bb. Parlamentarische Initiative der Kommission Zivildienst. Änderung der Bundesverfassung. Stellungnahme des Bundesrates vom 8. Mai 1991<sup>37</sup> Der Bundesrat stimmte der parlamentarischen Initiative zu. Auch er hielt an der allgemeinen Wehrpflicht fest und wollte den Zivildienst nur unter klar definierten Voraussetzungen zulassen. Er sah im Verfassungstext der Kommission lediglich den Grundsatz für die Einführung des Zivildienstes verankert, die konkrete Ausgestaltung aber an den Gesetzgeber delegiert. Dies wertete er einerseits positiv, denn dadurch könne „optimal den vielfältigen Vorschlägen zur Einführung eines Zivildienstes Rechnung getragen werden“<sup>38</sup>. Andererseits erkannte der Bundesrat in der Offenheit des Initiativtextes auch gewisse Risiken, da die Stimmbürger erfahrungsgemäss die Katze nicht gerne im Sack kauften<sup>39</sup>. Zum Zulassungsverfahren selbst sind der bundesrätlichen Stellungnahme keine Äusserungen zu entnehmen. cc. Parlamentarische Beratungen zur Initiative der Kommission Zivildienst (1) Debatte im Allgemeinen In beiden Räten standen die Beratungen ganz im Zeichen der Erledigung der „Jahrhundertpendenz“<sup>40</sup>. Angestrebt wurde eine mehrheitsfähige, auch für Volk und Stände annehmbare Lösung. So hielt bereits der Berichterstatter im Nationalrat zu Beginn der Debatte fest<sup>41</sup>: „Obwohl in der Kommission ein Strauss von weitgehenden Wünschen und Vorstellungen vorhanden gewesen wäre, hat man sich ganz konsequent auf das

politisch Tragbare beschränkt. Schöngestiegte Höhenflüge sind zum Scheitern verurteilt, oder – anders gesagt –: Das Bessere ist der Feind des Guten. Alle mussten bei ihrem Wunschdenken zurückstecken. Nur so konnten wir uns zu den Grundsätzen für eine politisch mehrheitsfähige Lösung für einen neuen Verfassungsartikel finden.“ Die Suche nach einer politisch tragbaren Lösung zog sich denn auch wie ein roter Faden durch die Beratungen. Mehrere Votanten äusserten sich dahingehend, dass diesem Erfordernis am ehesten Genüge getan werde durch Verankerung des Grundsatzes unter Verzicht auf weitere Regelungen auf Verfassungsstufe. In diesem Sinne der Berichterstatter im Nationalrat<sup>42</sup>:

**E. 37**

BB1 1991 II 923 f.

**E. 38**

BB1 1991 II 923.

**E. 39**

BB1 1991 II 924.

**E. 40**

AB N 1991 1440.

**E. 41**

AB N 1991 1439.

**E. 42**

AB N 1991 1439.

Gutachten

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2007

137

„Unser Entwurf will die dringende Verfassungsgrundlage sicherstellen. Alle unnötigen Anreicherungen verhindern eine mehrheitsfähige Lösung.“ Ebenso, statt vieler, Nationalrat Hubacher<sup>43</sup>: „Der Vorschlag der Kommission ist ein Kompromiss, der mehrheitsfähig sein müsste. Der Kompromiss besteht darin, dass die Wehrpflicht nicht tangiert und der Zivildienst ermöglicht wird. Die Chance, dass wir – wenn diese Grundsatzfrage bei einer Volksabstimmung positiv beantwortet würde – endlich einmal einen Check einlösen und das Problem auf Gesetzesbasis angehen können, sollte vom Parlament wahrgenommen werden; die Kommission hat hier gute Vorarbeit geleistet. Daher war auch die Ueberlegung der fast einstimmigen Kommission: Wir wollen vorerst keine Auflagen, wie lange und unter welchen Umständen dieser Zivildienst zu leisten wäre, sondern nur die Grundsatzfrage: ja oder nein?“ Trotz der Offenheit des Kommissionsentwurfs war für den Bundesrat und die Mehrheit der Abgeordneten klar, dass der Zivildienst nur unter Erfüllung gewisser Bedingungen mehrheitsfähig sein würde<sup>44</sup>. Dazu Bundesrat Villiger im Ständerat<sup>45</sup>: „Die Beratungen im Nationalrat haben meines Erachtens sehr deutlich gemacht, dass ein Zivildienst nur mehrheitsfähig ist, wenn er einige Kriterien erfüllt. [...] An der allgemeinen Wehrpflicht ist grundsätzlich festzuhalten; der Ersatzdienst ist die Ausnahme, der Militärdienst die Regel; zum Zivildienst soll nur zugelassen werden, wer den Militärdienst

nicht mit seinem Gewissen vereinbaren kann; die freie Wahl zwischen Militärdienst und Zivildienst ist ausgeschlossen; die Ernsthaftigkeit des Verweigerers muss erwiesen sein. Schliesslich muss dieser Zivildienst dem Militärdienst gleichwertig sein, was auch immer darunter zu verstehen ist.“ Freilich gab es Stimmen, die sich gegen eine offene Verfassungsbestimmung aussprachen und weitergehende Regelungen auf Verfassungsstufe befürworteten<sup>46</sup>. Doch alle Begehren, den Initiativtext zu präzisieren, scheiterten. Zu gross dürfte die Angst gewesen sein, den Konsens zu gefährden<sup>47</sup>. So wurden die Anträge auf expliziten Ausschluss der freien Wahl abgelehnt, wobei mehrfach betont wurde, die freie Wahl sei bereits aufgrund des Wortlauts der vorgeschlagenen Verfassungsbestimmung und des Verbots des stehenden Heers ausgeschlossen<sup>48</sup>. Ebenfalls abgelehnt wurde eine Ergänzung von Art.

#### **E. 43**

AB N 1991 1440.

#### **E. 44**

So auch Schweizer in Kommentar aBV, Art. 18 Abs. 1 Satz 2, Rz. 11.

#### **E. 45**

AB S 1991 965.

#### **E. 46**

So insbesondere Ständerat Rüesch, AB S 1991 967 f.; Ständerat Loretan, AB S 1991 966 f.; Nationalrat Engler, AB N 1991 1446 f.

#### **E. 47**

Dass diese Angst nicht unbegründet gewesen sein dürfte, zeigen die unterschiedlichen Stossrichtungen der Anträge: Im Nationalrat wurde einerseits beantragt, die freie Wahl auszuschliessen, während andererseits ein Antrag gerade die freie Wahl verankern wollte.

#### **E. 48**

So insbesondere die Voten von Bundesrat Villiger im Ständerat (AB S 1991 968), Nationalrätin Déglise (AB N 1991 1452) und Ständerat Kuchler (AB S 1991 967).

Gutachten

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2007

138

18 Abs. 1 aBV um das Erfordernis der Gleichwertigkeit von Militär- und Ersatzdienst<sup>49</sup>. (2) Debatte zum Zulassungsverfahren Auch die Diskussion über das Zulassungsverfahren zum Zivildienst war vom Gedanken geprägt, sich in der Verfassung auf das Grundsätzliche und politisch Tragbare zu beschränken. Die Regelung der Modalitäten sollte dem Gesetzgeber überlassen werden. Im Nationalrat als Erstrat betonte der Berichterstatter der Kommission, bedeutende Fragen seien schon bisher im Gesetz geregelt worden. Und weiter<sup>50</sup>: „Deshalb wird auch für künftige Entwicklungen die Gesetzesebene schnellere und flexiblere Lösungen zulassen. Darum berührt unsere Fassung weder die Zulassungsbedingungen zum zivilen Ersatzdienst noch ethische Gewissensgründe oder Tatbeweislösungen.“ Ähnlich der damalige Nationalrat Couchepin<sup>51</sup>: „Nous savons que certains d’entre vous seront tentés d’y ajouter des précisions, notamment l’évocation de la

prevue par l'acte, ou encore d'introduire, dans l'article constitutionnel lui-même, des précisions quant à la durée du service de remplacement. Nous pensons que ces propositions ne sont pas conformes au système qui a été choisi par les auteurs de l'article constitutionnel et qu'il faut en rester au texte très simple qui a été approuvé par la majorité de la Commission Weber. Ensuite, le travail du législateur devra commencer, quitte à ce qu'il y ait un référendum si certaines parties de l'opinion publique ne sont pas satisfaites du travail du législateur." Ein Antrag im Nationalrat, den Tatbeweis als Zulassungskriterium auf Verfassungsstufe zu verankern<sup>52</sup>, wurde mehrheitlich mit derselben Begründung abgelehnt wie die übrigen Anträge: In der Verfassung sollte einzig die Einführung des Zivildienstes vorgesehen werden; dessen Ausgestaltung sei Sache des Gesetzgebers<sup>53</sup>. Mitentscheidend war wiederum der Gedanke, die Verfassungsvorlage politisch nicht unnötig zu belasten<sup>54</sup>.

#### **E. 49**

Antrag Engler, AB N 1991 1445.

#### **E. 50**

AB N 1991 1439. 51 AB N 1991 1442. 52 Antrag Engler, AB N 1991 1445. 53 Inhaltlich abgelehnt wurde der Tatbeweis insbesondere von Nationalrätin Leutenegger Oberholzer, die eine freie Wahl befürwortete und dem Tatbeweis einen diskriminierenden Aspekt beimass (AB N 1991 1447 f.). Ebenso hegte etwa Bundesrat Villiger gewisse Bedenken gegen eine Tatbeweislösung, ohne diese grundsätzlich abzulehnen (siehe dazu weiter unten). 54 So z. B. das Votum von Berichterstatterin Déglise (AB N 1991 1452).

Gutachten

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2007

139

Ähnlich verlief die Debatte zum Zulassungsverfahren im Ständerat. Hier hielt Berichterstatter Kuchler zu Beginn der Beratung fest, der vom Nationalrat beschlossene Verfassungstext enthalte keine Vorschriften, „... ob die Zulassung zum Zivildienst von einer Behörde bewilligt werden soll, nach welchen Kriterien die Bewilligung erteilt wird und ob der Tatbeweis in der Form einer längeren Dauer des Zivildienstes für die Zulassung genügen soll. Dies alles soll nach Auffassung der Mehrheit des Nationalrates im Gesetz festgelegt werden.“<sup>55</sup> In der Kommission des Ständerates sei diskutiert worden, ob die Zulassung aufgrund des Tatbeweises nicht bereits auf Verfassungsstufe zu regeln sei. Die Kommission des Ständerates befürworte aber mehrheitlich die Fassung des Nationalrates, denn, so der Berichterstatter weiter: „Es wäre meines Erachtens verfrüht, sich schon jetzt auf den Tatbeweis zu beschränken. Unter Umständen braucht es eine Kombination von Tatbeweis und den besonderen Zulassungsverfahren mit Prüfung der Motive. Auch wenn in der Verfassung künftig nicht ausdrücklich steht, aus welchen Gründen der Zivildienst geleistet werden darf, ist aufgrund der bisherigen parlamentarischen Beratungen davon auszugehen, dass es ethische Grundwerte sein müssen.“<sup>56</sup> Wie der Nationalrat hatte ebenfalls der Ständerat über einen Antrag zur Einführung des Tatbeweises in die Verfassung zu befinden<sup>57</sup>. Auch er wurde abgelehnt und die Diskussion über die Zulassungsbedingungen auf die Gesetzesdebatte verschoben. Dies verdeutlichen folgende Aussagen aus den Beratungen des Ständerats: „Offen bleiben die Kriterien, das Verfahren, wie die Berechtigung, Ersatzdienst zu leisten, umschrieben werden soll. Man mag dies

bedauern. Aber der Vorteil dieser Lösung liegt auch darin, dass auf dem Gesetzesweg flexibler auf veränderte Anforderungen und auf Erfahrungen reagiert werden kann. Der Tatbeweis ist zweifellos eine mögliche Lösung, aber es ist nicht die einzige Lösung des Problems.“<sup>58</sup> „Im Eintretensreferat habe ich überdies erwähnt, dass die letzte, im Jahre 1984 von Volk und Ständen verworfene Volksinitiative auf dem sogenannten Tatbeweis beruhte. So müssen wir uns doch fragen, ob es sinnvoll ist, diese neue Verfassungsbestimmung wiederum mit dem Tatbeweiskriterium zu belasten und damit die Annahme durch das Volk zu gefährden. Die Kriterien für den Zivildienst, wie wir ihn dereinst ausgestalten wollen, sollen im Gesetz unmissverständlich umschrieben werden; in einem Gesetz, das seinerseits wiederum dem fakultativen Referendum untersteht.“<sup>59</sup> Gewisse Bedenken hegte, wie bereits zuvor im Nationalrat, Bundesrat Villiger, jedoch ohne eine Tatbeweislösung grundsätzlich abzulehnen<sup>60</sup>:

55 AB S 1991 963. 56 AB S 1991 963. 57 Antrag Cottier (AB S 1991 966). 58 Votum Rhinow (AB S 1991 964). 59 Votum Küchler (Berichterstatter), AB S 1991 967. 60 AB S 1991 965.

Gutachten

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2007

140

„Die Anerkennung könnte durchaus – wie das hier auch vorgeschlagen worden ist – schwergewichtig auf dem Tatbeweis beruhen. Ich habe allerdings gegenüber einem reinen Tatbeweismodell gewisse Bedenken; denn es könnte je nach Zeitgeist missbraucht werden, und das könnte die Bestände der Armee gefährden. [...] Wenn man also mit dem reinen Tatbeweismodell die Bestände sichern will, muss das Tatbeweiselement sehr intensiv sein. Das würde praktisch bedeuten, dass man wahrscheinlich wesentlich über die anderthalbfache Dauer des verweigerten Militärdienstes hinausgehen müsste. Oder dann müsste eben für den Zweifelsfall trotzdem eine Art Anhörungsmöglichkeit durch eine Zivilkommission – wie das im Ausland teilweise vorkommt – vorgesehen werden. Ich meine also, dass eine Regelung zur Verhinderung von Missbräuchen im Notfall unabdingbar wäre.“ Und weiter<sup>61</sup>: „Ich darf noch etwas zu diesem Tatbeweiselement sagen: Zwischen dem Zwang zum Militärdienst und einem Recht auf Zivildienst aus Gewissensgründen besteht notgedrungen ein Spannungsfeld. Das ist ganz selbstverständlich. Wir wissen alle, dass die Prüfung des Gewissens sehr problematisch ist. Das ist bekannt, obschon ich sagen muss, dass die Gerichte sehr viel Erfahrung haben und ständig in solchen Bereichen Entscheide fällen müssen, nicht nur in Bezug auf einen allfälligen Zivildienst. Aber es ist ja keinerlei gerichtliche Lösung mehr vorgesehen. Deshalb ist der Tatbeweis eine relativ elegante Methode. Ich muss aber betonen, dass zwischen irgendeiner Art Gewissensbeurteilung und dem Tatbeweis gewissermassen das Verhältnis der kommunizierenden Röhren herrscht: Wenn Sie sicher sein wollen, dass das nicht missbraucht wird, und wenn sie nur auf den Tatbeweis abstellen wollen, müssen Sie das Tatbeweiselement sehr stark ausgestalten. Wenn Sie flankierend andere Elemente dazu nehmen, können Sie mit dem Tatbeweiselement etwas zurückgehen. Ich persönlich würde lieber das Tatbeweiselement nicht allzu gross ausbauen und dafür eine Sicherung auf andere Weise einbauen, damit wir beispielsweise nicht auf die zweifache Dienstdauer kommen müssen. Ganz sicher wird das Tatbeweiselement, unabhängig davon, was Sie heute beschliessen, in der gesetzlichen Realisierung enthalten sein müssen. Wie diese Sicherung

ausgestattet werden soll, ist eine Frage, die noch geprüft werden muss und politisch auszudiskutieren ist.“ dd. Zwischenergebnis Zusammenfassend ergibt sich, dass das Parlament den Tatbeweis als Zulassungskriterium zum Zivildienst nicht ausschliessen wollte. Vielmehr wurde die Frage auf Verfassungsebene bewusst ausgeklammert, um die Einführung des Zivildienstes nicht als Ganzes zu gefährden. Ziel der Verfassungsänderung war die Einführung des Grundsatzes. Die Modalitäten, insbesondere das Zulassungsverfahren, sollten nach dem Willen des Verfassungsgebers auf Gesetzesebene geregelt werden<sup>62</sup>. Dass der Tatbeweis im damaligen Parla-

61 AB S 1991 968. 62 So auch Schweizer in Kommentar aBV, Art. 18 Abs. 1 Satz 2, Rz. 11 und 32.

Gutachten

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2007

141

ment allenfalls nicht mehrheitsfähig gewesen wäre, ändert an diesem Ergebnis nichts. Die historische Auslegung zeigt weiter, dass der Verfassungsgeber an der allgemeinen Wehrpflicht festhalten, eine freie Wahl zwischen Militärdienst und Zivildienst folglich ausschliessen wollte. Zivildienst sollte nur unter bestimmten Voraussetzungen geleistet werden dürfen, und der zu leistende Zivildienst sollte dem Militärdienst gleichwertig sein<sup>63</sup>. c. Teleologische Auslegung Nach dem Zweck einer Norm fragt die teleologische Auslegung – entweder nach dem Zweck der Norm zur Zeit ihrer Entstehung oder nach jenem im Zeitpunkt ihrer Anwendung. Die teleologische Auslegung kann mit anderen Worten in historischer wie in geltungszeitlicher Perspektive erfolgen. Art. 18 Abs. 1 aBV Satz 1 verankert den Grundsatz der allgemeinen Wehrpflicht; Satz 2 regelt die Frage, wie mit Militärdienstverweigerern zu verfahren sei. Dass damit die Normierung einer Ausnahmesituation bezweckt ist, zeigt sich, wie im Rahmen der grammatikalischen Auslegung dargelegt (oben Ziffer III/2.b), bereits an der Bezeichnung als Ersatzdienst. Folglich entspräche eine freie Wahl zwischen Militär- und Ersatzdienst nicht dem Zweck von Art. 18 Abs. 1 aBV, wie ihn der historische Verfassungsgeber im Sinne hatte. Ebenso impliziert der Begriff „Ersatz“ die Gleichwertigkeit von Militär- und Zivildienst. Keine Einschränkungen folgen aus der teleologischen Auslegung hingegen in Bezug auf das Zulassungsverfahren. Der Normzweck lässt sich sowohl mittels Gewissensprüfung wie auch mittels Tatbeweis wahren. Auf eine teleologische Auslegung in geltungszeitlicher Perspektive können wir an dieser Stelle verzichten. Sie führt zu keinen Erkenntnissen, die sich nicht schon aus der ‚gewöhnlichen‘ geltungszeitlichen Auslegung ergeben (siehe dazu unten e). d. Systematische Auslegung Die systematische Auslegung ermittelt den Rechtssinn einer Norm aufgrund der Zusammenhänge, in denen die Vorschrift erscheint. Massgebend sind das Verhältnis der auszulegenden Norm zu anderen Normen sowie ihre Stellung im betreffenden Erlass und in der ganzen Rechtsordnung.

63 Diese Bedingungen sind auch in den Erläuterungen des Bundesrates zur Volksabstimmung über die Einführung des Zivildienstes vom 17. Mai 1992 enthalten. Darin finden sich ebenfalls keine Einschränkungen zum Zulassungsverfahren.

Gutachten

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2007

142

Die systematische Auslegung versagt im vorliegenden Zusammenhang weitestgehend. Wie die meisten Verfassungsbestimmungen ist auch Art. 18 Abs. 1 aBV punktueller Natur. Darüber hinaus mangelte es der Bundesverfassung 1874 bekanntlich an einer signifikanten Struktur, was eine systematische Auslegung praktisch verunmöglicht<sup>64</sup>.

**Geltungszeitliche Auslegung** Die geltungszeitliche Auslegung stellt auf das Normverständnis zur Zeit der Normanwendung ab. Sie erlaubt in den Grenzen der Gewaltenteilung eine Wandlung des Normsinns bei gleich bleibendem Normtext. Wie dargelegt lässt bereits die historische Auslegung das Tatbeweiskriterium für den Zugang zum Zivildienst zu. Methodisch verwertbare Hinweise auf ein mittlerweile engeres Verfassungsverständnis bestehen nicht (vgl. dazu unten Ziffer IV/1).

**f. Fazit**  
Zusammenfassend: Die grammatikalische und die historische Auslegung liefern die entscheidenden und in sich konsistenten Hinweise zur Bedeutung von Art. 18 Abs. 1 aBV. Es zeigt sich, – dass Männer im Grundsatz einer allgemeinen Dienstpflicht unterstehen; – dass der Militärdienst die Regel, der zivile Ersatzdienst die Ausnahme bildet; – dass die freie (d.h. voraussetzungslos mögliche) Wahl zwischen Militärdienst und zivilem Ersatzdienst ausgeschlossen ist; – dass der Zivildienst, was die Belastung des Pflichtigen betrifft, dem Militärdienst gleichwertig sein soll; – dass die Verfassung den Zivildienst betreffend nur den Grundsatz, nicht aber die Zulassungsmodalitäten regelt; – dass der Zivildienst historisch gesehen zwar für Dienstverweigerer aus Gewissensgründen geschaffen wurde<sup>65</sup>; – dass der Verfassungsgeber aber eine reine Tatbeweislösung nicht ausgeschlossen hat. Was das Zulassungsverfahren im Besonderen betrifft, sind aus verfassungsrechtlicher Sicht zulässig:

<sup>64</sup> Dazu Aubert, Rz. 275bis und 276. <sup>65</sup> Vgl. insbesondere BBl 1991 II 439.

Gutachten

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2007

143

– die Gewissensprüfung; – der reine Tatbeweis; – eine Kombination von Gewissensprüfung und Tatbeweis. Alle drei denkbaren Modelle sind geeignet, den Gewissenskonflikt darzulegen. Und keines – dies sei hier ausdrücklich betont – ist vor Missbräuchen gefeit. – Die reine Tatbeweislösung verzichtet auf eine amtliche Überprüfung der Verweigerungsmotive. So ist nicht ausgeschlossen, dass neben Militärdienstverweigerern aus ethischen Gründen auch bloss politisch motivierte Verweigerer Zugang zum Zivildienst erhalten. Indem aber der Verfassungsgeber das Zulassungsverfahren offen lassen und die Tatbeweislösung nicht ausschliessen wollte, hat er solche (praktisch wenigen) Fälle in Kauf genommen. – Im Verfahren der Gewissensprüfung sind Missbräuche ebenfalls nicht auszuschliessen. Die Prüfung des Gewissens ist naturgemäss schwierig, wenn nicht unmöglich.

Gewissenskonflikte kann man vorspiegeln; man käme Täuschungsversuchen bestenfalls mit (rechtsstaatlich verbotenen) Lügendetektoren auf die Spur. Auch eine mündliche Anhörung kann also nicht verhindern, dass ‚politische‘ Verweigerer zum Zivildienst zugelassen werden.

3. Auslegung von Art. 59 Abs. 1 BV Nunmehr ist zu untersuchen, ob sich die zu Art. 18 Abs. 1 aBV gewonnenen Erkenntnisse auf Art. 59 der neuen Bundesverfassung übertragen lassen.

a. Die Bundesverfassung 1999 als Nachführung der Bundesverfassung 1874 Das Konzept der Totalrevision der Bundesverfassung war bekanntlich das einer Nachführung<sup>66</sup>. Sie diente dem Ziel, das geltende geschriebene und ungeschriebene Verfassungsrecht auf den

heutigen Stand zu bringen, es verständlich darzustellen, systematisch zu ordnen sowie Dichte und Sprache zu vereinheitlichen<sup>67</sup>. An den Verfassungsinhalten sollte sich grundsätzlich nichts ändern. Dies legt die Vermutung nahe, dass die Interpretationsergebnisse zur alten Bundesverfassung grundsätzlich auch auf die neue Bundesverfassung zutreffen<sup>68</sup>.

66 Tschannen in BTJP 1999, Nr. 4. 67 Bundesbeschluss vom 3. Juni 1987 (BB1 1987 II 963). 68 Tschannen in BTJP 1999, Nr. 23.

Gutachten

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2007

144

Im Zuge der parlamentarischen Beratungen ist das Konzept der inhaltsneutralen Nachführung allerdings mehr und mehr verlassen worden. Zudem bedingte schon die blosser Nachführung eine Reihe rechtstechnischer Vorgänge wie formale Verbesserungen, Aktualisierungen, Auf- und Rückstufungen, Streichungen und kleinere materielle Neuerungen<sup>69</sup>. Für die Auslegung der neuen Bundesverfassung bedeutet dies: Weder dürfen die unter der alten Bundesverfassung gewonnenen Auslegungsergebnisse unter Berufung auf den Nachführungsauftrag unbesehen übernommen werden, noch dürfen sie wegen der Neuheit des Normtextes völlig ausser Acht gelassen werden. Vielmehr sind für die Auslegung der neuen Verfassung einerseits Lehre und Rechtsprechung zur korrespondierenden Norm der alten Bundesverfassung beizuziehen. Andererseits muss anhand der Materialien zur Verfassungsform doch wieder jedes Mal geprüft werden, ob sich das ‚alte‘ Verfassungsverständnis mit dem Sinn der neuen Verfassungsnorm deckt<sup>70</sup>.

b. Inhaltliche Entsprechung von Art. 18 Abs. 1 aBV und Art. 59 Abs. 1 BV Art. 18 Abs. 1 Satz 1 aBV („Jeder Schweizer ist wehrpflichtig.“) lautet neu: „Jeder Schweizer ist verpflichtet, Militärdienst zu leisten“ (Art. 59 Abs. 1 Satz 1 BV). Die Änderung ist rein redaktioneller Natur. Der hier entscheidende Passus („Das Gesetz sieht einen zivilen Ersatzdienst vor.“) erscheint in beiden Verfassungen wörtlich gleich (Art. 18 Abs. 1 Satz 2 aBV bzw. Art. 59 Abs. 1 Satz 2 BV). Angaben zum Zulassungsverfahren finden sich weder in der bundesrätlichen Botschaft<sup>71</sup> noch in den Ratsprotokollen<sup>72</sup>. Diskutiert und schliesslich abgelehnt wurde im Nationalrat einzig ein Minderheitsantrag der vorberatenden Kommission, die Gleichwertigkeit von Militär- und Zivildienst in der Verfassung ausdrücklich festzuschreiben. Dazu äusserte sich Bundesrat Koller wie folgt<sup>73</sup>: „Für den Bundesrat sind Militärdienstpflicht und Ersatzdienstpflicht nicht gleichwertig. Es gibt ja auch kein freies Wahlrecht zwischen Militär- und Ersatzdienst. Die Ausgestaltung des Ersatzdienstes ist Sache des Gesetzes. Ich empfehle Ihnen daher, diesen Minderheitsantrag abzulehnen.“

c. Fazit Aus dem Gesagten erhellt, dass die Zulassung zum Zivildienst auch in Art. 59 der neuen Verfassung nicht geregelt und dem Gesetzgeber überlassen wurde<sup>74</sup>. An der Auslegung von Art. 18 Abs. 1 aBV kann festgehalten werden.

69 Tschannen in BTJP 1999, Nr. 27. 70 Tschannen in BTJP 1999, Nr. 28 f. 71 BB1 1997 I 240. 72 AB N 1998 275-278, AB S 1998 72. 73 AB N 1998 278. 74 Für eine Darstellung von Art. 59 BV vgl. statt vieler Aubert in Petit commentaire, Art.

Gutachten

Nur am Rande sei vermerkt: Die oben zitierte Aussage von Bundesrat Koller irritiert, steht doch in der Begründung der parlamentarischen Initiative zur Einführung des Zivildienstes deutlich, dass Militär- und Ersatzdienst (was die Belastung für den Dienstpflichtigen betrifft) gleichwertig sein sollen<sup>75</sup>. Das Parlament und auch der Bundesrat stimmten der Initiative zu und betonten das Erfordernis der Gleichwertigkeit von Militär- und Zivildienst<sup>76</sup>. Es ist anzunehmen, dass Bundesrat Koller einem ungenauen Begriffsgebrauch zum Opfer fiel, indem er die Termini „freie Wahl“ und „Gleichwertigkeit“ verwechselte.

IV. Umsetzung des Verfassungsauftrags im Zivildienstgesetz 1995 hat der Gesetzgeber den Auftrag zum Erlass eines zivilen Ersatzdienstes erfüllt. Nachstehend werden die entsprechenden Materialien (auch jene zur 2003 erfolgten Gesetzesrevision) analysiert.

1. Botschaft zum Bundesgesetz über den zivilen Ersatzdienst vom 22. Juni 1994 Mit einiger Verblüffung nimmt man zur Kenntnis, dass der Bundesrat nur wenige Jahre nach Einführung des Zivildienstes aus Art. 18 Abs. 1 Satz 2 aBV ein Verbot der Tatbeweislösung herauslesen will<sup>77</sup>: „Der Verfassungstext lässt offen, welche Gründe erfüllt sein müssen, um zum Zivildienst zugelassen zu werden. Sie zu definieren, wurde der Gesetzgebung überlassen. In der parlamentarischen Beratung wurden alle Anträge abgelehnt, den Verfassungstext diesbezüglich zu konkretisieren. Dass die Zulassung zum Zivildienst nicht voraussetzungslos erfolgen kann und nicht im Belieben des einzelnen Militärdienstpflichtigen stehen soll, hat der Bundesrat stets betont und ergibt sich auch klar, wenn man den Verfassungstext auslegt. Artikel 18 Absatz 1 BV stellt an den Anfang das Primat der Militärdienstpflicht. Diese ist die Regel, für deren Einhaltung die Behörden besorgt sind. Der Zivildienst folgt erst im zweiten Satz als Ausnahme von der Regel, Militärdienst leisten zu müssen. Ob die Ausnahme zugestanden werden soll, müssen wiederum die Behörden entscheiden. Wäre dem nicht so, verlöre die Regel ihren Sinn, denn es stünde im Belieben jedes einzelnen, sich von deren Geltung auszunehmen. Der Begriff ‚Ersatzdienst‘ drückt aus, dass bestimmte Voraussetzungen erfüllt sein müssen, weil eine Ausnahme von der Regel beansprucht wird. Wer Zivildienst leisten will, muss sich erklären, eine Begründung liefern und in Kauf nehmen, dass die Behörden die Begründung überprüfen und über die Gewährung der Ausnahme entscheiden. Eine freie Wahl zwischen Militär- und Zivildienst ist im Rahmen eines Ersatzdienstes ebenso ausgeschlossen wie eine reine Tatbeweislösung. Beide wären nur im Rahmen eines Alternativdienstes denkbar, bei welchem nicht eine Behörde prüft und entscheidet, ob eine Ausnahme angebracht ist, sondern die an der Ausnahme interessierte Person selbst, ohne dass die Behörde sie

59. 75 BBl 1991 II 440. 76 Vergleiche dazu insbesondere das Votum von Bundesrat Villiger im Nationalrat, AB N 1991 1443. 77 BBl 1994 III 1627.

Gutachten

daran hindern könnte. Das Gesagte schliesst jedoch nicht aus, dass ein Ersatzdienst unter anderem Elemente eines Tatbeweises enthält.“ Der Bundesrat begründet die angebliche Verfassungswidrigkeit einer reinen Tatbeweislösung mit dem Ausschluss der freien Wahl zwischen Militär- und Ersatzdienst<sup>78</sup>. Dass der Verfassungstext eine solche nicht zulässt

und von Bundesrat und Parlament nicht gewollt war, ist unbestritten. Klar ist aufgrund des Verfassungstextes und der Entstehungsgeschichte von Art. 18 Abs. 1 aBV aber auch, dass „freie Wahl“ und „Tatbeweis“ nicht das Gleiche bedeuten. Entgegen der Meinung des Bundesrates gewährt die Tatbeweislösung eben gerade nicht den voraussetzungslosen Zugang zum Zivildienst: Bedingung ist auch hier der Beweis, wenn auch nur durch die Bereitschaft zum länger dauernden Dienst. Wie die historische Auslegung von Art. 18 Abs. 1 aBV zeigt, wollte (oder musste) der Verfassungsgeber die Zulassungsfrage offen lassen. Der spätere Gesetzgeber hat dies zu akzeptieren. Indem der Bundesrat eine Tatbeweislösung für verfassungswidrig erklärt, schränkt er den Handlungsspielraum, den die Verfassung dem Gesetzgeber gewährt, wieder ein. Ein solches Vorgehen ist auslegungsmethodisch unzulässig. Der Gesetzgeber ist selbstredend frei, verfassungsmässig eingeräumte Freiheiten nicht auszuschöpfen. Es steht ihm aber nicht zu, dem historischen Verfassungsgeber nachträglich ein engeres Verfassungsverständnis zuzuschreiben. Der Verfassungsgeber hat bei Erlass von Art. 18 Abs. 1 Satz 2 aBV eine offene Konzeption gewählt; dabei bleibt es. Die spätere (engere) Sicht des Bundesrates ändert daran nichts. Der Tatbeweis als Zugangsverfahren zum Zivildienst war vom Bundesrat bei der Schaffung des Zivildienstgesetzes offensichtlich nicht gewollt. Dies ist politisch legitim. Die Gründe hätten aber als politische deklariert werden müssen. Dass dies unterblieb und der Bundesrat auf Verfassungsargumente auswich, ist leicht zu verstehen: Es ist im politischen Prozess immer einfacher, auf angebliche Verfassungsschranken zu verweisen als in der Sache selbst zu argumentieren. Es dürfte dem Bundesrat wohl darum gegangen sein, eine unerwünschte Debatte über den Tatbeweis gar nicht erst aufkommen zu lassen.

2. Parlamentarische Beratungen Das Parlament hat die soeben dargelegte Sicht des Bundesrats kritiklos hingenommen. In beiden Räten betonten die Kommissionsberichtersteller eingangs der Debatte die Verfassungswidrigkeit einer Tatbeweislösung<sup>79</sup>. Diese Auffassung wurde denn auch mehrfach wiederholt. Weder im Nationalrat

<sup>78</sup> Ebenso argumentiert Schindler, S. 183, freilich nur unter Hinweis auf die in Fn. 77 zitierte Passage aus der bundesrätlichen Botschaft. Weitere Argumente zur angeblichen Verfassungswidrigkeit einer Tatbeweislösung führt die Autorin soweit ersichtlich nicht an. Damit übernimmt sie die auslegungsmethodisch unzulässige Konstruktion des Bundesrats; dazu sogleich. <sup>79</sup> AB N 1995 617 f.; AB S 1995 711.

Gutachten

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2007

147

noch im Ständerat kam Widerspruch auf. Zwar wurde die Tatbeweislösung insbesondere im Nationalrat, wo ein Antrag auf Einführung des Tatbeweises erfolgte, diskutiert<sup>80</sup>. Doch selbst die Befürworter der Tatbeweislösung bemängelten die behauptete Verfassungswidrigkeit nicht.

3. Revision des Zivildienstgesetzes Im Zuge der Revision des Zivildienstgesetzes beantragte der Bundesrat dem Parlament insbesondere eine Verkürzung der Dauer des Zivildienstes auf den Faktor 1,3 unter Beibehaltung der Gewissensprüfung<sup>81</sup>. In der Debatte zur Gesetzesrevision entflammte die Diskussion um die Abschaffung der Gewissensprüfung und den Übergang zum Tatbeweis erneut. Die Verfassungsmässigkeit

des Tatbeweises war im Nationalrat zum wiederholten Mal umstritten. Schliesslich beschloss der Nationalrat Rückweisung des Geschäfts an die Kommission mit dem Auftrag, den Tatbeweis als Zulassungskriterium prioritär zu gewichten<sup>82</sup>. Ende 2002 lehnte der Nationalrat wie zuvor auch die Kommission die Tatbeweislösung ab<sup>83</sup>. Ein Argument der Gegner war wiederum die angebliche Verfassungswidrigkeit der Tatbeweislösung.

4. Fazit Die Verfassungsmässigkeit des Tatbeweises als Zulassungskriterium zum Zivildienst wurde beim Erlass des Zivildienstgesetzes verneint. Anlässlich der Gesetzesrevision wurde die Tatbeweislösung erneut diskutiert. Ob diese Lösung verfassungskonform sei, blieb umstritten. Die Sicht des späteren Gesetzgebers vermag den Verfassungssinn nicht nachträglich abzuändern. Wie die Materialien zu Art. 18 Abs. 1 Satz 2 aBV und Art. 59 Abs. 1 Satz 2 BV deutlich zeigen, hat sich der Verfassungsgeber bei den Zulassungsmodalitäten nicht festlegen wollen.

80 AB N 1995 632 f. 81 Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über den zivilen Ersatzdienst vom 21. September 2001 (BB1 2001, 6127 f.). 82 AB N 2002 204-213. 83 AB N 2002 1950-1960.

Gutachten

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2007

148

V. Ausgestaltung einer Tatbeweislösung Wie oben (Ziffer III) dargelegt, bildet der Zivildienst die Ausnahme von der Regel der allgemeinen Militärdienstpflicht und setzt somit ein Gesuchsverfahren voraus. Mit einem solchen Verfahren wird dem Vorrang des Militärdienstes Rechnung getragen. Gleichzeitig sichert die Verfassung den Militärdienstverweigerern aus Gewissensgründen die Möglichkeit zu, anstelle des Militärdienstes einen zivilen Ersatzdienst zu leisten<sup>84</sup>. Für ein Gesuchsverfahren auf der Basis des reinen Tatbeweises bedeutet dies: – Militärdienstverweigerer haben Anspruch auf Zulassung zum Zivildienst, wenn sie bereit sind, eine vergleichsweise längere Dienstdauer in Kauf zu nehmen. – Diese Bereitschaft gilt als Beweis dafür, dass ein Gewissenskonflikt vorliegt. – Die Bewilligung des Gesuchs darf nicht von weiteren Bedingungen (insbesondere vom Bestehen einer Gewissensprüfung) abhängig gemacht werden. – Der zivile Ersatzdienst muss dem verweigerten Militärdienst gleichwertig sein. Über die Gleichwertigkeit im Besonderen lässt sich nur wenig Genaues sagen. Sie hat qualitative Aspekte (man denke an die körperliche und seelische Belastung der Dienstpflichtigen, an das gesundheitliche Risiko oder an das allgemeine Arbeitsklima), aber auch quantitative (vor allem was die Verweildauer im Dienst betrifft). Aus praktischen Gründen wird man die „Gleichwertigkeit“ nur über die Dienstdauer, d.h. mit einem Zeitfaktor, sicherstellen können. Noch dann dürfte es bei mehr oder weniger plausiblen Richtwerten bleiben, liegen doch die Belastungen selbst innerhalb der Armee je nach Einteilung unterschiedlich hoch. Gleichwohl darf der Gesetzgeber den Zeitfaktor nicht beliebig festsetzen. Eine untere Grenze ergibt sich aus dem Primat der Wehrdienstpflicht und dem damit zusammenhängenden Ausschluss der freien Wahl zwischen Militär- und Ersatzdienst. Der Zivildienst soll aber auch keinen Strafcharakter aufweisen; darin ist die obere Grenze zu erblicken. Anders gesagt: Der Zivildienst muss deutlich länger dauern als der Militärdienst, er darf die des Militärdienstes aber nicht um ein Mehrfaches übersteigen. Ein im Verhältnis zum verweigerten Militärdienst um den Faktor 1,3 bis 2,0 längerer Zivildienst dürfte diesen Anforderungen genügen.

Gutachten

VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2007

149

VI. Beantwortung der Gutachterfragen 1. Frage 1 Ist eine Tatbeweislösung mit Artikel 59 Absatz 1 der Bundesverfassung vereinbar? Ja. Die Verfassung verbietet den reinen Tatbeweis als Zulassungskriterium zum zivilen Ersatzdienst nicht. Der Verfassungsgeber hat sich nicht auf die Gewissensprüfung festgelegt, sondern die Modalitäten der Zulassung dem Gesetzgeber zur Regelung überlassen. Ob zum Modell des reinen Tatbeweises gewechselt werden soll, ist nunmehr eine politische Frage (oben Ziffern III und IV).

2. Frage 2 Halten die Schlussfolgerungen des Bundesamtes für Justiz vom 22. März 2002 einer vertieften kritischen Überprüfung stand? Ja (oben Ziffern III und IV).

3. Frage 3 Setzt der Kontext von Artikel 59 der Bundesverfassung der Ausgestaltung der Tatbeweislösung bestimmte Grenzen (z. B. betreffend den Faktor, der die Dauer der Mehrleistung gegenüber dem Militärdienst bestimmt)? Ja. Einerseits schliesst die Verfassung die freie, d.h. voraussetzungslos mögliche Wahl zwischen Militärdienst und zivilem Ersatzdienst aus und verlangt die Gleichwertigkeit von Ersatzdienst und Militärdienst. Andererseits darf der zivile Ersatzdienst keinen Strafcharakter aufweisen. Eine 1,3- bis 2-mal längere Dienstdauer dürfte plausibel sein (oben Ziffer V).

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdruckschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali JAAC 2007.4 - Verfassungsmässigkeit eines Tatbeweises als Zulassungskriterium zum Zivildienst, Gutachten vom 28. März 2006 In Verwaltungspraxis der Bundesbehörden Dans Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération In Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione Jahr 2007 Année Anno Band - Volume Volume Seite 122-149 Page Pagina Ref. No 150 000 050 Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert. Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale. Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.