

# CH\_VB JAAC 59.61 vom 9. März 1992

Bundesverwaltung, 1992-03-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch\\_vb\\_JAAC\\_59.61\\_\\_](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_JAAC_59.61__)

FR: CH\_VB JAAC 59.61 du 9 mars 1992

IT: CH\_VB JAAC 59.61 del 9 marzo 1992

## Erwägungen

### E. 1

Dem Bundesamt für Justiz (BJ) wurde die Frage gestellt, ob die Abschaffung des Militärflichtersatzes für Invalide - wie dies eine Standesinitiative des Kantons Jura aus dem Jahre 1990 fordert - mit der in Art. 18 BV verankerten allgemeinen Wehrpflicht und mit dem Gleichbehandlungsgebot von Art. 4 Abs. 1 BV vereinbar sei. Es nahm zu dieser Frage wie folgt Stellung: I. Ausgangspunkt: Art. 18 BV Art. 18 Abs. 1 BV lautet: «Jeder Schweizer ist wehrpflichtig.» Art. 18 Abs. 4 BV bestimmt: «Der Militärflichtersatz wird nach den Bestimmungen der Bundesgesetzgebung für Rechnung des Bundes von den Kantonen erhoben.» In Abs. 1 ist lediglich der Grundsatz der allgemeinen Wehrpflicht statuiert. Was diese Pflicht beinhaltet, ist in Art. 1 Abs. 2 und 3 des BG vom 12. April 1907 über die Militärorganisation (Militärorganisation [MO], SR 510.10) festgehalten. In Abs. 2 wird umschrieben, wie lange die Wehrpflicht dauert; Abs. 3 hält fest, dass die Wehrpflicht durch persönliche Dienstleistung (Militärdienst) in den Heeresklassen zu erfüllen ist. Art. 18 Abs. 4 BV beauftragt den Gesetzgeber, den Militärflichtersatz zu regeln. Wie dies im einzelnen zu geschehen hat, darüber schweigt sich diese Verfassungsbestimmung aus. Deswegen anzunehmen, der Bundesgesetzgeber sei vollständig frei in der Ausgestaltung dieser Abgabe, wäre jedoch falsch. Grenzen setzen ihm Sinn und Zweck des durch die Verfassung vorgesehenen Militärflichtersatzes. Beim Militärflichtersatz handelt es sich um eine Ersatzabgabe, welche grundsätzlich all jene zu leisten haben, die, aus welchen Gründen auch immer, ihre Wehrpflicht nicht durch persönliche Dienstleistung erfüllen (vgl. Art. 2 Abs. 1 MO). Es kommt ihm im wesentlichen eine zweifache Funktion zu: «Zum einen ist er ein Mittel zur Durchsetzung des Grundsatzes der allgemeinen Wehrpflicht, zum andern ein Mittel zur Sicherung des personellen Bestandes der schweizerischen Milizarmee» (Walti Peter Rudolf, Der schweizerische Militärflichtersatz, Diss. iur., Zürich 1979, S. 44, Ziff. 108). Der Militärflichtersatz dient ferner dazu, «die Rechtsgleichheit unter den Wehrpflichtigen wiederherzustellen, indem er dem nichtdienenden Wehrpflichtigen eine Geldleistung auferlegt, die die persönlichen und wirtschaftlichen Opfer ausgleichen soll, die derjenige auf sich nimmt, der seinen Militärdienst absolviert» (Walti, a. a. O., S. 46, Ziff. 111). II. Lehrmeinungen in bezug auf den Kreis der Ersatzpflichtigen Bei der Bestimmung des Kreises der Ersatzpflichtigen hat der Gesetzgeber die verfassungsrechtliche Funktion des Militärflichtersatzes zu beachten. In der Lehre ging man stets davon aus, dass der Bundesgesetzgeber gewisse Gruppen von an sich Ersatzpflichtigen aus Gründen der Billigkeit und Rechtsgleichheit von der Abgabepflicht befreien könne (vgl. Prof. Marti Hans, Gutachten vom 23. Oktober 1958, S. 19). Eine Abgabebefreiung für

### E. 2

alle, die von der Dienstleistung befreit sind, wurde jedoch abgelehnt. Aus Gründen der Rechtsgleichheit erachtete die Lehre es hingegen als zulässig, Dienstbefreite, welche eine im Zusammenhang mit der Landesverteidigung stehende Tätigkeit ausüben, auch vom Militärflichtersatz zu befreien, sofern diese Tätigkeit in gleichen oder ähnlichen Formen wie der Militärdienst erfolgt. Massgebendes Kriterium war mithin, ob eine Tätigkeit mit der persönlichen Dienstleistung in der Armee vergleichbar sei und damit als Erfüllung der Wehrpflicht angesehen werden konnte (vgl. zum Ganzen: Marti, a. a. O., S. 22; Walti, a. a. O., S. 92 f.; VPB 28.6, S. 31 ff.). Dies wurde etwa angenommen bei den Angehörigen des Festungswachtkorps, des Überwachungsgeschwaders oder der organisierten Polizeikorps. Aus Billigkeitsgründen wurde zudem stets die Befreiung von der Ersatzabgabe jener Wehrpflichtigen als zulässig erachtet, welche in ihrer Gesundheit durch den Militärdienst geschädigt und aus diesem Grund dienstuntauglich erklärt oder vom Dienst suspendiert wurden. III. Ausdehnung der Ersatzbefreiung durch den Gesetzgeber Der Gesetzgeber hat in der Folge in zwei Fällen den Kreis der Ersatzbefreiten stark ausgeweitet und damit seine bis anhin der Lehre folgende Linie bei der Umschreibung der Ausnahmen verlassen. Eine erste Ausdehnung geschah mit der Anrechnung von Dienstleistungen im Zivilschutz bei der Bestimmung der Ersatzabgabe (Art. 50 des BG vom 23. März 1962 über den Zivilschutz, Zivilschutzgesetz [ZSG], SR 520.1). Eine zweite Ausdehnung erfolgte anlässlich der Revision des BG vom 12. Juni 1959 über den Militärflichtersatz (MPG, SR 661) im Jahre 1979, als alle nach Art. 13 MO von der persönlichen Dienstleistung Befreiten auch von der Ersatzpflicht befreit wurden (Art. 4 Abs. 1 Bst. c MPG). In beiden Fällen geschah dies gegen den Willen des Bundesrates, der verfassungsrechtliche Bedenken äusserte (vgl. zu Art. 50 ZSG: BBl 1961 II 713 f., Amtl. Bull. 1959 N 8, Amtl. Bull. 1961 N 601 f.; zu Art. 4 Abs. 1 Bst. c MPG: BBl 1958 349, BBl 1978 II 927). a. Anrechnung der Dienstleistung im Zivilschutz Nach Art. 50 Abs. 1 ZSG können Dienstleistungen im Zivilschutz hinsichtlich des Militärflichtersatzes angemessen berücksichtigt werden. Verschiedene Autoren halten diese Bestimmung für verfassungsrechtlich problematisch oder gar verfassungswidrig (vgl. Höhn Ernst, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Art. 18 Abs. 4, Rz. 9, Anm. 22; Walti, a. a. O., S. 148, Anm. 247; Grob Ernst, Die Schutzdienstpflicht sowie die Rechte und Pflichten der Schutzdienstleistenden, in: Der Zivilschutz, Veröffentlichung der Schweizerischen Verwaltungskurse an der Hochschule St. Gallen, Bd. 21, Einsiedeln 1963, S. 71 f., 78 ff.). Begründet wird diese Auffassung hauptsächlich damit, der Zivilschutz sei eine zivile und nicht eine militärische Institution; Dienstleistungen im Zivilschutz könnten nicht die Wehrpflicht ersetzen.

### **E. 3**

Nach Ansicht des BJ lässt sich jedoch mit guten Gründen eine gegenteilige Auffassung vertreten. Der Zivilschutz dient wie das Militär der Landesverteidigung (vgl. Art. 1 Abs. 1 ZSG). Die Dienstleistung erfolgt zumindest in einem gewissen Mass in militärähnlicher Form. Zivilschutzpflichtige im wehrpflichtigen Alter leisten einen Dienst, den Wehrmänner im dienstpflchtigen Alter nicht zu erbringen haben. Die Anrechnung der Dienstleistung im Zivilschutz auf den Militärflichtersatz erscheint daher aus Billigkeitsgründen als gerechte Lösung (so auch Malinverni Giorgio, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Art. 22bis, Rz. 31). Die allgemeine Wehrpflicht wird zudem nicht tangiert, weil der Wehrpflichtige keine Wahl hat zwischen Dienstleistung in der Armee und im Zivilschutz. Der Bundesrat hat gestützt auf Art. 50 Abs. 2 ZSG in Art. 71 der V vom 27. November 1978 (Zivilschutzverordnung [ZSV], SR 520.11) das Ausmass der Anrechnung der Dienstleistung im Zivilschutz festgelegt. Danach ermässigt sich die

Ersatzabgabe um einen Zehntel für jeden Tag Schutzdienst. Leistet ein Zivilschutzpflichtiger in einem Jahr 10 Tage Dienst, hat er für dieses Jahr keinen Militärflichtersatz zu leisten. Man muss sich fragen, ob mit dieser Regelung die Dienstleistungen im Zivilschutz nicht zu grosszügig für den Militärflichtersatz berücksichtigt werden (vgl. Wili Hans-Urs, Bundesverfassungsrecht Entwicklung 1989, in: Sonderheft zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, S. 162 f.). Wili bestreitet die Äquivalenz von Dienstleistungen im Zivilschutz und im Militär unter anderem mit der Begründung, der Zivilschutzdienst werde in der Regel am Wohnort geleistet, was zumeist eine zeitige abendliche Heimkehr erlaube. Die mit der Armeereform 95 geplanten Änderungen hinsichtlich Dauer der Militärdienstpflicht und der Schutzdienstpflicht werden Anlass geben, die Frage der Angemessenheit erneut zu prüfen. Geprüft werden sollte bei dieser Gelegenheit auch, ob es weiterhin gerechtfertigt sei, die Leistung von Militärdienst bei der Anrechnung an den Militärflichtersatz tiefer einzustufen, als die Dienstleistung im Zivilschutz. So werden bei Militärdienstpflichtigen nur drei oder mehr Dienstage im Ersatzjahr für den Militärflichtersatz angerechnet (vgl. Art. 15 MPG), während im Zivilschutz zwei Dienstage eine Reduktion um 20% bewirken. b. Keine Ersatzabgabe für nach Art. 13 MO Dienstbefreite Nach Art. 4 Abs. 1 Bst. c MPG ist von der Ersatzpflicht befreit, wer im Ersatzjahr nach Art. 13 MO von der persönlichen Dienstleistung befreit ist. Begründet wurde diese im Jahre 1979 eingeführte Ausnahme wie folgt: Es gehe dabei um Personen, die für die Landesverteidigung auch im Kriegsfall an ihrem angestammtem Platz unentbehrlich seien und deshalb keinen Militärdienst leisten dürften. Bei diesen Dienstbefreiten handle es sich um dienstfähige und dienstwillige Wehrpflichtige. Es sei unbefriedigend, wenn diese Personen, denen wegen ihrer beruflichen Funktion die persönliche Dienstleistung im öffentlichen Interesse verwehrt sei, Militärflichtersatz leisten müssten (vgl. Amtl. Bull. 1979 N 54, 59 f.; Kley Andreas, Grundpflichten Privater im schweizerischen Verfassungsrecht, Diss. iur. St. Gallen 1989, S. 240 f.).

#### **E. 4**

Dem Parlament wurde sein Entscheid, die nach Art. 13 MO Dienstbefreiten auch vom Militärflichtersatz zu befreien, durch ein Gutachten aus dem Jahre 1976 der damaligen Justizabteilung stark erleichtert. In diesem wurde mit den oben erwähnten Argumenten die Ersatzbefreiung dieser Personen nicht bloss als verfassungsrechtlich zulässig erklärt, sondern aus Billigkeitsgründen gar empfohlen. Das von der Lehre geforderte Kriterium, dass eine Tätigkeit in militärgleicher oder wenigstens militärähnlicher Form vorliegen müsse, wurde aufgegeben. Entscheidendes Kriterium sollte nun sein, ob jemand für den Staat an seinem zivilen Posten unentbehrlich sei. «Car si un homme est indispensable à l'Etat dans son poste civil, son exemption du service profite à sa fonction, et ceci justifie une exonération de la taxe; en revanche, s'il n'accomplit pas un travail qui semble indispensable à l'Etat, non seulement l'exonération de la taxe ne se justifie pas, mais surtout l'exemption du service n'est pas légitime.» (Gutachten, S. 14) Indem das Parlament dem Gutachten folgte, verliess es die in der Lehre verfolgte Linie. Es bewertete Billigkeitsüberlegungen zumindest gleich stark wie die verfassungsrechtlichen Überlegungen zur allgemeinen Wehrpflicht. Die Forderung, dass das Recht gerecht und billig sein soll, ist ein ungeschriebenes Prinzip der Verfassung. Der Gesetzgeber hat daher auch bei der Konkretisierung einer verfassungsmässigen Pflicht dieses Prinzip zu beachten. Das war die Leitidee bei der getroffenen Ausnahme. Diese erweist sich jedoch nur dann als gerechtfertigt, wenn strikt auf die Unentbehrlichkeit in einer zivilen Funktion als Grund für die Dienstbefreiung abgestellt wird. An dieses Kriterium sind hohe Anforderungen zu

stellen. Es darf nicht im Belieben einer Person stehen, welche eine unentbehrliche zivile Funktion ausübt, darüber zu entscheiden, ob sie nun Militärdienst leisten will oder nicht. Ausschlaggebend ist nach dem Willen des Gesetzgebers allein die Funktion. Es fragt sich, ob in der Praxis bei Dienstbefreiungen diese strenge Voraussetzung immer beachtet wird. Das BJ kann dies mangels näherer Kenntnis nicht beurteilen, weil es die Praxis nicht kennt. In einem Punkt hat das BJ jedoch gewisse Bedenken: Nach Art. 13 Abs. 1 Ziff. 6 MO sind «die im Kriegsfall unentbehrlichen Beamten und Angestellten der einem allgemeinen Interesse dienenden öffentlichen Verkehrsanstalten und der allgemeinen Militärverwaltung» von der persönlichen Dienstleistung befreit. «Eine Verordnung des Bundesrates bezeichnet diese Verkehrsanstalten und die im Kriegsfall unentbehrlichen Beamten und Angestellten». Mit dem Erlass der V vom 22. Dezember 1986 über die Befreiung vom Militärdienst nach den Artikeln 12-14 der Militärorganisation (SR 511.31) ist der Bundesrat dieser Aufgabe wenigstens teilweise nachgekommen. Nur teilweise deshalb, weil eine Bestimmung über die im Kriegsfall unentbehrlichen Beamten und Angestellten der allgemeinen Militärverwaltung fehlt. In Art. 11 (Unentbehrliche Beamte und Angestellte der Postdienste) und Art. 12 (Unentbehrliche Beamte und Angestellte der Bahnen des allgemeinen Verkehrs) sind für bestimmte Armeeangehörige jeweils Ausnahmen von der Dienstbefreiung vorgesehen. So können beispielsweise die Offiziere nicht

## **E. 5**

vom Dienst befreit werden (Art. 11 Abs. 2 Bst. a. und Art. 12 Abs. 3 Bst. a.). Nimmt man es mit der Unentbehrlichkeit ernst, dürften Offiziere nie mit unentbehrlichen zivilen Funktionen betraut werden. IV. Keine Ersatzabgabepflicht für Invalide Bereits im Jahre 1979 - anlässlich der Teilrevision des Bundesgesetzes über den Militärpflichtersatz - wurde die Befreiung der Invaliden vom Militärpflichtersatz in den eidgenössischen Räten eingehend diskutiert (vgl. Amtl. Bull. 1979 S 204 f. und 209 ff., N 53 ff.). Eine vollständige Befreiung - unabhängig vom Einkommen der Invaliden - wurde damals abgelehnt. Es fragt sich heute, ob eine Befreiung aus Gründen der Billigkeit zulässig wäre. Dabei ist vorzuschicken, dass der Begriff des Invaliden nicht sehr klar ist und somit der Präzisierung bedarf. Würde jede Art einer geistigen oder körperlichen Behinderung als Invalidität qualifiziert, wären alle Militärdienstuntauglichen als Invalide zu bezeichnen, da ja der Grund für die Untauglichkeitserklärung wohl in jedem Fall irgend eine Form von körperlicher oder geistiger Behinderung ist. Wie oben dargelegt, ist es Sache des Gesetzgebers, die in Art. 18 BV verankerte allgemeine Wehrpflicht zu konkretisieren. Es wäre ihm unbenommen gewesen, diese dahingehend zu umschreiben, dass wehrpflichtig nur ist, wer dazu körperlich und geistig auch in der Lage ist. Ferner wurde bereits aufgezeigt, dass es mit der allgemeinen Wehrpflicht vereinbar ist, aus Gründen der Billigkeit und Gerechtigkeit gewisse Personengruppen auch vom Militärpflichtersatz zu befreien. Liegen solche Gründe bei den Invaliden vor, so sind sie zu wägen und mit jenen zu vergleichen, die zur Ersatzabgabebefreiung der nach Art. 13 MO von der persönlichen Dienstleistung Befreiten führten. Erweisen sich diese Gründe bei den Invaliden als gleichwertig oder stärker im Vergleich zu den Befreiungsgründen für Personen gemäss Art. 4 Abs. 1 Bst. c MPG, so gebietet die Rechtsgleichheit, dass auch die Invaliden von der Ersatzabgabe befreit werden. Der Gesetzgeber darf nicht bei der einen Personengruppe Gründe der Billigkeit in die Waagschale werfen und bei der anderen Personengruppe solche unberücksichtigt lassen. Welche Gründe sprechen für eine Befreiung der Invaliden von der Ersatzabgabe? 1. Die Invaliden wie die Dienstbefreiten nach Art. 13 MO auch dürfen, selbst

wenn sie es wollten, keinen Dienst leisten. Mit der Untauglichkeitserklärung wird ihnen die Möglichkeit zur Dienstleistung verwehrt. 2. Die Dienstbefreiten nach Art. 13 MO haben in der Regel freiwillig (Ausnahme möglich bei Amtszwang) eine unentbehrliche zivile Funktion angenommen. Sie haben dies in Kenntnis der Folge, keinen Militärdienst leisten zu dürfen, getan. Demgegenüber haben die Invaliden ihre Invalidität und damit den Grund, dass sie keinen Militärdienst leisten dürfen, in der Regel nicht freiwillig gewählt.

## E. 6

3. Ein Vergleich: Angenommen, es würde im BG vom 17. Dezember 1976 über die politischen Rechte (SR 161.1) eine allgemeine Stimmpflicht eingeführt. Nach Art. 2 dieses Gesetzes ist vom Stimmrecht ausgeschlossen, wer wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche entmündigt wurde. Um den Grundsatz der allgemeinen Stimmpflicht durchzusetzen, könnte nun ein «Stimmpflichtersatz» eingeführt werden, den all jene zu leisten hätten, die ihrer Stimmpflicht beispielsweise zweimal im Jahr nicht nachkommen. Diese Ersatzabgabe müssten auch jene zahlen, welche wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche gar nicht stimmen dürfen. Es springt ins Auge, dass eine solche Regelung ohne Ausnahme stossend wäre. Welcher Unterschied besteht jedoch zwischen der Ersatzabgabe nach diesem konstruierten Fall und dem Militärflichtersatz für Invalide? 4. Nur beschränkt körperlich oder geistig Behinderte müssen und dürfen Zivilschutz leisten. Durch die Leistung von Zivilschutz, reduziert sich bei diesen Personen der Militärflichtersatz. Behinderte mit einem bestimmten Invaliditätsgrad sind jedoch auch vom Zivilschutz ausgeschlossen (vgl. Art. 41 Abs. 1 ZSG). Sie haben somit keine Möglichkeit, die Höhe des Militärflichtersatzes durch Dienstleistung im Zivilschutz zu reduzieren. 5. Die Funktion des Militärflichtersatzes hat sich im Laufe der Zeit verändert. Als Mittel zur Durchsetzung der Wehrpflicht hat er ausgedient. Es gibt wohl heute niemanden, der wegen des Militärflichtersatzes darauf verzichtet, seine Dienstpflicht nicht zu erfüllen. Die Durchsetzung der allgemeinen Wehrpflicht wird durch das Militärstrafrecht (Art. 81-83 des Militärstrafgesetzes vom 13. Juni 1927 [MStG], SR 321.0) sichergestellt. Auch dient der Militärflichtersatz heute nur mehr beschränkt dazu, die wirtschaftlichen Opfer auszugleichen, die jenen trifft, der Militärdienst leistet. Denn während früher der Wehrmann selber auf eigene Kosten für die Ausrüstung besorgt sein musste, wird sie ihm heute gratis zur Verfügung gestellt. Zudem erleiden Militärdienstleistende dank der Erwerbsersatzordnung heute in der Regel kaum mehr eine Erwerbseinbusse. Die Funktion des Militärflichtersatzes beschränkt sich daher heute im wesentlichen auf den Ausgleich der persönlichen Opfer, Mühen und Entbehrungen, die ein Militärdienstleistender auf sich zu nehmen hat. Denkt man nun aber an jene Opfer, Mühen und Entbehrungen, die ein ab einem gewissen Grade Invaliden tagtäglich auf sich nehmen muss, so entfällt bei diesen Personen auch die Funktion eines Opferausschleichs. Die Gründe der Billigkeit, die für eine Ersatzbefreiung der Invaliden sprechen, erweisen sich somit mindestens als ebenso gewichtig wie jene, welche zur Ersatzbefreiung der nach Art. 13 MO Dienstbefreiten führten. Zudem hat der Militärflichtersatz bei den Invaliden keine Funktion mehr.

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