

2007.4 (S. 122–149)

Verfassungsmässigkeit eines Tatbeweises als Zulassungskriterium zum Zivildienst

*Tschannen Pierre, Prof. Dr. iur., Institut für öffentliches Recht, Universität Bern
Herrmann Beatrice, lic. iur., Fürsprecherin, Assistentin Abteilung Tschannen, Universität Bern*

Gutachten vom 28. März 2006

Stichwörter: Gewissensprüfung; Historische Auslegung; Militärdienst; Tatbeweis; Zivildienst

Mots clés: Examen de conscience. Interprétation historique. Service militaire. Preuve par l'acte. Service civil

Termini chiave: Esame dei motivi di coscienza; Interpretazione storica; servizio militare; prova dei fatti; servizio civile

Regeste: Die Entstehungsgeschichte von Art. 18 Abs. 1 aBV aus dem Jahre 1992 zeigt, dass der Verfassungsgeber sich nicht auf die Gewissensprüfung als Zulassungskriterium zum Zivildienst festlegen wollte. Die Modalitäten wurden vielmehr bewusst dem Gesetzgeber zu Regelung überlassen. Aus verfassungsrechtlicher Sicht sind somit neben der Gewissensprüfung sowohl der Tatbeweis als auch eine Kombination von Gewissensprüfung und Tatbeweis denkbar. Art. 18 aBV verlangt jedoch die Gleichwertigkeit von Militär- und Zivildienst; ausserdem verbietet er die freie, d.h. voraussetzungslos mögliche Wahl zwischen den beiden Dienstarten. Der Übergang von Art. 18 Abs. 1 aBV zu Art. 59 Abs. 1 BV ändert an diesem Auslegungsergebnis nichts. (Ziff. II-III)

Die 1994 vom Gesetzgeber vertretene Auffassung, Art. 18 Abs. 1 aBV schliesse eine Tatbeweislösung aus, widerspricht den Verfassungsmaterialien und ist nicht geeignet, die Verfassung nachträglich umzudeuten. (Ziff. IV)

Der Tatbeweis wird durch die Bereitschaft erbracht, eine im Vergleich zum Militärdienst längere Dienstdauer in Kauf zu nehmen. Der zivile Ersatzdienst darf aber keinen Strafcharakter aufweisen. Eine 1,3- bis 2-mal längere Dienstdauer dürfte plausibel sein (Ziff. V).

Regeste: L'historique de l'art. 18, al. 1, aCst., qui remonte à 1992, montre que les auteurs de la Constitution n'ont pas voulu faire de l'examen de conscience le critère d'admission au service civil. Ils ont au contraire laissé consciemment le législateur fixer les modalités en la matière. Du point de vue du droit constitutionnel, non seulement l'examen de conscience mais aussi la preuve par l'acte de même qu'une combinaison de l'examen de conscience et de la preuve par l'acte entrent en ligne de compte comme critères d'admission. L'art. 18 aCst. consacre l'équivalence du service militaire et du service civil; il interdit en outre le libre choix – soit le choix sans condition – entre les deux types de services. Le passage de l'art. 18, al. 1, aCst. à l'art. 59, al. 1, Cst. ne change rien au résultat de cette interprétation. (ch. II-III)

La position défendue par le législateur en 1994, qui consiste à dire que l'art. 18, al. 1, aCst. exclut la possibilité de la preuve par l'acte, est en contradiction avec les travaux préparatoires et ne justifie pas une réinterprétation a posteriori de la Constitution. (ch. IV)

La preuve par l'acte est fournie par le fait que la personne est disposée à accomplir un service d'une durée plus longue que celle du service militaire. Le service civil de remplacement ne doit toutefois pas avoir le caractère d'une punition. Une durée de service 1,3 à 2 fois plus longue paraît raisonnable. (ch. V).

Regesti: *La genesi dell'articolo 18 capoverso 1 vCost. del 1992 mostra che il Costituente non ha voluto sancire l'esame dei motivi di coscienza come criterio di ammissione al servizio civile. Il compito di disciplinare le modalità è stato volutamente affidato al legislatore. Dal punto di vista costituzionale, oltre all'esame dei motivi di coscienza, si potrebbe quindi considerare sia la prova dei fatti sia una combinazione del suddetto esame e della prova. L'articolo 18 vCost. esige tuttavia l'equivalenza di servizio militare e servizio civile; vieta inoltre la libera (ossia incondizionata) scelta tra i due tipi di servizi. Il passaggio dall'articolo 18 capoverso 1 vCost. all'articolo 59 capoverso 1 Cost. non cambia questa interpretazione. (cifre II-III)*

La concezione sostenuta dal legislatore nel 1994, secondo cui l'articolo 18 capoverso 1 vCost. escludeva la soluzione della prova dei fatti, è in contraddizione con i documenti alla base della Costituzione e non è idonea per dare a posteriori una diversa interpretazione della Costituzione. (cifra IV)

La prova dei fatti è data dalla disponibilità ad accettare una durata di servizio più lunga rispetto al servizio militare. Il servizio civile sostitutivo non può tuttavia avere un carattere penale. Una durata di servizio più lunga (da 1,3 a 2 volte) potrebbe essere plausibile (cifra V).

Rechtliche Grundlagen: Art. 18 Abs. 1 aBV; Art. 59 BV (SR 101)

Base juridique: Art. 18 al. 1 aCst.; art. 59 Cst. (RS 101)

Base giuridico: Art. 18 cpv. 1 aCost.; art. 59 Cost. (RS 101)

Inhalt

Literatur	125
Materialien	125
Erlasse	126
I. Ausgangslage	127
1. Vorgeschichte	127
2. Auftrag und Vorgehen	128
II. Entstehungsgeschichte des zivilen Ersatzdienstes	129
1. Erste Vorstösse	129
2. Gesetzesebene	130
3. Verfassungsebene	130
III. Auslegung der massgebenden Verfassungsbestimmungen	131
1. Auslegungsgrundsätze	131
2. Auslegung von Art. 18 Abs. 1 aBV	132
a. Grammatikalische Auslegung	132
b. Historische Auslegung	134
c. Teleologische Auslegung	141
d. Systematische Auslegung	141
e. Geltungszeitliche Auslegung	142
f. Fazit	142
3. Auslegung von Art. 59 Abs. 1 BV	143
a. Die Bundesverfassung 1999 als Nachführung der Bundesverfassung 1874	143
b. Inhaltliche Entsprechung von Art. 18 Abs. 1 aBV und Art. 59 Abs. 1 BV	144
c. Fazit	144
IV. Umsetzung des Verfassungsauftrags im Zivildienstgesetz	145
1. Botschaft zum Bundesgesetz über den zivilen Ersatzdienst vom 22. Juni 1994	145
2. Parlamentarische Beratungen	146
3. Revision des Zivildienstgesetzes	146
4. Fazit	146
V. Ausgestaltung einer Tatbeweislösung	148
VI. Beantwortung der Gutachterfragen	149
1. Frage 1	149
2. Frage 2	149
3. Frage 3	149

Literatur

- AUBERT JEAN-FRANÇOIS, Bundesstaatsrecht der Schweiz, Fassung von 1967, neu bearbeiteter Nachtrag bis 1990, Band I, Basel/Frankfurt am Main 1991 (zit.: Aubert)
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003 (zit.: Petit commentaire)
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht – Die neue Bundesverfassung, Zürich/Basel/Genf 2005 (zit.: Häfelin/Haller)
- SCHINDLER ROXANE, Die allgemeine Dienstpflicht, Zürcher Dissertation, Zürich 1997 (zit.: Schindler)
- SCHWEIZER RAINER J., in: AUBERT JEAN-FRANÇOIS u. a. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1986 ff., Art. 18 Abs. 1 Satz 2 (zit.: Schweizer in Kommentar aBV, Art. 18 Abs. 1 Satz 2)
- TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 2004 (zit.: Tschannen, Staatsrecht)
- WYDER THEODOR, Wehrpflicht und Militärdienstverweigerung – Entstehung, Gesetz, Arten und Sanktionen in der Schweizer Armee, Bern/Frankfurt am Main/New York/Paris 1988 (zit.: Wyder)
- ZIMMERLI ULRICH (Hrsg.), Berner Tage für die juristische Praxis (BTJP 1999), Die neue Bundesverfassung – Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft, Bern 2000 (zit.: BTJP 1999)

Materialien

- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Teilrevision des Militärstrafgesetzes und der Militärstrafgerichtsordnung vom 22. Juli 1949 (BBI 1949 II 137 ff.)
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Teilrevision des Militärstrafgesetzes vom 6. März 1967 (BBI 1967 I 581 ff.)
- Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Volksbegehren für die Schaffung eines Zivildienstes (sog. Münchensteiner Initiative) vom 10. Januar 1973 (BBI 1973 I 89 ff.)
- Botschaft über die Einführung eines zivilen Ersatzdienstes vom 21. Juni 1976 (BBI 1976 II 961 ff.)
- Botschaft über die Volksinitiative „für einen echten Zivildienst auf der Grundlage des Tatbeweises“ vom 25. August 1982 (BBI 1982 III 1 ff.)
- Botschaft über die Änderung des Militärstrafgesetzes und des Bundesgesetzes über die Militärorganisation vom 27. Mai 1987 (BBI 1987 II 1311 ff.)

Parlamentarische Initiative der Kommission Zivildienst. Änderung der Bundesverfassung. Bericht der Kommission des Nationalrates vom 20. März 1991 (BBI 1991 II 433 f.)

Parlamentarische Initiative der Kommission Zivildienst. Änderung der Bundesverfassung. Stellungnahme des Bundesrates vom 8. Mai 1991 (BBI 1991 II 923 f.)

Erläuterungen des Bundesrates zur Volksabstimmung vom 17. Mai 1992, S. 57-62, unter
<http://www.admin.ch/ch/d/pore/va/19920517/explic/d-pp0180.pdf>

Botschaft zum Bundesgesetz über den zivilen Ersatzdienst (Zivildienstgesetz, ZDG) vom 22. Juni 1994 (BBI 1994 III 1609 ff.)

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996 (BBI 1997 I 240)

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über den zivilen Ersatzdienst vom 21. September 2001 (BBI 2001, 6127 ff.)

Parlamentarische Beratungen:

Nationalrat

- AB N 1991 1438-1453
- AB N 1995 617-666
- AB N 1995 745-760
- Reform der Bundesverfassung. Separatdrucke der Amtlichen Bulletins 1998, AB N 1998 275-278
- AB N 2002 204-213
- AB N 2002 1950-1960
- AB N 2005 1793-1796
- AB N 2005 1858-1860

Ständerat

- AB S 1991 962-968
- AB S 1995 711-733
- Reform der Bundesverfassung. Separatdrucke der Amtlichen Bulletins 1998, AB S 1998 72

Erlasse

Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (aBV; aufgehoben am 1. Januar 2000 mit dem Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung vom 18. April 1999)

Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

Bundesgesetz über den zivilen Ersatzdienst vom 6. Oktober 1995 (Zivildienstgesetz, ZDG; SR 824.0)

I. Ausgangslage*

1. Vorgeschichte

Die Frage nach der Behandlung von Militärdienstverweigern ist alt¹. Die so genannte Jahrhundertpendenz² wurde 1992 durch Einführung des zivilen Ersatzdienstes auf Verfassungsebene dem Grundsatz nach gelöst. *Art. 18 Abs. 1 der Bundesverfassung von 1874*³ lautete seither:

Jeder Schweizer ist wehrpflichtig. Das Gesetz sieht einen zivilen Ersatzdienst vor.

In *Art. 59 Abs. 1 der heute geltenden Bundesverfassung*⁴ heisst es fast wortgleich:

Jeder Schweizer ist verpflichtet, Militärdienst zu leisten. Das Gesetz sieht einen zivilen Ersatzdienst vor.

Nicht gelöst wurde durch diese Grundsatzbestimmung die *Frage nach den Bedingungen*, die ein Militärdienstverweigerer zu erfüllen hat, um zum Zivildienst zugelassen zu werden. Jedenfalls dem Wortlaut nach lässt sich der Verfassung nicht entnehmen, wie das Zulassungsverfahren zum Zivildienst konkret auszugestalten sei⁵. In der Folge wurde (und wird bis heute) diskutiert, ob die Verfassung für die Zulassung zum Zivildienst eine so genannte Gewissensprüfung verlange oder ob auch eine Tatbeweislösung⁶ zulässig sei.

Nach dem heutigen *Bundesgesetz über den zivilen Ersatzdienst*⁷ wird zum Zivildienst zugelassen, wer glaubhaft darlegen kann, dass er den Militärdienst nicht mit seinem Gewissen vereinbaren kann. Hierzu sieht das Gesetz ein zweistufiges Verfahren vor: Zunächst wird die *Einreichung eines Gesuchs* verlangt, in welchem der Gesuchsteller den geltend gemachten Gewissenskonflikt darlegt. Anschliessend hat er seine Gewissensgründe der Zulassungskommission mündlich darzulegen (so genannte *Gewissensprüfung*). Diese entscheidet schliesslich über die Zulassung zum Zivildienst. Der Zivildienst dauert 1,5-mal so lange wie der noch zu leistende Militärdienst. Das

* Mit Blick auf die politische Bedeutung der Frage erlaubt sich der Erstverfasser den Hinweis, dass er rund 900 Tage Militärdienst geleistet hat.

¹ Zur Entstehungsgeschichte des zivilen Ersatzdienstes siehe unten Ziffer II.

² AB N 1991 1440 (Votum Hubacher).

³ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, aufgehoben am 1. Januar 2000. Im Folgenden auch aBV.

⁴ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101). Im Folgenden auch BV.

⁵ Dazu unten Ziff. III.

⁶ Zum Begriff des Tatbeweises sogleich und unten Ziffer III.

⁷ Zivildienstgesetz (ZDG; SR 824.0). Im Folgenden auch ZDG.

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 gewichten⁸. 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 knapp⁹.

Am 14. Dezember 2004 reichten *Nationalrat Heiner Studer* und 25 Mitunterzeichnende eine *Motion*¹⁰ ein, welche die Einführung des Tatbeweises verlangt. Die Motion wurde Ende 2005 im Nationalrat angenommen¹¹.

2. Auftrag und Vorgehen

Vor diesem Hintergrund unterbreite ich Ihnen 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).

⁸ AB N 2002 204-213.

⁹ AB N 2002 1950-1960.

¹⁰ 04.3672 Motion Studer. Zivildienst. Einführung des Tatbeweises.

¹¹ AB N 2005 1793-1796, 1858-1860.

- Es folgt die *Auslegung der einschlägigen Verfassungsbestimmungen*. Wir untersuchen, ob Art. 18 Abs. 1 aBV bzw. Art. 59 Abs. 1 BV eine Tatbe-
weislösung zulässt (Ziffer III).
- Ziffer VI widmet sich der Frage, wie die massgeblichen Verfassungsbe-
stimmungen *bei Erlass des Zivildienstgesetzes* verstanden wurden.
- Zuletzt wird erörtert, ob Art. 59 BV der *Ausgestaltung des Tatbeweises*, so-
fern 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 ethi-
schen Gründen und damit auch die Frage, wie der Staat mit Dienstverweignern
umzugehen habe. Erstmals aus religiösen Gründen abgelehnt wurde der
Dienst mit der Waffe durch die Wiedertäufer nach dem Durchbruch der Re-
formation im 16. Jahrhundert¹².

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 führte¹³. Bereits 1903 wurde beim Bundes-
rat eine erste Petition zur Einführung des Zivildienstes eingereicht¹⁴. In der
Zeit während und nach dem ersten Weltkrieg erfolgten mehrere Vorstösse,
die eine mildere Behandlung von Dienstverweignern und die Einführung eines
Zivildienstes verlangten. So wurde die Frage nach der Behandlung von
Dienstverweignern zwar immer wieder diskutiert, doch war den Begehren kein
Erfolg beschieden¹⁵. 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 dama-
ligen Verfassung nicht vereinbar war¹⁶.

¹² Schweizer in Kommentar aBV, Art. 18 Abs. 1 Satz 2, Rz. 1 und 2; Wyder, S. 24.

¹³ Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Volksbegehren für
die Schaffung eines Zivildienstes (sog. Münchensteiner Initiative) vom 10. Januar
1973 (BBJ 1973 I 92 f).

¹⁴ Erläuterungen des Bundesrates zur Volksabstimmung vom 17. Mai 1992, S. 60.

¹⁵ Wyder, S. 54.

¹⁶ Ein kurzer Überblick über die einzelnen Vorstösse findet sich in BBJ 1973 I 93 f.

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 suchten¹⁷. Eine erste *Revision des Militärstrafgesetzes* in diese Richtung erfolgte 1950¹⁸, eine weitere 1967¹⁹. Der Durchbruch auf dem Weg der Entkriminalisierung von Dienstverweigerern auf Gesetzesstufe gelang schliesslich mit der so genannten *Reform „Barras“*²⁰, 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 an²¹.

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 aufgenommen²², in der Volksabstimmung aber deutlich verworfen²³.
- 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 sollten²⁴. Auch diese Initiative wurde in der Volksabstimmung abgelehnt²⁵.

¹⁷ Wyder, S. 83 f.

¹⁸ BBl 1949 II 137 f.

¹⁹ BBl 1967 I 581 f.

²⁰ Botschaft über die Änderung des Militärstrafgesetzes und des Bundesgesetzes über die Militärorganisation vom 27. Mai 1987 (BBl 1987 II 1311 f.).

²¹ BBl 1991 III 1300.

²² Schweizer in Kommentar aBV, Art. 18 Abs. 1 Satz 2, Rz. 7. Botschaft über die Einführung eines zivilen Ersatzdienstes vom 21. Juni 1976 (BBl 1976 II 961 ff).

²³ Die Ablehnung erfolgte mit 62,4% Neinstimmen, BBl 1978 I 323.

²⁴ Botschaft über die Volksinitiative „für einen echten Zivildienst auf der Grundlage des

- 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 Standesinitiativen 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 leiten²⁶. 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 gutgeheissen²⁷.

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. Auslegungsgrundsätze²⁸

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 Sprachsinne 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.).

²⁵ Die Ablehnung erfolgte mit 63,8% Neinstimmen (BBl 1984 I 1357). Bemerkenswert erscheint, dass das Abstimmungsergebnis praktisch identisch ist mit jenem zur Münchensteiner 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.

²⁶ BBl 1991 II 436 f.; Schweizer in Kommentar aBV, Art. 18 Abs. 1 Satz 2, Rz. 9.

²⁷ BBl 1992 V 457 f.; Neue Zürcher Zeitung vom 18. Mai 1992 (Nr. 114), S. 16.

²⁸ Eine Darstellung der Auslegungsgrundsätze findet sich z. B. in Häfelin/Haller, § 3; Tschannen, Staatsrecht, § 4.

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* Methode²⁹. Eine Hierarchie der Auslegungsmethoden besteht nicht; es gilt der Satz vom „Methodenpluralismus“³⁰.

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

²⁹ Die einzelnen Auslegungsarten werden im Rahmen der Auslegung von Art. 18 Abs. 1 aBV kurz dargestellt. Siehe dazu Ziff. 2.

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.

gelangt folglich dann (und nur dann) zur Anwendung, wenn die den Regelfall bildende Pflicht ausnahmsweise nicht erfüllt wird³¹. 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 werden³². 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 Frage³³. 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

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.

³² Siehe Schweizer in Kommentar aBV, Art. 18 Abs. 1 Satz 2, Rz. 33.

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.

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 blosser 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 Wortlaut der Bundesverfassung sind aber *keine Vorschriften über das Zulassungsverfahren* 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 ausgeschlossen 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 Kommissionsbericht zur Parlamentarischen Initiative Zivildienst, die Stellungnahme des Bundesrates und die Ratsprotokolle. Wir verzichten auf eine Untersuchung zeitlich weiter zurückliegender Initiativen (insbesondere der Tatbeweisinitiative aus den 80er Jahren), da sie für die historische Auslegung von Art. 18 Abs. 1 aBV schon aus methodischen Gründen nicht massgebend sein können.

aa. *Parlamentarische Initiative der Kommission Zivildienst. Änderung der Bundesverfassung. Bericht der Kommission des Nationalrates vom 20. März 1991*³⁴

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 Wehrpflicht, 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 Verteidigung dient“³⁵, sei es angebracht, die Möglichkeit eines Ersatzdienstes vorzusehen. Die Zulassung zum Zivildienst sollte folglich nach Meinung der Kommission auf *Dienstverweigerer aus Gewissensgründen* beschränkt werden.

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 Kommission³⁶:

„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.

³⁴ BBl 1991 II 433 f.

³⁵ BBl 1991 II 439.

³⁶ BBl 1991 II 440.

bb. Parlamentarische Initiative der Kommission Zivildienst. Änderung der Bundesverfassung. Stellungnahme des Bundesrates vom 8. Mai 1991³⁷

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“³⁸. Andererseits erkannte der Bundesrat in der Offenheit des Initiativtextes auch gewisse Risiken, da die Stimmbürger erfahrungsgemäss die Katze nicht gerne im Sack kauften³⁹.

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“⁴⁰. Angestrebt wurde eine *mehrheitsfähige, auch für Volk und Stände annehmbare Lösung*. So hielt bereits der Berichterstatter im Nationalrat zu Beginn der Debatte fest⁴¹:

„Obwohl in der Kommission ein Strauss von weitgehenden Wünschen und Vorstellungen vorhanden gewesen wäre, hat man sich ganz konsequent auf das politisch Tragbare beschränkt. Schöngeistige Höhenflüge sind zum Scheitern verurteilt, oder – anders gesagt –: Das Bessere ist der Feind des Guten. Alle mussten bei ihrem Wunschenken 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 Nationalrat⁴²:

³⁷ BBI 1991 II 923 f.

³⁸ BBI 1991 II 923.

³⁹ BBI 1991 II 924.

⁴⁰ AB N 1991 1440.

⁴¹ AB N 1991 1439.

⁴² AB N 1991 1439.

„Unser Entwurf will die dringende Verfassungsgrundlage sicherstellen. Alle unnötigen Anreicherungen verhindern eine mehrheitsfähige Lösung.“

Ebenso, statt vieler, Nationalrat Hubacher⁴³:

„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 würde⁴⁴. Dazu Bundesrat Villiger im Ständerat⁴⁵:

„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 befürworteten⁴⁶. Doch alle Begehren, den Initiativtext zu präzisieren, scheiterten. Zu gross dürfte die Angst gewesen sein, den Konsens zu gefährden⁴⁷. 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 ausgeschlossen⁴⁸. Ebenfalls abgelehnt wurde eine Ergänzung von Art.

⁴³ AB N 1991 1440.

⁴⁴ So auch Schweizer in Kommentar aBV, Art. 18 Abs. 1 Satz 2, Rz. 11.

⁴⁵ AB S 1991 965.

⁴⁶ So insbesondere Ständerat Rüesch, AB S 1991 967 f.; Ständerat Loretan, AB S 1991 966 f.; Nationalrat Engler, AB N 1991 1446 f.

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.

⁴⁸ So insbesondere die Voten von Bundesrat Villiger im Ständerat (AB S 1991 968), Nationalrätin Déglise (AB N 1991 1452) und Ständerat Küchler (AB S 1991 967).

18 Abs. 1 aBV um das Erfordernis der Gleichwertigkeit von Militär- und Ersatzdienst⁴⁹.

(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 weiter⁵⁰:

„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 Couchepin⁵¹:

„Nous savons que certains d'entre vous seront tentés d'y ajouter des précisions, notamment l'évocation de la prévue 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 verankern⁵², 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 Gesetzgebers⁵³. Mitentscheidend war wiederum der Gedanke, die Verfassungsvorlage politisch nicht unnötig zu belasten⁵⁴.

⁴⁹ Antrag Engler, AB N 1991 1445.

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).

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.“⁵⁵

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.“⁵⁶

Wie der Nationalrat hatte ebenfalls der Ständerat über einen Antrag zur Einführung des Tatbeweises in die Verfassung zu befinden⁵⁷. 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.“⁵⁸

„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.“⁵⁹

Gewisse Bedenken hegte, wie bereits zuvor im Nationalrat, Bundesrat Villiger, jedoch ohne eine Tatbeweislösung grundsätzlich abzulehnen⁶⁰:

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 Kuchler (Berichterstatter), AB S 1991 967.

⁶⁰ AB S 1991 965.

„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 weiter⁶¹:

„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 werden⁶². 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.

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 sein⁶³.

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.

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 verunmöglicht⁶⁴.

e. 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 wurde⁶⁵;
- dass der Verfassungsgeber aber eine reine Tatbeweislösung nicht ausgeschlossen hat.

Was das *Zulassungsverfahren im Besonderen* betrifft, sind aus verfassungsrechtlicher Sicht zulässig:

⁶⁴ Dazu Aubert, Rz. 275^{bis} und 276.

⁶⁵ Vgl. insbesondere BBl 1991 II 439.

- 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*⁶⁶. Sie diene 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 vereinheitlichen⁶⁷. 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*⁶⁸.

⁶⁶ Tschannen in BTJP 1999, Nr. 4.

⁶⁷ Bundesbeschluss vom 3. Juni 1987 (BBl 1987 II 963).

⁶⁸ Tschannen in BTJP 1999, Nr. 23.

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 Neuerungen⁶⁹. 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 Verfassungsreform doch wieder *jedes Mal geprüft werden, ob sich das ‚alte‘ Verfassungsverständnis mit dem Sinn der neuen Verfassungsnorm deckt*⁷⁰.

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 Botschaft⁷¹ noch in den Ratsprotokollen⁷². 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 folgt⁷³:

„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 wurde⁷⁴. 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 BBl 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.

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 sollen⁷⁵. Das Parlament und auch der Bundesrat stimmten der Initiative zu und betonten das Erfordernis der Gleichwertigkeit von Militär- und Zivildienst⁷⁶. 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 will⁷⁷:

„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 BBI 1991 II 440.

⁷⁶ Vergleiche dazu insbesondere das Votum von Bundesrat Villiger im Nationalrat, AB N 1991 1443.

⁷⁷ BBI 1994 III 1627.

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 Ersatzdienst⁷⁸. 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 Kommissionsberichterstatter eingangs der Debatte die Verfassungswidrigkeit einer Tatbeweislösung⁷⁹. Diese Auffassung wurde denn auch mehrfach wiederholt. Weder im Nationalrat

⁷⁸ 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.

⁷⁹ AB N 1995 617 f.; AB S 1995 711.

noch im Ständerat kam Widerspruch auf. Zwar wurde die Tatbeweislösung insbesondere im Nationalrat, wo ein Antrag auf Einführung des Tatbeweises erfolgte, diskutiert⁸⁰. 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*⁸¹.

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 gewichten⁸².

Ende 2002 lehnte der Nationalrat wie zuvor auch die Kommission die Tatbeweislösung ab⁸³. 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 (BBl 2001, 6127 f.).

⁸² AB N 2002 204-213.

⁸³ AB N 2002 1950-1960.

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 leisten⁸⁴.

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.

⁸⁴ Schweizer in Kommentar aBV, Art. 18 Abs. 1 Satz 2, Rz. 17.

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 nurmehr 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).

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.