

JAAC 70.64

Auszug aus der Stellungnahme der Direktion für
Völkerrecht vom 22. November 2004

Obligations militaires respectivement leur remplacement par une obligation générale de servir dans le cadre de la CEDH.

- L'introduction d'une obligation générale de servir exigerait une révision de la Constitution, afin d'adapter les art. 57 ss. de la Cst. et la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons (ch. 2).

- En principe, une obligation générale de servir n'est pas sans poser des difficultés d'un point de vue constitutionnel, eu égard à l'art. 4 CEDH, à la Convention n° 29 de l'OIT ainsi qu'à l'art. 5 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ch. 3 à 5).

Wehrpflicht bzw. deren Ersetzung durch eine allgemeine Dienstpflicht im Rahmen der EMRK.

- Die Einführung einer allgemeinen Dienstpflicht würde eine Verfassungsrevision erfordern, um die Art. 57 ff. der BV und die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen anzupassen (Ziff. 2).

- Grundsätzlich ist ein verpflichtender allgemeiner Dienst unter Berücksichtigung der Art. 4 EMRK, IAO-Konvention Nr. 29 sowie Art. 5 Charta der Grundrechte der Europäischen Union verfassungsrechtlich nicht unbedenklich (Ziff. 3 bis 5).

Obblighi militari rispettivamente sostituzione di tali obblighi attraverso un obbligo di servizio generale nel quadro della CEDU.

- L'introduzione di un obbligo di servizio generale esigerebbe una modifica costituzionale per adattare la ripartizione delle competenze fra Confederazione e cantoni prevista dall'art. 57 segg. Cost. (n. 2).

- In linea di principio, un servizio generale obbligatorio può essere problematico dal punto di vista costituzionale tenuto conto dell'art. 4 CEDU, della Convenzione n°29 dell'OIL e dell'art. 5 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (n. 3 a 5).

1. Allgemeines

Im Kontext der Grundrechte lässt sich generell festhalten, dass ein Teil der Lehre den Grundrechten die Kategorie der *Grundpflichten* gegenüberstellt (vgl. etwa die Hinweise bei Andreas Kley, Grundpflichten Privater im schweizerischen Verfassungsrecht, Diss. St. Gallen 1989, S. 16 ff.). Angesprochen sind damit besonders wichtige Pflichten des Bürgers, die sich unmittelbar aus der Verfassung ergeben (z. B. die Militärdienstpflicht, Art. 59 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV], SR 101; die Verpflichtung zum Besuch des Grundschulunterrichts, Art. 62 Abs. 2 Satz 2 BV). An dieses Konzept der Grundpflichten knüpft auch der rechtlich kaum fassbare, anlässlich der Beratungen in der Bundesversammlung eingefügte Art. 6 BV über *individuelle und gesellschaftliche Verantwortung* an (vgl. Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Aufl., Zürich 2001, Rz. 206).

Nach zahlreichen, zum Teil völlig gegensätzlichen politischen Forderungen zur Modernisierung der allgemeinen Wehr- und Schutzdienstpflicht setzte der Bundesrat bereits 1992 eine «Studienkommission Allgemeine Dienstpflicht (SKAD)» ein. Aufgabe der Kommission war es zu prüfen, ob die bis heute bestehende allgemeine Wehr- und Schutzdienstpflicht durch eine allgemeine Dienstpflicht sinnvoll abgelöst werden könnte. Nach vierjähriger Arbeit legte die SKAD-Kommission 1996 ihren Schlussbericht vor. Die Ergebnisse dieses Schlussberichtes wurden allerdings kein Gegenstand der politischen Debatte über eine allgemeine Dienstpflicht. In der Antwort zur Motion Lang (05.3252 vom 2.6.2005)^[1] hielt der Bundesrat fest, dass der Ersatz der Wehrpflicht durch eine allgemeine Dienstpflicht nicht in Frage komme.

In der Schweiz publizierte die rechtsliberale Stiftung Liber'all eine Broschüre mit Anregungen zur Einführung einer allgemeinen Dienstpflicht (vgl. Neue Zürcher Zeitung [NZZ] vom 1. September 2004). Vorgeschlagen wird ein «Life-Cycle-Modell» für eine allgemeine Dienstpflicht, welche ebenso Männer wie Frauen, aber auch in der Schweiz niedergelassene Ausländer bis ins höhere Alter umfassen soll. Angesichts der Situation, in der sich das Milizsystem befinde, müsse die allgemeine Wehrpflicht einer «Tauglichkeitsprüfung» unterzogen werden. Die Armee soll weiterhin Priorität genießen mit dem Ziel, eine ausreichende Zahl von Soldaten rekrutieren zu können. Mit der Absicht, dem drohenden Zerfall der Milizkultur Einhalt zu

gebieten und ein neues Selbstverständnis des Dienstes für die Gemeinschaft zu schaffen, sollen auch Frauen und niedergelassene Ausländer dienstpflichtig werden. Die Gleichbehandlung all dieser Bevölkerungsgruppen sei ein wichtiger Baustein bei der Konstruktion dieses neu konzipierten Gebäudes. Die vorgesehenen 300 Dienstage sollen bis zum 70. Altersjahr abgegolten werden. Davon ausgenommen ist die Militärdienstpflicht, die in der Regel bis zum 30. Altersjahr erfüllt wird. Von der Ausdehnung der Dienstpflicht für gemeinnützige und soziale Aufgaben bis über die reguläre Arbeitsdauer hinaus erhofft sich Liber' all eine bessere Ausnutzung der Sozialkompetenz älterer Menschen, was gerade im Pflege- und Betreuungsbereich ins Gewicht falle. Die Abrechnung des individuellen Saldos der Dienstleistungen soll bei der Erreichung des 70. Lebensjahres erfolgen. Fehlende Dienstage sollen dann verrechnet werden (Abzüge der Alters- und Hinterlassenenversicherung [AHV] und/oder Zuschläge auf die direkte Bundessteuer). Die Stiftung gibt sich überzeugt, dass ihr Modell den veränderten Lebenskonzepten und den volkswirtschaftlichen Anforderungen Rechnung trage. Sehr hoch veranschlagt wird der gesellschaftliche Zusatznutzen, der auch allfällige Mehrkosten im administrativen Sektor rechtfertigen würde. Unter dem Schlagwort «Von der allgemeinen Wehrpflicht zur allgemeinen Dienstpflicht» finden sich hier weitere Informationen auf der Website der Stiftung Liber' all (unter <http://www.liberale.aktion.ch> zuletzt besucht am 23.05.2006).

In den letzten Jahren wurde in verschiedenen europäischen Ländern die traditionelle Wehrpflicht zugunsten alternativer Modelle angepasst: So haben etwa Frankreich, Belgien und Holland zu Beginn der 90er Jahre die allgemeine Wehrpflicht aufgehoben. Auch Spanien und Portugal sind dabei, eine grundlegende Reform der traditionellen Wehrpflicht einzuleiten. In Deutschland findet eine Diskussion zum Thema «Wehrgerechtigkeit» statt, wobei es scheint, dass die deutsche Bundesregierung an der allgemeinen Wehrpflicht festzuhalten gewillt ist.

2. Nationales Verfassungsrecht

Zunächst ist festzuhalten, dass die Einführung einer allgemeinen Dienstpflicht eine Verfassungsrevision erfordert, welche die entsprechenden Artikel (Art. 57 ff. BV) dem Ziel der allgemeinen Dienstpflicht anpasst. Im Weiteren muss die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen dort, wo die Regelung der allgemeinen Dienstpflicht sie betrifft (z. B. im Gesundheitswesen, Natur- und Heimatschutz usw.) angepasst werden. Ein Entscheid von Volk und Ständen ist hierfür erforderlich.

3. Rahmen der EMRK

Nach Art. 4 Abs. 2 EMRK darf niemand gezwungen werden, Zwangs- oder Pflichtarbeit zu verrichten. Der Begriff der Zwangs- und Pflichtarbeit wird in der EMRK nicht definiert. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) zieht zur Auslegung dieses Begriffes internationale Verträge heran, die ebenfalls das Problem der Zwangsarbeit betreffen (EGMR-Urteil *Van der Musselle gegen Belgien* vom 23. November 1983, Serie A Nr. 79; Europäische

Grundrechte-Zeitschrift [EuGRZ] 1985, 477). Danach umfasst die Zwangs- oder Pflichtarbeit jede Verpflichtung zu einer höchstpersönlichen Dienstleistung, gleichgültig ob es sich um körperliche oder geistige Arbeit handelt, sofern die Verpflichtung nicht freiwillig übernommen wird.

In Art. 4 Abs. 3 EMRK ist ein Katalog von vier Tatbeständen enthalten, bei deren Vorliegen keine Zwangs- oder Pflichtarbeit gegeben ist. Nicht als Zwangs- oder Pflichtarbeit gelten u. a. Dienstleistungen militärischen Charakters, oder im Falle der Verweigerung aus Gewissensgründen in Ländern, wo diese als berechtigt anerkannt ist, sonstige an Stelle der militärischen Dienstpflicht tretende Dienstleistungen (Bst. b).

Eine weitere Ausnahmebestimmung sieht Art. 4 Abs. 3 Bst. d EMRK für Arbeiten oder Dienstleistungen vor, die zu den normalen Bürgerpflichten gehören. Das Tatbestandsmerkmal «normal» wird dabei (insbesondere in der deutschen Literatur) ähnlich ausgelegt wie der Begriff «herkömmlich» in Art. 12 Abs. 2 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (GG, Bundesgesetzblatt [BGBl] 1949, 1, im Folgenden: Bonner Grundgesetz; «Niemand darf zu einer bestimmten Arbeit gezwungen werden, ausser im Rahmen einer herkömmlichen allgemeinen, für alle gleichen öffentlichen Dienstleistungspflicht.»). Normal ist eine Dienstleistung demnach dann, wenn sie bereits geraume Zeit bestanden hat und im Rechtsbewusstsein traditioneller Bestandteil der Pflichtenordnung ist. Es stellt sich die Frage, ob hierunter eine allgemeine Dienstverpflichtung fällt.

Im Weiteren stellt sich im Rahmen der Interpretation der zulässigen Ausnahmen neben dem verfassungsrechtlichen Gleichheitsgebot von Art. 8 BV auch und gerade die Frage der Tragweite und Geltung des umfassenden Diskriminierungsverbots von Art. 14 EMRK (vgl. etwa den Entscheid der Europäischen Kommission für Menschenrechte [EKMR] vom 15.5.1996 betreffend die Beschwerde 22.956/93) und wären bei einer Prüfung der Verfassungskonformität eines verpflichtenden allgemeinen Sozialdienstes im Lichte der EMRK das Verhältnis zwischen Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 EMRK genauer zu definieren.

Art. 14 EMRK verbietet die *Diskriminierung* in der Ausübung der in der Konvention niedergelegten Garantien. Die Bestimmung hat insofern akzessorischen Charakter, als sie nur zusammen mit weiteren in der EMRK und ihren Zusatzprotokollen niedergelegten Rechten zur Anwendung gelangt (Mark E. Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., Zürich 1999, Rz. 658 ff.). Zu beachten ist in diesem Kontext, dass sich Art. 4 Abs. 1 EMRK durch eine erhöhte Bestandesgarantie auszeichnet und «notstandsfest» ist, d. h. die Mitgliedstaaten dürfen diese Bestimmung auch im Fall «eines Krieges oder eines anderen öffentlichen Notstandes, der das Leben der Nation bedroht» (Art. 15 Abs. 2 EMRK) nicht ausser Kraft setzen.

Diese Privilegierung muss, ebenso wie etwa das Folterverbot von Art. 3 EMRK, vor dem historischen Hintergrund des Schicksals der KZ-Häftlinge und der Zwangsarbeit im nationalsozialistischen Unrechtssystem gesehen werden. Diese historische Erfahrung, die sich nach wie vor im gegenwärtigen Grundrechtsverständnis spiegelt, legt es nahe bei der Prüfung der Frage der Einführung genereller Dienst- und Arbeitspflichten besondere rechtspolitische Sensibilität und Sorgfalt walten zu lassen. Nicht ohne Grund verankert auch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union 2000/C 364/01 vom 7.

Dezember 2000 (im Folgenden: EU-Grundrechtecharta, ABl. Nr. C364, S. 1) das Verbot der Pflicht- und Zwangsarbeit (Art. 5 Abs. 2) in Kapitel I über die «Würde des Menschen».

Geht man, wie etwa Martin Borowsky (in: Jürgen Meyer Hrsg., Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Baden-Baden 2003, S. 129), davon aus, dass der wesentliche Inhalt des Sklaverei- und Zwangsarbeitsverbotes, wie er in Art. 5 der EU-Grundrechtecharta verankert ist, heute im Grundsatz zu erblicken ist, dass der Einsatz der eigenen Arbeitskraft grundsätzlich der autonomen Entscheidung des Einzelnen zu unterliegen hat, wirft der Vorschlag einer allgemeinen Dienstpflicht anstelle einer allgemeinen Wehrpflicht somit rechtliche und politische Fragen auf und scheint *a priori* nicht völlig unbedenklich.

4. Hinweise auf politische Stellungnahmen, Lehrmeinungen und die Praxis der internationalen Organe

- Die Stiftung Liber'all geht in einer auf ihrer Website publizierten Stellungnahme davon aus, dass gemäss Art. 4 EMRK Zwangs- bzw. Pflichtarbeit nur vorliege, wenn die vom Staat im Rahmen einer allgemeinen Dienstpflicht als Alternative zum Militärdienst eingeforderte Tätigkeit kumulativ unfreiwillig und ungerecht oder unterdrückend und von vermeidbarer Härte sei. Sobald ein freiwilliger Entscheid des Dienstleistenden vorliege, könne nicht mehr von Zwangsarbeit im Sinne von Art. 4 EMRK gesprochen werden. Ein Dienstleistender könne sich somit nicht auf Unfreiwilligkeit berufen, da ihm immer auch die Möglichkeit des Militärdienstes offen stehe. Somit erhalte der/die Dienstpflichtige sogar einen Freiheitsgrad mehr in seiner/ihrer Entscheidung, welche Form der Dienstpflicht er/sie wählen möchte. Die Militärpflicht für Frauen sei generell völkerrechtlich unproblematisch.

- In einem Kurzgutachten zur Frage der Verfassungsmässigkeit eines verpflichtenden allgemeinen Sozialdienstes in Österreich, kommt der Experte, Prof. Dr. Wolfram Karl, Fachbereich Völkerrecht und Internationale Organisationen der Universität Salzburg zum Schluss, dass die Einführung eines verpflichtenden Sozialdienstes (unabhängig von der Wehrpflicht) nicht schon deshalb konventions- und verfassungswidrig wäre (Art. 4 EMRK), weil dieser nicht den «normalen Bürgerpflichten» in Art. 4 Abs. 3 Bst. d EMRK entspräche. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in seinem als Leitfall angesehenen Urteil *Van der Musselle gegen Belgien* (a.a.O.) ausdrücklich darauf verzichtet, eine solche Subsumption vorzunehmen und dennoch auf Zulässigkeit einer Dienstpflicht erkannt (§ 41 im Urteil).

Ferner hält der Experte fest, dass es überdies aber auch möglich wäre, einen neu einzuführenden, verpflichtenden und allgemeinen Sozialdienst den «normalen Bürgerpflichten» zuzuordnen, sofern die soziale Dringlichkeit gegeben, die Verhältnismässigkeit gewahrt und andere erst zu definierende Voraussetzungen gegeben wären. Dass es sich dabei um eine neue Verpflichtung handelt, dürfte bei einer dynamischen Auslegung der Europäischen Menschenrechtskonvention, die von den Strassburger Organen gerne als «living instrument» bezeichnet wird, kein unüberwindliches

Hindernis darstellen. Eine Orientierung am Bonner Grundgesetz, das in Art. 12 auf die Herkömmlichkeit abstellt, womit neue Dienstpflichten von vornherein ausscheiden, scheint weder geboten noch empfehlenswert.

- Eine andere Stellung nimmt im Rahmen der gegenwärtigen Diskussion in Österreich, ein weiteres Kurzgutachten von Dr. Daniel Ennöckl, Universität Wien, ein. Der Experte hält hierin fest, dass das Verbot der Zwangs- und Pflichtarbeit (Art. 4 Abs. 2 EMRK) in der Auslegung des EGMR (Urteil *Van der Musselle gegen Belgien*, a.a.O.) jede Verpflichtung zu einer höchstpersönlichen, körperlichen oder geistigen Dienstleistung umfasst, sofern die Verpflichtung nicht freiwillig übernommen wird. Ein verpflichtender Sozialdienst fielen demnach unter den Begriff der Zwangs- und Pflichtarbeit im Sinne des Art. 4 Abs. 2 EMRK. Weiter geht Ennöckl davon aus, dass der *Zivildienst* als *Wehrersatzdienst* eine zulässige Ausnahme vom Zwangsarbeitsverbot darstellt (Art. 4 Abs. 3 Bst. b EMRK), und folgert im Weiteren, dass bezüglich der möglichen Ausgestaltung eines zukünftigen verpflichtenden Sozialdiensts in Österreich, ein solcher bei *Aufhebung der allgemeinen Wehrpflicht* keinesfalls mehr als *Wehrersatzdienst* zu betrachten sei.

- Dieser letztgenannten Schlussfolgerung wiederum steht ein Gutachten der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien zuhanden der Stadthauptfrau Wien vom 13. Oktober 2004 kritisch gegenüber (abrufbar unter http://www.zivildienstreform.at/files/fa_recht/PositionspapierAKVerpflichtender_Sozialdienst.pdf zuletzt besucht am 23.05.2006). Unter Hinweis auf einen Entscheid der EKMR zu Art. 4 Abs. 3 Bst. b EMRK (*Sailors Boy Case*) könne eben sogar freiwilligen Dienstleistungen militärischer Charakter zukommen. Demgegenüber würde, so Ennöckl, eine allgemeine Dienstpflicht keinesfalls unter den Ausnahmetatbestand des Art. 4 Abs. 3 Bst. d EMRK fallen («Arbeiten und Dienstleistungen, die zu den normalen Bürgerpflichten» gehören). Dabei stützt er sich auf die Auslegung von «herkömmlich» in Art. 12 Abs. 2 GG, wonach eine Dienstleistung etwa dann normal wäre, wenn sie bereits seit geraumer Zeit bestanden hätte und im Rechtsbewusstsein traditioneller Bestand der «Pflichtenordnung» sei (z. B. Hand- und Spanndienste in Kommunen, Deichhilfe, Feuerwehr; vgl. Christoph Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., München 2005, S. 174; Villiger, a.a.O., Rz. 312 mit weiteren Hinweisen).

- Das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) *Alexander Dory gegen Bundesrepublik Deutschland* (EuGH-Urteil vom 11. März 2003 in der Rechtssache C-186/01, Sammlung der Rechtsprechung [Slg.] , I-2479) enthält mit Blick auf die Diskussion auf der Ebene des Gemeinschaftsrecht der Europäischen Union weiterführende Hinweise: Der am 15.06.1982 geborene Alexander Dory beantragte, nachdem er im September 1999 einen Fragebogen zur Vorbereitung der Musterung erhalten hatte, ihn aus der Wehrerfassung herauszunehmen und von der Wehrpflicht zu befreien. Zur Begründung führte er aus, das Wehrpflichtgesetz verstosse gegen Gemeinschaftsrecht, wobei er sich auf das Urteil *Kreil* (EuGH-Urteil vom 11. Januar 2002 in der Rechtssache C-285/98, Sgl. 2000, I-69) berief. Dory machte geltend, dass der Umstand, wonach Frauen nach dem Urteil

Kreil ein Recht auf Zugang zu militärischen Verwendungen hätten, von der Wehrpflicht aber befreit seien, dem Gleichheitsgrundsatz widerspräche und eine unzulässige Diskriminierung der Männer darstelle.

5. Einschätzung

Versucht man eine kurze verfassungsrechtliche Würdigung der Fragestellung, ob die Einführung einer verpflichtenden allgemeinen Dienstpflicht unter dem Aspekt der EMRK-Konformität zulässig wäre, so kann man festhalten, dass etwa dem «Kurzgutachten» von Karl, welches eine solche Einführung für Österreich als verfassungskonform erklärt, nur bedingt gefolgt werden kann. Die juristische Argumentation im Kurzgutachten Karl ist in mehrfacher Hinsicht sachlich nicht nachvollziehbar und nur bedingt auf die Schweiz übertragbar. Dies betrifft bereits die Voraussetzungen, um so mehr die Schlussfolgerungen.

Karl kommt zum Ergebnis, dass die Einführung eines verpflichtenden Sozialdienstes nicht schon deshalb EMRK-widrig wäre, weil dieser nicht den normalen Bürgerpflichten entspräche (vgl. *Van der Musselle gegen Belgien*, a.a.O., § 41); insbesondere wäre es möglich und geboten den Begriff der «normalen Bürgerpflichten» (Art. 4 Abs. 3 EMRK) dynamisch zu interpretieren. Mit anderen Worten stünde das Verbot der Zwangs- und Pflichtarbeit in der EMRK der Einführung eines verpflichtenden Sozialdienstes nicht entgegen. Ein zentrales Element der Argumentation und Schlussfolgerungen besteht darin, dass Karl den Standpunkt vertritt, ein allgemein verpflichtender Sozialdienst könne als «normale Bürgerpflicht» (Art. 4 Abs. 3 Bst. d EMRK) verstanden werden, denn das Zwangsarbeitsverbot der EMRK einschliesslich der Ausnahmetatbestände sei auch dynamisch zu interpretieren (mit Verweis auf Hannes Tretter in: Ermacora/Nowak/Tretter [Hrsg.], *Die europäische Menschenrechtskonvention in der Rechtsprechung der österreichischen Hochgerichte*, Wien 1983, S. 183, S. 205).

Hier ist zunächst daran zu erinnern, dass die EMRK und somit auch deren Art. 4 aufgrund des monistischen Prinzips unmittelbare Geltung für die Schweizer Rechtsordnung genießt und daher als Teil der solchen auszulegen ist. Die in der EMRK gewährleisteten Rechte («Konventionsrechte») sind daher insbesondere als verfassungsmässig gewährleistete Rechte anzusehen. Massgeblich ist daher auch die Rechtsprechung der Schweizer Gerichte zu den «normalen Bürgerpflichten» (Art. 4 Abs. 3 Bst. d EMRK). Die Praxis nimmt solche denn auch nur sehr zurückhaltend und in einem höchst eingeschränkten Anwendungsbereich an (z. B. allgemeine Schulpflicht; Pflichten von Grundstückseigentümern usw.).

Was nun die autonome Auslegung der EMRK auf der Ebene der Konventionsorgane bzw. des EGMR betrifft, so ist zur so genannt dynamischen Interpretation der EMRK festzuhalten: Für die Menschenrechtsverträge gilt generell, wie im Völkerrecht üblich, die allgemeine Auslegungsregel des Art. 31 des Wiener Übereinkommens vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge (SR 0.111), wonach ein Vertrag «nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes» auszulegen ist. Durch die langjährige Praxis verschiedener

Kontrollorgane, namentlich des EGMR, wurden darüber hinaus einige zusätzliche menschenrechtsfreundliche Auslegungsmaximen entwickelt, die heute prinzipiell für alle Menschenrechtsverträge anerkannt werden. Dazu zählt nun insbesondere der Grundsatz der dynamischen Interpretation, d. h. ein Menschenrechtsvertrag gilt als «lebendiges Dokument» («living instrument»), das nicht unabhängig von den jeweiligen Zeitumständen interpretiert werden kann sowie der Auslegungsgrundsatz des «effet utile», wonach eine Konvention nicht Rechte garantiert, die theoretisch oder illusorisch, sondern solche, die *praktisch und wirksam* («practical and effective») sind. Die dynamische Interpretation dient dem Gerichtshof insbesondere zur qualifizierten Begründung des Abweichens von einer bisherigen Praxis und erlaubt es dem Gerichtshof bei der Beurteilung eines konkreten Einzelfalles im Vergleich zu einem letzten Fall zwischenzeitlich stattgefundene Entwicklungen in einem qualifizierten europäischen Vergleichsmaßstab berücksichtigen zu können (vgl. Villiger, a.a.O., Rz. 180 mit weiteren Hinweisen). Dynamische bzw. evolutive Interpretation bedeutet im Rahmen der Auslegung der EMRK also gewöhnlich nicht die Einbeziehung postulierter zukünftiger, sondern vielmehr Berücksichtigung stattgefundener oder allenfalls stattfindender, konkret benennbarer Entwicklungen in den Rechtssystemen und Gesellschaften der Mitgliedstaaten des Europarats. Somit hat sich jede Annahme einer Dynamik bestimmter Konventionsrechte an einem *gemeinsamen europäischen Standard* zu orientieren (Tretter, a.a.O.).

Wie das Gutachten der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien (a.a.O.) zu Recht festhält, scheint es hinsichtlich der Frage der Einführung eines verpflichtenden allgemeinen Sozialdienstes sowohl empirisch-tatsächlich als auch «im Lichte der Begriffe» und Rechtsüberzeugungen, «die derzeit in demokratischen Staaten überwiegen» (EGMR-Urteil *Van der Musselle gegen Belgien*, a.a.O.) fraglich, von einer grundrechtsrelevanten gesellschaftspolitischen Dynamik in Europa sprechen zu können. So könnten etwa die nach Borowsky (a.a.O., S. 117 f.) in den EU-Staaten Dänemark, Finnland, Griechenland und Niederlande enthaltenen Bestimmungen über Dienstverpflichtungen im Kontext der Wehrpflicht bzw. eine allgemeine Arbeitspflicht (Italien) nicht als Beleg für eine gemeinsame europäische Rechtsüberzeugung über «normale Bürgerpflichten» verstanden werden, um so weniger als Grundlage für verpflichtende Sozialdienste von nicht unerheblicher Dauer in einem einzelnen Mitgliedstaat herangezogen werden.

Berücksichtigung finden müssen zudem noch weitere, die Schweiz völkerrechtlich verpflichtende Normen: Bei der Auslegung des Begriffs «Zwangs- und Pflichtarbeit» (Art. 4 Abs. 2 EMRK) ist insbesondere das im Rahmen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) abgeschlossene Übereinkommen Nr. 29 vom 28. Juni 1930 über Zwangs- und Pflichtarbeit (IAO-Konvention Nr. 29, SR 0.822.713.9) bei der Interpretation heranzuziehen. So weist etwa der EGMR im Urteil *Van der Musselle gegen Belgien* (a.a.O., § 32) auf Art. 1 Abs. 1 IAO-Konvention Nr. 29 hin und betont, dass die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet sind, «de «supprimer l'emploi du travail forcé ou obligatoire sous toutes ses formes dans le plus bref délai possible» [...]; dans l'attente de pareille «suppression totale» [...]». Zwangs- und Pflichtarbeit sollen daher nur - wenn überhaupt - « «uniquement pour des fins publiques et à titre exceptionnel, dans les conditions et avec les garanties stipulées» par les articles 4 et suivants» zuzulassen sein.

Darüber hinaus ist bei jeder Interpretation im IAO-Kontext zu berücksichtigen, dass Zwangsarbeit zu den so genannten «Kernarbeitsnormen» der IAO zählt (ILO Erklärung über die grundlegenden Prinzipien und Rechte bei der Arbeit, 1998^[2]). Das Gutachten der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien (a.a.O.) weist darauf hin, dass die *Unfreiwilligkeit* ein unabdingbares Kriterium von Zwangs- und Pflichtarbeit (Art. 4 Abs. 2 EMRK, IAO-Konvention Nr. 29) ist, das wesensgemäss mit einer allgemeinen Dienstpflicht verbunden zu sein scheint und dieses daher differenziert zu prüfen ist. Dabei sei zunächst zu beurteilen, ob eine die Arbeits- oder Dienstleistung generell anordnende Norm in ihrem systematischen Zusammenhang so verstanden werden kann, dass sie den einzelnen Rechtsunterworfenen die Entscheidung freistellt, Normadressaten sein zu wollen. Zweitens sei zu prüfen, ob die Betroffenen die Verpflichtung tatsächlich frei eingegangen sind (Tretter, a.a.O., S. 197). Dabei sei nur schwer vorstellbar, dass ein sozialer Pflichtdienst nicht im genannten Sinn unfreiwillig sein werde, ganz abgesehen davon, dass Einzelne darüber hinaus mit grösster Wahrscheinlichkeit die Dienstleistungen in diesem Rahmen als zumindest «bedrückend» oder mit «vermeidbaren Härten verbunden» empfinden werden.

Unbestreitbar ist zunächst, dass die Ausnahmen des Abs. 3 zusammen mit Abs. 2 zu lesen sind und zum einen das Verbot der Zwangsarbeit präzisieren und zum anderen als Auslegungshilfe für Abs. 2 dienen (Villiger, Rz. 310, mit weiteren Hinweisen). In seinem Gutachten stellt sich *Karl* auf den Standpunkt, dass die Ausnahmetatbestände des Art. 4 Abs. 3 EMRK nicht abschliessend, sondern demonstrativ aufgezählt sind und daher in der Praxis allenfalls erweiterbar wären. Dem widerspreche jedoch, so das Gutachten der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien (a.a.O.), nicht nur der Grundsatz, dass im Grundrechtskontext Ausnahmen restriktiv auszulegen sind, sondern auch die Zielsetzung des Zwangs- und Pflichtarbeitsverbots. Mit Verweis auf Tretter in Bezugnahme auf die Strassburger Spruchpraxis wird hier festgehalten, dass es «[...] mit der Teleologie der Ausnahmetatbestände des Abs. 3 unvereinbar [wäre], ausschliesslich diskriminierende, repressive oder willkürliche Verpflichtungen decken zu wollen. Ein solcher Inhalt kann Art. 4 nicht beigemessen werden. Misst man ihm aber diesen nicht bei, so bliebe - folgt man der Judikatur der EKMR - für eine Anwendung der Ausnahmetatbestände des Abs. 3 kein Raum mehr. Das Ergebnis dieser Überlegungen scheint ein Indiz dafür zu sein, dass die umfassend taxative Aufzählung der Ausnahmetatbestände des Abs. 3 untrennbar mit der Definition der Zwangs- und Pflichtarbeit, wie sie durch die ILO-Konvention Nr. 29 erfolgt, verbunden ist. Nur unter diesem Verständnis bildet Art. 4 auch eine sinnvolle Einheit.» (Tretter, a.a.O., S. 198).

Schliesslich könnte noch fraglich sein, inwiefern die Abgeltung durch eine «angemessene Entschädigung» der Qualifizierung einer Massnahme als Zwangs- oder Pflichtarbeit entgegensteht. Dazu kritisch äussert sich das Gutachten der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien (a.a.O.), unter Hinweis auf Tretter, wonach die Argumentation der EKMR im Entscheid betreffend die Beschwerde 7641/76 (in der Sache *X. and Y. v/the Federal Republic of Germany*), Arbeits- und Dienstleistungen deshalb nicht als Zwangs- oder Pflichtarbeit zu qualifizieren, weil für sie eine «angemessene Entschädigung» geleistet wird, «[m]it dem Inhalt des Art. 4 Abs. 2 und 3 nicht vereinbar erscheint (...)».

Fazit: Die Position, ein verpflichtender Sozialdienst wäre im Grunde verfassungsrechtlich unbedenklich (vgl. Art. 4 EMRK), ist in dieser Allgemeinheit jedenfalls nicht zu halten.

Im vorliegenden Rahmen konnte auf eine Reihe von Fragen nicht eingegangen werden, auf die einzugehen jedoch bei einer umfassenden Prüfung erforderlich wäre. Hingewiesen sei namentlich auf die Frage der Konformität mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz im Rahmen der IAO und nach Art. 8 Abs. 3 des internationalen Pakts vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II, SR 0.103.2).

[1] Quelle: http://www.parlament.ch/afs/data/d/gesch/2005/d_gesch_20053252.htm zuletzt besucht am 23.05.2006

[2] Quelle: www.ilo.org/public/german/region/eurpro/bonn/ilo_kernarbeitsnormen.htm, zuletzt besucht am 23.05.2006

**JAAC 70.64 - Auszug aus der Stellungnahme der Direktion für Völkerrecht vom 22.
November 2004**

| | |
|---------|---|
| In | Verwaltungspraxis der Bundesbehörden |
| Dans | Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération |
| In | Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione |
| Jahr | 2006 |
| Année | |
| Anno | |
| Band | 70 |
| Volume | |
| Volume | |
| Seite | --- |
| Page | |
| Pagina | |
| Ref. No | 150 007 388 |

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.