

Von: [REDACTED] BJ
Gesendet: Dienstag, 11. Dezember 2018 16:02
An: [REDACTED] ZIVI
Cc: Rossat-Favre Colette BJ; [REDACTED] BK; [REDACTED] BK;
[REDACTED] BJ
Betreff: Stn. BJ 11.12.2018 i.S. ÄK ZIVI 27.11.2018: Änderung des Zivildienstgesetzes;
Verabschiedung der Bo und des Entwurfs der Vorlage, Kenntnisnahme vom
Bericht über die Ergebnisse des VNL-Verfahren
Anlagen: BJ-IMRS Botschaft_d.doc; BJ-IMRS revZDG_BRA_2_ÄK_20181127.docx

Sehr geehrter Herr [REDACTED]
Sehr geehrte Damen und Herren

Besten Dank für Ihre Anfrage vom 27. November 2018 und die Möglichkeit, im Rahmen der Ämterkonsultation in rubrizierter Angelegenheit mitzuwirken. Gerne nehmen wir dazu in der von Ihnen freundlicherweise erstreckten Frist wie folgt Stellung:

Grundsätzliche Bemerkungen zur Verfassungs- und Völkerrechtskonformität

Wir erachten die Bestimmungen in den Artikeln 4a Buchstabe e, 8 Absatz 1 und 17 Absatz 2 *rechtlich als problematisch*. Die Bestimmungen sehen folgende drei Massnahmen vor:

Artikel 4a Buchstabe e

Diese Bestimmung sieht ein Verbot für Mediziner vor, Zivildienst als Mediziner zu leisten.

Artikel 8 Absatz 1

Nach der heutigen Rechtslage gilt, dass Zivildienstpflichtige 1,5 Mal mehr Dienstage leisten, als sie in der Armee leisten müssten. Gemäss der neuen Bestimmung muss, wer zum Zivildienst zugelassen wird, mindestens 150 Dienstage leisten – unabhängig davon, wie viele Armeedienstage insgesamt noch zu leisten gewesen wären. Mit dieser Einführung einer Mindestzahl zu leistender Dienstage steigt der Faktor (Dauer des Zivildienstes im Vergleich zum Militärdienst) in Abhängigkeit vom Zeitpunkt des Wechsels zum Zivildienst ab dem ersten Wiederholungskurs bis zum Faktor 37,5 an.

Artikel 17 Absatz 2

Mit dieser Bestimmung soll eine Wartefrist von mindestens 12 Monaten für Armeeangehörige eingeführt werden, die im Zeitpunkt der Bestätigung des Gesuchs zum Zivildienst in die Armee eingeteilt sind. Die Frist ist in der bestehenden Formulierung nach oben offen.

Die erwähnten Massnahmen sind mit Blick auf den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) und auf das Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 BV) problematisch. Zusätzlich sind die Massnahmen auch vor dem Hintergrund des im Zivildienstgesetz (Art. 5) verankerten Prinzips der Gleichwertigkeit kritisch zu betrachten. Das Prinzip der Gleichwertigkeit sieht explizit vor, dass die Belastung einer Zivildienst leistenden Person durch die ordentlichen Zivildienstesätze insgesamt der Belastung eines Soldaten in seinen Ausbildungsdiensten entsprechen muss. Der zivile Ersatzdienst darf nicht absichtlich beschwerlich oder unangenehm ausgestaltet werden, jedenfalls darf er keinen übermässig dissuasiven oder gar pönalen oder rechtsungleichen Charakter erhalten. Vor diesem Hintergrund erscheint *Artikel 8 Absatz 1*, welcher betreffend Dauer des Zivildienstes einen Faktor von bis zu 37,5 zulässt, als rechtlich ebenso problematisch wie die gegen oben unbegrenzte Wartefrist von mindestens einem Jahr in *Artikel 17 Absatz 2*.

Das Verbot in *Artikel 4a Buchstabe e* gestaltet sich als eine rechtsungleiche Regelung, weil Mediziner und angehende Mediziner gegenüber anderen Berufsgruppen benachteiligt werden. Die Wirksamkeit der geplanten Massnahmen ist zudem mit Blick auf den verfolgten Zweck besonders fraglich. Nicht zuletzt ist für die Massnahmen in *Artikel 4a Buchstabe e*, *Artikel 8 Absatz 1* und *Artikel 17 Absatz 2* – nach wie vor – der Handlungsbedarf und damit auch das öffentliche Interesse an den beschriebenen Massnahmen mit Blick auf die Frage der Verhältnismässigkeit im erläuternden Bericht – immer noch –

nicht genügend substantiiert. Die Ergebnisse des Berichts zum Dienstpflichtsystem vom 15. März 2016, wonach der Zivildienst die Armeebestände durch die Zulassung zum Zivildienst *nicht* gefährde, müssten transparent in die Erörterungen über den mutmasslichen Handlungsbedarf eingebunden werden. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass *Artikel 4a Buchstabe e, Artikel 8 Absatz 1 und Artikel 17 Absatz 2* mit Blick auf ihre Rechtmässigkeit problematisch sind; sie sind weder geeignet noch erforderlich, um die Armeebestände nachhaltig zu sichern und die Anzahl der Zulassungen zum Zivildienst substantiell zu senken. Dies umso weniger, als der Zivildienst nur *einer* der Faktoren ist, die Auswirkungen auf den Armeebestand haben (vgl. dazu auch Ziff. 4.2, Botschaftsentwurf, S. 19) und die Massnahmen präventiv bloss mit Blick auf eine mögliche Gefährdung des Sollbestandes vorgenommen werden, die «mittelfristig nicht ausgeschlossen werden (kann)» (vgl. dazu Ausgangslage, Botschaftsentwurf, S. 2), was auch ein genügendes öffentliches Interesse in Frage stellt. Vor diesem Hintergrund halten wir an unseren Stellungnahmen vom 10. Oktober 2017, 16. Mai 2018 und 23. Mai 2018 fest.

Explizit und nochmals seien an dieser Stelle die Kompatibilitätsprobleme mit dem Völkerrecht erwähnt: Die Bestimmung in *Artikel 8 Absatz 1* wird völkerrechtlich als höchst bedenklich eingestuft. Entsprechend wird mit nachfolgender Begründung beantragt, die in der Beilage im Überarbeitungsmodus vorgeschlagene Anpassung des Botschaftsentwurfs und des Bundesratsantrages vorzunehmen:

Begründung zu den Anpassungen im Botschaftsentwurf (Ziff. 7.2):

1. Der letzte Satz entspricht nicht den Fakten und gehört ersatzlos gestrichen.
2. Der Text in Ziff. 7.2 bringt zu wenig deutlich zum Ausdruck, dass die vorgeschlagene Massnahme 1 völkerrechtlich höchst bedenklich ist. Im in Fn. 29 erwähnten Fall *Vernier et Nicolas* hat der Menschenrechtsausschuss (MRA) den Zuschlagsfaktor 2 als diskriminierend gewertet. Massstab war damals allein Art. 26 Pakt-II, so dass wegen des Schweizer Vorbehalts zu jener Bestimmung die Rechtsprechung für die Schweiz nicht rechtlich relevant war. Im späteren Fall *Young-Kwan Kim et al.* (Fn. 29) wiederum erkannte der MRA, dass nach Art. 18 Pakt-II die Vertragsstaaten bei Gewissensgründen eine Alternative zum Militärdienst schaffen müssten. Gleiches hat der EGMR gestützt auf Art. 9 EMRK festgehalten (Urteil *Bayatyan gegen Aserbaidschan* v. 7.7.2011). Auch wenn nach Schweizer Recht der Tatbeweis genügt und nicht besondere Motive dargelegt werden müssen, können Wechselwillige behaupten, der Wechsel erfolge aus Gewissensgründen. Auf diese Weise kommen auf Umwegen die Wechselmotive (Glaubens- und Gewissensfreiheit, Art. 9 EMRK, Art. 18 Pakt-II) und damit auch die Diskriminierungsverbote (Art. 14 EMRK sowie im durch den Schweizer Vorbehalt reduzierten Umfang Art. 26 Pakt-II) ins Spiel. Kombiniert man die beiden Konstellationen, so widerspricht bei Fällen, in denen der Betroffene Gewissensgründe anführt, auch ein besonders differenzierender Faktor 2 der erwähnten Rechtsprechung des MRA und damit den Vorgaben des Pakt II; der EGMR seinerseits hat sich bis anhin noch nicht ausdrücklich zur unterschiedlichen Dauer von Zivil- und Militärdienst resp. Ihrer Vereinbarkeit mit Art. 14 EMRK geäussert.

Weitere Bemerkungen

Umwandlung der Vollzugsstelle in ein Bundesamt

Mit Bundesratsbeschluss vom 7. November 2018 wurde entschieden, die Vollzugsstelle für den Zivildienst ZIVI in ein Bundesamt überzuführen. Die entsprechende Änderung der Organisationsverordnung für das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung tritt am 1. Januar 2019 in Kraft. Wir empfehlen daher, die «Vollzugsstelle» im gesamten Erlass durch «ZIVI» zu ersetzen. Vor diesem Hintergrund würde sich eine Zuständigkeitsbestimmung auf Stufe Gesetz und eine entsprechende Aufhebung der Zuständigkeitsbestimmung auf Verordnungsstufe empfehlen. Siehe dazu auch die Bemerkungen in der Stellungnahme der verwaltungsinternen Redaktionskommission (VIRK).

Artikel 17 Absatz 4

Wir empfehlen, die Rechtsetzungsdelegation an den Bundesrat in dieser Bestimmung nach Massgabe der Erläuterungen im Botschaftsentwurf zu präzisieren. Einen Formulierungsvorschlag entnehmen Sie der Stellungnahme der VIRK.

Vor dem Hintergrund der vorgebrachten Bedenken verfassungs- und völkerrechtlicher Art beantragen wir, die rechtliche Problematik im Bundesratsantrag transparent auszuweisen und die entsprechenden Anpassungen im Botschaftsentwurf vorzunehmen. Für den Fall, dass Sie unseren Empfehlungen nicht

folgen können, beantragen wir, die Differenz mit dem BJ im Bundesratsantrag mit nachfolgendem Wortlaut auszuweisen:

«Das BJ erachtet die Massnahmen in den Artikeln 4a Buchstabe e, 8 Absatz 1 und 17 Absatz 2 als verfassungsrechtlich problematisch mit Blick auf den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) und das Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 BV). Die Massnahme in Artikel 4a Buchstabe e stuft das BJ zusätzlich – auch in Anlehnung an die Rechtsprechung des Menschenrechtsausschusses – als völkerrechtlich höchst bedenklich ein.»

Unsere Empfehlungen im Rahmen der VIRK werden Ihnen mit separater Eingabe zugestellt. Wir hoffen, Ihnen damit zu dienen und stehen für eine Besprechung gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen

[Redacted Signature]

Wissenschaftliche Mitarbeiterin

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD
Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Öffentliches Recht
Fachbereich I für Rechtsetzung

Bundesrain 20, 3003 Bern

Tel. [Redacted]

Fax [Redacted]

[Redacted]@bj.admin.ch

www.bj.admin.ch