

Kommentar      Entscheid [2C\\_221/2009](#) vom 21/01/2010  
zu:            Sachgebiet: Öffentliche Finanzen und  
                Abgaberecht  
                Gericht: Bundesgericht  
                Spruchkörper: II. öffentlich-rechtliche Abteilung

**Editions Weblaw**

ISSN 1663-9995

[De](#) • [Fr](#) • [It](#)

Pflicht zur Wehrpflichtersatzabgabe nur für Männer

Kein Verstoss gegen das Verbot der Geschlechterdiskriminierung

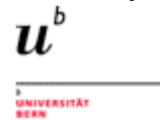
Autor

Tarek Naguib



Redaktor

Judith Wytenbach



Der Beschwerdeführer wurde für den Militärdienst als untauglich und zugleich für ersatzpflichtig erklärt. Dagegen reichte er letztinstanzlich beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ein. Er machte geltend, die nur für Männer vorgesehene Ersatzabgabe sei diskriminierend und verstosse gegen die Europäische Menschenrechtskonvention. Die Beschwerde wurde abgewiesen.

## Zusammenfassung

[1] Das Gericht sieht in der Wehrpflichtersatzpflicht des Beschwerdeführers keinen Verstoss gegen das bundesverfassungsrechtliche Verbot der Geschlechterdiskriminierung (Art. 8 Abs. 2) und das EMRK-rechtliche Diskriminierungsverbot (Art. 14) i.V.m. dem Verbot von Zwangsarbeit (Art. 4) (Akzessorietät des Diskriminierungsverbotes). Es stützt sich in seiner Argumentation erstens auf die bereits in der Verfassung angelegte unterschiedliche Behandlung von Männern und Frauen hinsichtlich der Militärdienstpflicht. Zweitens sei der Wehrpflichtersatz aus Gründen der Rechtsgleichheit zwischen Dienstleistenden und Nichtdienstleistenden notwendig. Drittens verweist es auf die Autonomie, welche die EMRK den Vertragsstaaten in der Organisation der Wehrpflicht lässt.

[2] Das Bundesgericht hält fest, dass Art. 59 BV als *lex specialis* dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz und dem Geschlechterdiskriminierungsverbot des Artikels 8 BV vorgehe. Daher sei es verfassungskonform, dass nur Männer zum Wehrpflichtersatz herangezogen würden (Urteil 2A.47/2002 vom 23. Mai 2002 E. 2.2, in: ASA 71 S. 576; Urteil 2A.433/1190 vom 17. September 1991 E. 3, in: ASA 60 S. 566).

[3] Mit Blick auf die EMRK argumentiert das Bundesgericht, dass ein völliger Verzicht auf die Ersatzabgabe zu einer stossenden Ungleichheit zwischen Dienstleistenden und Nichtdienstleistenden führen würde, welche unter dem Gesichtswinkel der Rechtsgleichheit

nach Art. 8 Abs. 1 BV nicht hingenommen werden könnte. Und Frauen schuldeten keinen Wehrpflichtersatz, weil sie nicht wehrpflichtig seien. Daran ändere auch die Tatsache nichts, dass Frauen freiwillig Militärdienst leisteten. Wenn der Beschwerdeführer sich auf eine Geschlechterdiskriminierung berufen wolle, könne er sich folglich nicht damit begnügen, sich über die Militärdienstpflicht und die entsprechende Ersatzabgabe zu beschweren. Er müsse vielmehr bei der Wehrpflicht anknüpfen und darlegen, weshalb die allgemeine Wehrpflicht für Männer, welche nebst der Militärdienstpflicht und Zivildienstpflicht auch die Ersatzabgabe bei Befreiung von der persönlichen Dienstleistung erfasst, geschlechterdiskriminierend sein solle.

[4] Im Anschluss an diese Kritik an der allzu summarischen Begründung des Beschwerdeführers hält das Gericht fest dass die EMRK nicht vorschreibe wie die Vertragsstaaten ihre Wehrbereitschaft aufrecht zu erhalten hätten. Sie überlasse es ihren Mitgliedstaaten, wie sie die Armee organisierten, beispielsweise in der Frage, ob es sich um eine Miliz- oder Berufsarmee handle. Aus dem schweizerischen Milizsystem wiederum folge nicht, dass eine allgemeine Wehrpflicht auch für Frauen vorzusehen wäre, was auch nie erwogen wurde. Dies hänge vor allem damit zusammen, dass Frauen aufgrund physiologischer und biologischer Unterschiede im Durchschnitt für den Militärdienst als weniger gut geeignet erachtet würden als der Durchschnitt der Männer. Mit Verweis auf die einzige westliche Armee, die eine Militärdienstpflicht für Frauen kennt (Israel), kommt das Gericht zum Schluss, dies seien gewichtige Gründe, die allgemeine Wehrpflicht auf Männer zu beschränken und einen freiwilligen Militärdienst für Frauen vorzusehen.

## Kommentar

[5] Im Ergebnis ist dem Bundesgericht zuzustimmen. Bedauernswert ist jedoch, dass es mit seiner formalen Argumentation die materiellen Fragestellungen umschifft und zugleich auf eine die Frauen diskriminierende historische Argumentation des Gesetzgebers verweist und damit riskiert, stereotype Rollen- und Gesellschaftsbilder weiter zu zementieren. So sieht es in der historischen Begründung, dass Frauen aufgrund physiologischer und biologischer Unterschiede im Durchschnitt für den Militärdienst als weniger geeignet erachtet werden als der Durchschnitt der Männer, „gewichtige Gründe, die allgemeine Wehrpflicht auf Männer zu beschränken und einen freiwilligen Militärdienst für Frauen vorzusehen“. Diese Argumentation ist nicht mehr zeitgemäss und widerspricht der Realität eines modernen militärischen Dispositivs, da militärdienstliche Aufgaben mittlerweile weitaus mehr als nur physisch kraftvolle Einsätze benötigt. Darüber hinaus ist die Argumentation auch widersprüchlich, da Frauen zum Militärdienst zugelassen werden und es zudem zahlreiche Frauen gibt welche die physische Konstitution für die immer noch bestehenden physisch herausfordernden Aufgaben mitbringen. Daher hätte das Bundesgericht gut getan, die mit Stereotypen verhängte Begründung des Gesetzgebers aufzudecken, auch wenn die Ungleichbehandlung sowohl hinsichtlich der Wehrpflicht als auch der Ersatzabgabe durch die Verfassung gedeckt ist (verfassungsrechtliche Kollision).

[6] Die eigentliche Problematik des Urteils liegt m.E. jedoch im Vermeidungsverhalten des Gerichts sich mit den gesamtgesellschaftlichen strukturellen Zusammenhängen der Frauendiskriminierung auseinanderzusetzen. Zwar hatte das Gericht über die Frage zu befinden, ob Männer (und nicht ob Frauen) diskriminiert werden. Doch hätte es die Möglichkeit gehabt, hier ein unmissverständliches Zeichen an potentielle zukünftige Kläger zu richten. Nämlich: Eine allgemeine Wehrpflicht für beide Geschlechter käme einer Diskriminierung der Frauen gleich, dies zumindest solange die diskriminierende Realität

der Frauen in der Schweiz betreffend den Zugang zur Arbeitswelt sowie die Vereinbarkeit von Familie und Beruf weiterbesteht.

[7] So kann die Diskussion über die Wehrpflicht für die Frau kann glaubwürdig erst dann geführt werden, wenn die für einen Abbau der tatsächlichen Diskriminierung beim Zugang zum Beruf benötigten Rahmbedingungen wie z.B. Lohngleichheit, Teilzeitarbeit, flexible Arbeitszeitmodelle, Elternurlaub, familienergänzende Betreuung und im Schulsystem Kinderkrippen, Tageschulen und Blockzeiten etc. geschaffen werden oder die Diskriminierung der Frauen anderweitig abgebaut wurde.

Zitiervorschlag: Tarek Naguib, Pflicht zur Wehrpflichtersatzabgabe nur für Männer, in: Push-Service Entscheide, publiziert am 14. Juni 2011