

Kurzgutachten

betreffend

Verfassungsänderungsbedarf bei Einführung eines obligatorischen Orientierungstags für Schweizerinnen

vom 31. Januar 2018

erstellt im Auftrag des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölke-
rungsschutz und Sport

durch

Prof. Dr. Benjamin Schindler

Ass.-Prof. Dr. Patricia Egli

Inhaltsverzeichnis

A. Gutachtensfrage.....	3
B. Obligatorischer Orientierungstag als Bürgerinnen- und Bürgerpflicht.....	4
I. Bürgerinnen- bzw. Bürgerpflichten im geltenden Verfassungsrecht	4
II. Obligatorischer Orientierungstag als Bürgerinnen- und Bürgerpflicht.....	6
III. Empfehlung: Verfassungsänderung.....	8
C. Obligatorischer Orientierungstag im Lichte der Rechtsgleichheit.....	8
I. Spannungsfeld zwischen Rechtsgleichheit und Dienstpflicht.....	8
II. Grenzen harmonisierender Auslegung	9
III. Empfehlung: Verfassungsänderung.....	10
D. Orientierungstag im Lichte des Zwangs- und Pflichtarbeitsverbots und der persönlichen Freiheit	11
I. Zwangs- und Pflichtarbeitsverbot: Art. 4 Abs. 2 EMRK.....	11
II. Zwischenergebnis	13
III. Persönliche Freiheit: Art. 10 Abs. 2 BV	13
IV. Zulässigkeit der Einschränkung von Art. 10 Abs. 2 BV	15
1. Gesetzliche Grundlage	15
2. Öffentliches Interesse	15
3. Verhältnismässigkeit	16
4. Wahrung des Kerngehalts	20
V. Zwischenergebnis	20
VI. Empfehlung.....	20
E. Handlungsoptionen aufgrund der geltenden Bundesverfassung.....	20
I. Kommunikation der Kantone.....	20
II. Nutzung neuer Kommunikationsformen	21
III. Nutzung der bestehenden Bundeskompetenzen im Bildungsbereich	21
F. Zusammenfassung und Empfehlungen.....	22

A. Gutachtensfrage

Im Konzept «Ein Tag für die Sicherheit der Schweiz: Obligatorischer Orientierungstag für Schweizerinnen» wird unter der Option 3 ein obligatorischer Orientierungstag für Schweizerinnen angedacht. Stellungspflichtige Schweizerinnen und Schweizer werden für den Orientierungstag von den Kantonen mittels Zustellung eines Ausweises für die kostenlose Benutzung der öffentlichen Verkehrsmittel zu einem Amtstermin aufgeboten. Dabei sind nach dem Konzept zwei Varianten denkbar:

- «Option 3a: Obligatorischer Orientierungstag für Schweizerinnen, getrennt nach Geschlechtern und kantonale zusammengefasst. Die stellungspflichtigen Schweizerinnen müssen an einem Orientierungstag teilnehmen. Der Orientierungstag wird nicht an die Ausbildungspflicht angerechnet; er gilt als Amtstermin. Die Teilnehmerin erhält keinen Sold, und es besteht kein Anspruch auf Erwerbsersatz (EO-Karte). Die Teilnahme an den Orientierungstagen ist geschlechterspezifisch getrennt: es werden Orientierungstage nur für Frauen und nur für Männer durchgeführt.»
- «Option 3b: Obligatorischer Orientierungstag für Schweizerinnen, gemeinsam mit den stellungspflichtigen Schweizer Bürgern. Die stellungspflichtigen Schweizerinnen müssen an einem Orientierungstag teilnehmen. Der Orientierungstag wird nicht an die Ausbildungspflicht angerechnet; er gilt als Amtstermin. Die Teilnehmerin erhält keinen Sold, und es besteht kein Anspruch auf Erwerbsersatz (EO-Karte). Die Teilnahme an den Orientierungstagen erfolgt geschlechtergemeinsam: es werden Orientierungstage mit Frauen und mit Männern durchgeführt.»

Die Gutachtensfrage mit Blick auf Option 3 lautet:

- Ist zur Einführung eines obligatorischen Orientierungstags für Schweizerinnen eine Verfassungsänderung erforderlich oder nicht?

B. Obligatorischer Orientierungstag als Bürgerinnen- und Bürgerpflicht

I. Bürgerinnen- bzw. Bürgerpflichten im geltenden Verfassungsrecht

- 2 Mit dem Begriff der Grundpflichten sind in der Verfassung angelegte, grundlegende Rechtspflichten von Menschen angesprochen, die diese gegenüber dem Staat zu erfüllen haben.¹ Werden die Grundpflichten lediglich Personen mit dem Bürgerrecht des verpflichtenden Gemeinwesens auferlegt, so handelt es sich um Bürgerinnen- und Bürgerpflichten.² Charakteristikum von Grund- bzw. Bürgerpflichten ist, dass sie von allen Personen, welche ein *weit verbreitetes Anknüpfungskriterium* erfüllen (i.d.R. Wohnsitz und/oder Bürgerrecht) *voraussetzungslos* zu erfüllen sind. Die Praxis nimmt Bürgerinnen- und Bürgerpflichten nur «sehr zurückhaltend und in einem höchst eingeschränkten Anwendungsbereich an»³. In der Bundesverfassung ist die Militärdienstpflicht für Schweizer Männer in Art. 59 Abs. 1 BV als Bürgerpflicht ausgestaltet. Art. 61 Abs. 3 BV gibt dem Bund sodann die Möglichkeit, den Dienst für den Zivilschutz für Männer obligatorisch zu erklären. Als Grundpflicht gilt zudem die Grundschulpflicht in Art. 62 Abs. 2 BV. Schliesslich impliziert Art. 127 Abs. 1 BV, dass der im Gesetz umschriebene Kreis der Steuerpflichtigen verpflichtet werden kann, nach den Grundsätzen der Besteuerung einen finanziellen Beitrag zum allgemeinen Staatshaushalt zu leisten.⁴
- 3 Neben diesen, in der Bundesverfassung ausdrücklich genannten Grund- bzw. Bürgerpflichten, verlangt Art. 6 BV in allgemeiner Form, dass jede Person «Verantwortung für sich selbst wahr» nehmen müsse und «nach ihren Kräften zur Bewältigung der Aufgaben in Staat und Gesellschaft» beitragen solle. Im Gegensatz zu den meisten Kantonen, welche in ihren Verfassungen eine Grundlage für verbindliche Bürgerpflichten kennen,⁵ betont die Bundesverfassung die Eigenverantwortung und appelliert an das freiwillige bürgerliche Engagement.⁶ Die Modellstudie des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements (EJPD) für eine neue Bundesverfassung von 1985 enthielt demgegenüber ein eigenes Kapitel mit «Grundpflichten». Auf die Übernahme eines solchen Kapitels wurde mit der Totalrevision von 1999 ausdrücklich verzichtet.⁷ Dem geltenden Art. 6 BV kommt daher in erster Linie eine ethisch-erzieherische Funktion zu, doch kann die Bestimmung nicht als Rechtsgrundlage für sanktionsbewehrte allgemeine Bürgerpflichten dienen.⁸ Der lediglich programmatische Charakter der Norm entspricht auch der Verfassungstradition, wonach der Bund – im Gegensatz zu den Kantonen und abgesehen von der Wehrpflicht – traditionell keinen Amtszwang kennt.⁹ Ebensovienig

¹ Vgl. dazu grundlegend ANDREAS KLEY, Grundpflichten Privater im schweizerischen Verfassungsrecht, Diss. St. Gallen 1989, 4 m.w.H.; ROXANE D. SCHINDLER, Die allgemeine Dienstpflicht, Diss. Zürich 1997, 211 ff.

² Vgl. RAINER J. SCHWEIZER, Bürgerpflichten im Recht der Kantone, in: Markus Rüssli/Julia Hänni/Reto Häggi Furrer (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, FS für Tobias Jaag, Zürich/Basel/Genf 2012, 301 ff., 302.

³ Auszug aus der Stellungnahme der Direktion für Völkerrecht vom 22. November 2004, in: VPB 70/2006 Nr. 64. Vgl. auch SCHWEIZER, Bürgerpflichten (Fn. 2), 312 f.

⁴ Vgl. zu diesen Grund- und Bürgerpflichten die Botschaft über eine Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 ff., 139.

⁵ Vgl. Art. 8 KV BE; § 3 KV LU; Art. 16 KV UR; Art. 22 KV OW; Art. 13 KV NW; Art. 21 KV GL; Art. 23 KV SO; § 6 KV BS; § 20 KV BL; Art. 6 KV SH; Art. 26 Abs. 2 KV AR; Art. 17 f. KV AI; Art. 6 f. KV SG; Art. 12 KV TI; Art. 15 KV JU.

⁶ Ähnlich auch Art. 1 Abs. 2 KV ZH; Art. 6 KV GR; Art. 8 KV VD; Art. 13 KV GE.

⁷ Botschaft BV (Fn. 4), 139; THOMAS GÄCHTER/STEPHANIE REINHOLD-BURCH, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 6 N. 1.

⁸ GIOVANNI BIAGGINI, Kommentar BV, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 6 N. 2; GÄCHTER/REINHOLD-BURCH (Fn. 7), Art. 6 N. 7.

⁹ FRITZ FLEINER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923, 241 Fn. 21. Vgl. auch SCHWEIZER, Bürgerpflichten (Fn. 2), 309 f.

kennt der Bund eine Stimm- und Wahlpflicht.¹⁰ Auch das Milizprinzip, wonach öffentliche Aufgaben von Bürgerinnen und Bürgern im Nebenamt ausgeübt werden, beschränkt sich im Bund (und anders als bei Kantonen und Gemeinden) faktisch auf die Armee.¹¹

Pflichten Privater können sich sodann aus zahlreichen Bundesgesetzen ergeben, wobei diese Pflichten meist einen klar definierten Personenkreis umfassen – z.B. die Mitwirkungspflichten der Parteien oder von anderen Beteiligten (Zeugen, Auskunftspersonen etc.) im Verwaltungsverfahren, im Zivil- oder Strafprozess. Es handelt sich somit *nicht* um allgemeine Grund- oder Bürgerpflichten, da diese Pflichten nicht voraussetzungslos zu erfüllen sind. Die jeweiligen Pflichten ergeben sich vielmehr durch den Zweck des jeweiligen Bundesgesetzes und sind auf den durch das Regelungsziel bestimmten Personenkreis beschränkt. Einer Grundpflicht entspricht am ehesten die allgemeine Auskunftspflicht in Art. 10 Volkszählungsgesetz,¹² wobei diese Pflicht aufgrund der alle zehn Jahre erfolgenden Datenerhebung und dem Grundsatz der Stichprobenerhebung faktisch nur einen Bruchteil der Gesamtbevölkerung trifft.¹³ Zudem findet die statistische Auskunftspflicht im Verfassungstext insofern eine Anknüpfung, als die Erstellung einer Bundesstatistik «über den Zustand und die Entwicklung von Bevölkerung, Wirtschaft, Gesellschaft, Bildung, [...]» (Art. 65 Abs. 1 BV) ohne Befragung grösserer Bevölkerungsgruppen kaum möglich wäre. Zu erwähnen ist schliesslich die Meldepflicht bei einem Umzug gemäss Art. 11 Registerharmonisierungsgesetz.¹⁴ Die hiermit verbundene Pflicht zum persönlichen Erscheinen auf einer Amtsstelle ergibt sich allerdings nicht aus dem Bundesrecht, sondern aus den kantonalen Vorschriften. Verschiedene Kantone (z.B. Zürich, Uri, Zug und Aargau) verzichten zudem auf einen obligatorischen Amtstermin und erlauben eine Meldung über ein Online-Formular.

4

Im Sinne eines Zwischenfazits lässt sich festhalten, dass allgemeine Bürgerpflichten auf Bundesebene die Ausnahme darstellen und zudem regelmässig über eine minimale Grundlage im Text der Bundesverfassung verfügen. Zwar besteht auf Bundesebene nur dann ein expliziter Verfassungsvorbehalt, wenn im Verhältnis zu den Kantonen eine neue Bundeskompetenz begründet werden soll (Art. 3 und 42 BV). Aufgrund der freiheitlich-liberalen Verfassungstradition im Bund sowie dem Bemühen, mit der 1999 erfolgten Totalrevision der Bundesverfassung das geltende geschriebene und ungeschriebene Verfassungsrecht umfassend «nachzuführen»¹⁵, ist indes davon auszugehen, dass auch allgemeine Grund- und Bürgerpflichten einer *ausdrücklichen Nennung* in der Bundesverfassung bedürfen.¹⁶ Hierauf deutet auch die Parlamentsdebatte zur totalrevidierten Bundesverfassung hin.¹⁷ Dabei besteht eine gewisse Paral-

5

¹⁰ Vgl. SCHWEIZER, Bürgerpflichten (Fn. 2), 310 f.

¹¹ Das Bundesparlament gilt zwar gemeinhin weiter als «Milizparlament», hat sich in der Realität aber zu einem Halbberufsparlament entwickelt: GERHARD M. SALADIN, Der verfassungsrechtliche Grundsatz des Milizprinzips der Schweizer Armee, Diss. Bern, Zürich/St. Gallen 2012, 17 ff. Vgl. bereits FRITZ FLEINER, Beamtenstaat und Volksstaat (1916), in: Ders., Ausgewählte Schriften und Reden, Zürich 1941, 138 ff., 145.

¹² Bundesgesetz über die Eidgenössische Volkszählung vom 22. Juni 2007, SR 431.112.

¹³ Die Stichprobenmenge beträgt 200'000 Personen, was einem Bevölkerungsanteil von 2.5% entspricht (vgl. Anhang Nr. 98 der Verordnung über die Durchführung von statistischen Erhebungen des Bundes vom 30. Juni 1993, SR 431.012.1).

¹⁴ Bundesgesetz über die Harmonisierung der Einwohnerregister und anderer amtlicher Personenregister vom 23. Juni 20016, SR 431.02.

¹⁵ Vgl. Botschaft BV 1996 (Fn. 4), 27 f.

¹⁶ SCHINDLER, Dienstpflicht (Fn. 1), 231 ff., 234. Vgl. SCHWEIZER, Bürgerpflichten (Fn. 2), 312.

¹⁷ Vgl. das Votum des Berichterstatters der vorberatenden Kommission (René Rhinow) im Ständerat: «Die Kommission war der Ansicht, dass Individualpflichten im Rechtsstaat konkret umschrieben sein sollten, wie wir das

leilität zum Grundrechtekatalog, welcher die anerkannten Grundrechte ausdrücklich und einzeln benennt. Die Verfassung kann seit der Totalrevision als «Vollverfassung» qualifiziert werden, welche alle elementaren Rechte und Pflichten der Bürgerinnen und Bürger ausdrücklich nennt.¹⁸ Ein Unterschied besteht aber insofern, als die Grundpflichten in jedem Fall in ausführenden Gesetzen zu konkretisieren sind – z.B. in der Eidg. Militärgesetzgebung, der kantonalen und kommunalen Schulgesetzgebung sowie der Steuergesetzgebung von Bund, Kantonen, (Bezirken) und Gemeinden – während Grundrechte grösstenteils auch ohne ausführende Gesetzesbestimmungen unmittelbar Geltung beanspruchen.¹⁹

II. Obligatorischer Orientierungstag als Bürgerinnen- und Bürgerpflicht

- 6 Ein obligatorischer Orientierungstag für Schweizerinnen ist als Einführung einer neuen Bürgerinnenpflicht zu qualifizieren. Die Pflicht würde alle Schweizerinnen treffen, welche ein bestimmtes Alter erreicht haben und in der Schweiz wohnhaft sind. Weitere Voraussetzungen – etwa bestimmte berufliche Qualifikationen oder die Tätigkeit in bestimmten Branchen – werden nicht verlangt. Die Kombination von breitem Anknüpfungskriterium (Bürgerrecht und Wohnsitz) und Voraussetzungslosigkeit unterscheidet einen solchen Orientierungstag von den andernorts im Bundesrecht vorgesehenen Amtsterminen. Die Pflicht, an einem einzelnen Orientierungstag teilzunehmen, ist für die Betroffenen zwar wesentlich weniger einschneidend als die in der Bundesverfassung bereits heute verankerten Dienstpflichten, die Schulpflicht und die Steuerpflicht. Aber auch staatsbürgerliche Pflichten, welche lediglich ein punktuelles und zeitlich begrenztes Erscheinen an einem Ort bedingen – etwa die Teilnahmepflicht an einer Landsgemeinde oder Gemeindeversammlung – finden sich in den Kantonen auf Stufe der Verfassung.²⁰ Auch auf Bundesebene ist zumindest eine *minimale* Anknüpfung an den Text der Verfassung zu verlangen. Ein solcher findet sich in der geltenden Bundesverfassung aber nicht.
- 7 Der geplante Orientierungstag steht unter dem Motto «Ein Tag für die Sicherheit der Schweiz» und verfolgt das Ziel, das Potenzial an jungen Schweizerinnen für den freiwilligen Militärdienst besser auszuschöpfen. Der Bund verfügt zwar mit den Art. 58 bis 61 BV über verschiedene Kompetenzen in den Bereichen Sicherheit, und die Kompetenzen des Bundes im Bereich der Armee sind umfassend. Diese Kompetenznormen genügen alleine aber nicht, um eine zusätzliche Bürgerinnenpflicht einzuführen, vielmehr bedarf es einer zumindest implizit enthaltenen Einzelermächtigung (vgl. oben, Rz. 5, 6). Art. 57 BV, welcher Bund und Kantone in sehr allgemeiner Form dazu verpflichtet, «im Rahmen ihrer Zuständigkeiten» für die Sicherheit des Landes und den Schutz der Bevölkerung zu sorgen, schafft keine Bundeskompetenzen, son-

etwa bei der Militärdienstpflicht, der Steuerpflicht oder der Schulpflicht kennen.» (Amtl. Bull. SR vom 20. Januar 1998, 22).

¹⁸ Vgl. KLEY (Fn. 1), 128.

¹⁹ JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Droit et devoirs de l'homme et du citoyen. Une symétrie ?, in: RDAF 1997 I, 1 ff., 25; KLEY (Fn. 1), 347 f.; SCHINDLER, Dienstpflicht (Fn. 1), 233.

²⁰ Vgl. Art. 21 Abs. 2 KV GL; Art. 17 KV AI. Vgl. auch Art. 23 Abs. 2 KV SH.

dem ist in erster Linie ein Koordinationsgebot im Rahmen der bestehenden Kompetenzordnung.²¹ Zwar kommt darin auch zum Ausdruck, dass die Verfolgung der öffentlichen Sicherheit ein legitimes öffentliches Interesse ist, z.B. wenn es um Grundrechtseingriffe geht.²² Als verfassungsrechtliche Anknüpfung konkreter Bürgerpflichten reicht Art. 57 BV indes nicht. Dies gilt umso mehr, als die im Bereich der Sicherheit bestehenden Bürgerpflichten in den Art. 59 und 61 BV ausdrücklich und vergleichsweise ausführlich geregelt werden und beide Bestimmungen den Militärdienst und den zivilen Schutzdienst für Frauen explizit als «freiwillig» erklären (Art. 59 Abs. 2 und Art. 61 Abs. 3 Satz 2 BV). Für Männer lässt sich der heute durchgeführte obligatorische Orientierungstag auf Art. 59 Abs. 1 BV abstützen (Militärdienstpflicht). Zwar wird der Orientierungstag nicht an die Ausbildungsdienstpflicht angerechnet (Art. 8 Abs. 2 MG) – dennoch ist aufgrund der Regelung im 2. Kapitel des Militärgesetzes mit der Überschrift «Inhalt der Militärdienstpflicht» und dem Anknüpfungskriterium der Stellungs- bzw. Militärdienstpflicht (Art. 8 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 bzw. Art. 3 MG) eindeutig, dass die Teilnahmepflicht am Orientierungstag *Ausfluss der Militärdienstpflicht der Männer* ist. Der Orientierungstag dient denn auch der Vorbereitung auf die Rekrutierung und nicht einer allgemeinen Ausbildung in sicherheitspolitischen Fragen.²³ Art. 59 BV kann somit nicht als «Aufhänger» dienen, um einen Orientierungstag auch für Frauen obligatorisch zu erklären. Dies umso mehr, als die Freiwilligkeit des Militärdienstes dem ausdrücklichen und aktuellen Willen des Verfassungsgebers entspricht.

Die Nennung des freiwilligen Militär- und Schutzdienstes für Frauen in der Verfassung erfolgte im Zug der letzten Totalrevision auf ausdrücklichen Wunsch verschiedener Vernehmlassungsteilnehmer.²⁴ Damit sollte einerseits unterstrichen werden, dass Frauen einen (vollwertigen) Militärdienst leisten können und nicht auf blosser Hilfsfunktionen beschränkt sind. Gleichzeitig sollte aber auch betont werden, dass diese Dienstleistung freiwillig sein soll. Dieser Norm ging zudem eine langjährige Auseinandersetzung um die Dienstpflicht der Frauen voran: Art. 37 des Verfassungsentwurfs von 1977 («Entwurf Furgler») und Art. 30 der Modellstudie EJPD von 1985 waren beide noch offener formuliert und sahen eine allgemeine Dienstpflicht für alle «Schweizer» vor, wobei Frauen miteingeschlossen waren. Lediglich die eigentliche «Wehrpflicht» wurde ausdrücklich auf Männer eingegrenzt. 1988 wurden zudem im Rahmen einer Studiengruppe «Mitwirkung der Frau in der Gesamtverteidigung» verschiedene Modelle der stärkeren Einbindung von Frauen in die Gesamtverteidigung erwogen. Die Studie kam zum Schluss, dass eine Ausbildungsverpflichtung für Frauen eine Verfassungsänderung bedingen würde und sich weder über die Bundeskompetenz zum Militär- und Schutzdienst, noch über die Grundschulpflicht rechtfertigen liesse.²⁵ Schliesslich wurden im Rahmen der Studienkommission Allgemeine Dienstpflicht (SKAD), welche ihren Schlussbericht 1996 vorlegte, verschiedene Modelle einer Wehr- bzw. Dienstpflicht diskutiert. Auch diese Studie

8

²¹ BIAGGINI, Komm. BV (Fn. 8), Art. 57 N. 2; OLIVER DIGGELMANN/TILMANN ALTWICKER, Basler Kommentar (Fn. 7), Art. 57 N. 23; RAINER J. SCHWEIZER/MARKUS H.F. MOHLER, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 57 N. 3.

²² Vgl. BGE 140 I 2, E. 10.5.2. S. 33.

²³ Vgl. Art. 6 Verordnung über die Rekrutierung (VREK) vom 10. April 2002, SR 511.11.

²⁴ Botschaft BV 1996 (Fn. 4), 240.

²⁵ VPB 52/II, Nr. 26, 146, 166.

kam zum Schluss, dass der verbindliche Einbezug von Frauen eine Verfassungsänderung notwendig machen würde.²⁶ Die Vorgeschichte der heute geltenden Art. 59 und 61 BV macht somit deutlich, dass eine stärkere Einbindung von Frauen in eine allgemeine Dienstpflicht und insb. in ein Konzept der «Gesamtverteidigung» ernsthaft erwogen wurde. Diese Diskussionen fanden vor dem Hintergrund der seit den 1960er-Jahren laufenden Verfassungsdiskussion statt und umfassten auch konkrete Formulierungsvorschläge für einen Verfassungstext. Das Ergebnis ist der heute vorliegende Wortlaut, welcher ausdrücklich und ausschliesslich eine Dienstleistungspflicht für Männer in Art. 59 Abs. 1 BV festhält und gleichzeitig die Freiwilligkeit des Militärdienstes für Frauen in Art. 59 Abs. 2 BV betont. Eine mittels Volksinitiative verlangte Änderung von Art. 59 BV wurde schliesslich in der Abstimmung vom 22. September 2013 von 73.2% der Stimmenden und allen Ständen deutlich verworfen.²⁷ Die Einführung eines obligatorischen Orientierungstags für Frauen fände damit weder im Wortlaut von Art. 59 und 61 BV eine Grundlage, noch in der Entstehungsgeschichte dieser Verfassungsbestimmungen.

III. Empfehlung: Verfassungsänderung

- 9 Soll ein obligatorischer Orientierungstag für Frauen eingeführt werden, so bedarf es hierfür einer Änderung der Bundesverfassung. Soll an diesem Orientierungstag in erster Linie über Angebote des freiwilligen Militärdienstes informiert werden, drängt sich eine Anpassung bzw. Ergänzung des Art. 59 Abs. 2 BV auf.

C. Obligatorischer Orientierungstag im Lichte der Rechtsgleichheit

I. Spannungsfeld zwischen Rechtsgleichheit und Dienstpflicht

- 10 Der Orientierungstag ist heute nur für Männer obligatorisch (Art. 8 Abs. 1 MG), für Frauen hingegen freiwillig (Art. 8 Abs. 3 MG). Diese Ungleichbehandlung von Männern und Frauen steht im offensichtlichen Widerspruch zu Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV («Mann und Frau sind gleichberechtigt.»). Abweichungen von der in Art. 8 Abs. 3 BV gewährleisteten Geschlechtergleichheit sind nur zulässig, wenn auf dem Geschlecht beruhende *biologische und funktionale Unterschiede* eine Gleichbehandlung absolut ausschliessen. Solche Unterschiede, welche eine Gleichbehandlung geradezu ausschliessen würden, sind bei der Militärdienstpflicht – und schon gar nicht bei der Teilnahmepflicht an einem Orientierungstag – nicht gegeben. Die fehlende Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung bei der Militärdienstpflicht ist in der herrschenden Lehre breit anerkannt und wurde auch vom Bundesgericht ausdrücklich festgestellt.²⁸ Es stellt sich damit die Frage, ob ein für Männer wie Frauen gleichermaßen obligatorischer Orientierungstag verfassungsrechtlich mit dem Gleichstellungsauftrag in Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV begründet werden könnte («Das Gesetz sorgt für ihre rechtliche und tatsächliche Gleichstellung, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit.»). Das Militärgesetz trägt dem Gleichstellungsauftrag bereits heute Rechnung, indem freiwillig Militärdienst leistende Frauen die gleichen Rechte und Pflichten haben wie Männer (Art. 3 Abs. 3 MG).²⁹ Zudem werden auch Frauen

²⁶ Schlussbericht der Studienkommission Allgemeine Dienstpflicht zur Frage, ob die Wehr- und Schutzdienstpflicht durch eine Allgemeine Dienstpflicht abgelöst werden soll, vom 20. August 1996, Bern 1996, 55 ff.

²⁷ BBl 2013 8789.

²⁸ Urteil BGer 2C_1051/2016 vom 24. August 2017, E. 3.3 mit zahlreichen Literaturhinweisen.

²⁹ Vgl. HANSJÖRG MEYER, St. Galler Kommentar BV (Fn. 21), Art. 59 N. 4.

militärdienstpflichtig, sobald sie sich bereit erklärt haben, eine militärische Funktion zu übernehmen (Art. 3 Abs. 2 MG).

Die Ungleichbehandlung von Mann und Frau in Bezug auf die Militärdienstpflicht ist allerdings in Art. 59 Abs. 1 und 2 BV und damit auf der gleichen Normstufe wie das Gleichbehandlungsgebot angelegt. In welchem Verhältnis Art. 8 und Art. 59 BV zueinander stehen, ist in der Lehre umstritten. Die Mehrheit der Lehre erblickt in Art. 59 BV eine «autoritative Grenzziehung des Verfassungsgebers»³⁰ und auch das Bundesgericht versteht Art. 59 als «lex specialis» und somit als Ausnahme zum allgemeinen Gleichheitssatz.³¹ Ein Teil der Lehre geht weiter und sieht in der auf Männer beschränkten Militärdienstpflicht eine Verletzung des Verfassungsrechts und des Völkerrechts (insb. Art. 14 EMRK).³² Selbst einzelne dieser Autoren anerkennen aber,³³ dass eine beide Geschlechter gleich behandelnde Lösung nur vom Verfassungsgeber gefunden werden könnte, da ein neues Dienstleistungsmodell nicht von den angerufenen Gerichten, sondern nur von den staatsrechtlich und politisch legitimierten verfassungsgebenden Organen (Parlament, Volk und Stände) beschlossen werden könnte.³⁴ Denn mit Blick auf eine die Geschlechter gleich behandelnde Lösung sind sehr unterschiedliche Modelle denkbar: eine Militärdienstpflicht für Männer *und* Frauen, eine generelle Freiwilligkeit für beide Geschlechter oder diverse Alternativmodelle einer Allgemeinen Dienstpflicht.³⁵ Eine Art. 59 BV widersprechende Ausdehnung der Militärdienstpflicht auf Frauen liesse sich daher weder unter Rückgriff auf Art. 8 Abs. 3 BV, noch unter Berufung auf Art. 14 EMRK rechtfertigen.

11

II. Grenzen harmonisierender Auslegung

Im Sinne einer harmonisierenden Auslegung liesse sich argumentieren, dass der Anwendungsbereich der «lex specialis» in Art. 59 BV möglichst eng zu definieren sei. Der Aspekt der lediglich auf Frauen bezogenen Freiwilligkeit wäre aus diesem Grund auf den eigentlichen Entscheidungsmoment über den Militärdienst einzugrenzen. *Vor* diesem Entscheid und *danach* wären Männer und Frauen gleich zu behandeln. Mit Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 MG ist bereits heute sichergestellt, dass Frauen *nach* der Entscheidung für den Militärdienst weitestgehend wie Männer behandelt werden und ihr Ausscheiden aus der Armee nicht mehr in ihrem Belieben steht.³⁶ Mit Blick auf einen obligatorischen Orientierungstag für Männer und Frauen liesse sich argumentieren, dass hiermit die Gleichbehandlung der Geschlechter *vor* der (freiwilligen) Entscheidung über den Militärdienst erreicht werden soll. Dieses Argument liesse sich insbesondere mit Blick auf einen *gemeinsamen* Orientierungstag (Option 3b) vorbringen. Gegenüber einer solchen Interpretation der Verfassung, welche den Widerspruch zwischen

12

³⁰ PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016, § 4, Rz. 41; BGer Urteil 2C_221/2009 vom 21. Januar 2010 E. 2.1. Vgl. auch BIAGGINI, Komm. BV (Fn. 8), Art. 59 N. 6; DIGGELMANN/ALTWICKER (Fn. 21), Art. 59 N. 6; MEYER, St. Galler Kommentar BV (Fn. 21), Art. 59 N. 4. Zahlreiche weitere Hinweise in Urteil BGer 2C_1051/2016 vom 24. August 2017, E. 3.4.

³¹ Urteil BGer 2C_1051/2016 vom 24. August 2017, E. 3.4.

³² Vgl. insb. SIBILLA BONDOLFI, Wehrpflicht und Geschlechterdiskriminierung, Diss. Zürich 2012, 181 ff.; BERNHARD WALDMANN, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, Bern 2003, 618 ff.

³³ So BONDOLFI (Fn. 32), 180, 279 ff. WALDMANN, Diskriminierungsverbot (Fn. 32), 621, spricht sich hingegen dafür aus, dass Art. 59 Abs. 1 BV die Anwendung zu versagen sei. Diese Lösung würde freilich dazu führen, dass beide Geschlechter *keine* Dienstpflicht mehr trifft.

³⁴ Vgl. Urteil BGer 2C_1051/2016 vom 24. August 2017, E. 4.7.

³⁵ Vgl. Bericht der Studiengruppe Dienstpflichtsystem vom 15. März 2016.

³⁶ Vgl. BIAGGINI, Komm. BV (Fn. 8), Art. 59 N. 6; MEYER, St. Galler Kommentar BV (Fn. 21), Art. 59 N. 4; WALDMANN, Diskriminierungsverbot (Fn. 32), 621 ff.

Art. 8 und Art. 59 BV mit Blick auf den Orientierungstag «wegharmonisieren» möchte, ist jedoch Skepsis angebracht.³⁷ Die Statuierung von Dienstpflichten im *Vorfeld* der von Freiwilligkeit geprägten Entscheidung der Schweizerin könnte als Einführung einer allgemeinen Militärdienstpflicht in kleinen Schritten empfunden werden. Dies umso mehr, als der Orientierungstag in seiner heutigen Form klarer Ausfluss der Militärdienstpflicht ist (vgl. oben, Rz. 7). Die Gleichbehandlung *nach* der freiwilligen Entscheidung lässt sich hingegen damit rechtfertigen, dass in diesem Zeitpunkt ein klares Bekenntnis zum Militärdienst besteht. Wenn eine Frau bereit ist, in diesen Dienst einzutreten, ist sie sich der verpflichtenden Konsequenzen ihrer Entscheidung bewusst. Der Eintritt in den Militärdienst hat in vielerlei Hinsicht freiheitsbeschränkende Konsequenzen und bedingt die Bereitschaft, sich in einen militärisch geprägten Dienstalltag einzufügen. Dieser ist gekennzeichnet durch Disziplin, Gehorsam und eine Reihe dienstlicher Pflichten.³⁸ Hinzu kommt, dass eine Armee in die Ausbildung ihrer Angehörigen investiert und gerade in ausserordentlichen Situationen nur begrenzt funktionsfähig wäre, wenn ihre Mitglieder jederzeit ihren «Austritt» erklären könnten. Dementsprechend kennen auch kantonale Polizeigesetze vielfach strengere Dienst- und Disziplinarvorschriften für das Polizeipersonal, und einzelne Kantone behalten sich explizit vor, die teilweise Rückerstattung von Ausbildungskosten zu verlangen, wenn eine Person frühzeitig aus der Polizeischule oder dem Polizeikorps austritt.³⁹

III. Empfehlung: Verfassungsänderung

13

Das Spannungsverhältnis zwischen dem Gleichbehandlungsgebot und der auf Männer beschränkten Dienstpflicht ist heute von der Lehre und auch vom Bundesgericht anerkannt. Dieses Spannungsverhältnis lässt sich aber nur im Rahmen einer Verfassungsänderung lösen, welche jedoch wesentlich über eine punktuelle Anpassung von Art. 59 Abs. 2 und Art. 61 Abs. 3 BV hinausgehen würde. Alternativen zum heutigen Zustand der männlichen Dienstpflicht aufzuzeigen, ist nicht Gegenstand dieses Gutachtens und wurde in der jüngeren Vergangenheit bereits eingehend andernorts untersucht.⁴⁰

³⁷ GIOVANNI BIAGGINI, Über die Auslegung der Bundesverfassung und ihr Verhältnis zur EMRK, in: ZBl 114/2013, 316 ff., 321 f.

³⁸ Vgl. Ziff. 13, 21, 77, 80, 89 Dienstreglement der Schweizer Armee (DRA) vom 22. Juni 1994 (SR 510.107.0).

³⁹ Vgl. § 18 Polizeigesetz des Kantons Aargau vom 6. Dezember 2005 (SAR 531.200).

⁴⁰ Vgl. Schlussbericht der Studienkommission Allgemeine Dienstpflicht zur Frage, ob die Wehr- und Schutzdienstpflicht durch eine Allgemeine Dienstpflicht abgelöst werden soll, vom 20. August 1996, Bern 1996, 55 ff.

D. Orientierungstag im Lichte des Zwangs- und Pflichtarbeitsverbots und der persönlichen Freiheit

Die Auferlegung von Bürgerinnen- und Bürgerpflichten kann im Widerspruch zu Grundrechten stehen. Unter dem Begriff der Grundrechte werden die von der Verfassung und von internationalen Menschenrechtskonventionen garantierten inhaltlich grundlegenden Rechte des Einzelnen gegenüber dem Staat verstanden. Sie umfassen wesentliche Aspekte menschlichen Daseins, die sich gegenüber staatlicher Macht als besonders schutzbedürftig erwiesen haben.⁴¹ Im vorliegenden Zusammenhang sind insbesondere die in Art. 4 Abs. 2 EMRK und Art. 10 Abs. 2 BV garantierten Freiheitsrechte genauer zu prüfen.

14

I. Zwangs- und Pflichtarbeitsverbot: Art. 4 Abs. 2 EMRK

Auf völkerrechtlicher Ebene normiert Art. 4 Abs. 2 EMRK⁴² ein *absolutes* Verbot der Zwangs- und Pflichtarbeit.⁴³ Ein Eingriff in den Schutzbereich dieser Bestimmung bedeutet daher zugleich einen Verstoß gegen die Garantie und damit eine Konventionsverletzung.

15

Der Begriff der «Zwangs- und Pflichtarbeit» wird in der EMRK nicht definiert. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) stützt sich zur Auslegung dieses Begriffs daher auf weitere völkerrechtliche Verträge, die sich mit der Problematik der Zwangsarbeit befassen. Wesentlich sind in diesem Zusammenhang insbesondere die Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) über Zwangs- und Pflichtarbeit⁴⁴ und über die Abschaffung der Zwangsarbeit⁴⁵. In Berücksichtigung dieser Abkommen 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. Darüber hinaus ist für die Qualifizierung einer Arbeitsverpflichtung als Zwangs- oder Pflichtarbeit entscheidend, ob die Arbeit *ungerecht* oder *unterdrückend* ist oder zwangsläufig *Härten* zur Folge hat. Dabei ist auch zu berücksichtigen, ob die mit einer Arbeit verbundenen Belastungen in einem angemessenen Verhältnis zu den zu erwartenden Vorteilen stehen.⁴⁶

16

⁴¹ Vgl. ULRICH HÄFELIN ET AL., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich 2016, Rz. 205 f.; REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, Grundrechte, 2. Aufl., Bern 2013, 8 f.; JÖRG PAUL MÜLLER, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: Daniel Thürer/François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 39 Rz. 6.

⁴² Vgl. auch Art. 8 Abs. 3 lit. a des Internationalen Paktes vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II, SR 0.103.2), der Zwangs- oder Pflichtarbeit verbietet. Analog zur EMRK sieht Art. 8 Abs. 3 lit. c UNO-Pakt II Ausnahmen vor, wobei keine Zwangs- oder Pflichtarbeit vorliegt, wenn es sich um Dienstleistungen militärischer Art handelt (Ziff. ii) oder Dienstleistungen, die zu den normalen Bürgerpflichten gehören (Ziff. iv). Da die Ausnahmen im UNO-Pakt II und der EMRK gleich formuliert sind, gelten die vorliegenden Ausführungen analog in Bezug auf Art. 8 Abs. 3 lit. a UNO-Pakt II. Zur letzteren Bestimmung vgl. eingehend SCHINDLER, Dienstpflicht (Fn. 1), 92 ff.; MEYER, St. Galler Kommentar BV (Fn. 21), Art. 59 N. 10; BONDOLFI (Fn. 32), 282 f.

⁴³ In der Schweizer Bundesverfassung wird das Verbot der Zwangsarbeit als Kerngehalt der in Art. 27 BV garantierten Wirtschaftsfreiheit normiert. Vgl. JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz: Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, Bern 2008, 1047 f., 1078; KIENER/KÄLIN (Fn. 41), 371.

⁴⁴ Übereinkommen Nr. 29 der ILO vom 28. Juni 1939 über Zwangs- oder Pflichtarbeit (SR 0.822.713.9).

⁴⁵ Übereinkommen Nr. 105 der ILO vom 25. Juni 1957 über die Abschaffung der Zwangsarbeit (SR 0.822.720.5).

⁴⁶ EGMR *Van der Musselle v. Belgique*, Nr. 8919/80 vom 23. Nov. 1983, §§ 33, 37, 39; CHRISTOPH GRABENWARTER/KATHARINA PABEL, Europäische Menschenrechtskonvention: ein Studienbuch, 6. Aufl., München/Basel/Wien 2016, § 20, Rz. 91; JOCHEN ABR. FROWEIN, Kommentar zu Art. 4 EMRK, in: Jochen Abr. Frowein/Wolfgang Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl a. Rhein 2009, Rz. 8 ff.; CHRISTOPH GRABENWARTER, European Convention on Human Rights, Commentary, München 2014, Kommentar zu Art. 4 EMRK, Rz. 4 f.; SCHINDLER, Dienstpflicht (Fn. 1), 46 ff.; SCHWEIZER, Bürgerpflichten (Fn. 2), 314 ff.

- 17 Mit Blick auf diese Kriterien erscheint bereits zweifelhaft, ob der obligatorische Orientierungstag unter den Geltungsbereich von Art. 4 Abs. 2 EMRK fällt. Die Teilnahme am Orientierungstag erfolgt zwar nicht freiwillig. Jedoch fehlt es an den weiteren Charakteristika des Begriffs der Zwangs- und Pflichtarbeit. Zum einen handelt es sich bei einem Orientierungstag, der ungefähr acht Stunden umfassen dürfte, um eine vergleichsweise kurze Zeitspanne. Zum anderen fehlen Anzeichen dafür, dass es sich dabei um eine ungerechte oder unterdrückende Belastung mit unangemessenen Härten handelt. Der Orientierungstag weist keinerlei willkürliche, schikanöse oder gar bestrafende Elemente auf. Da die Teilnehmenden zudem einen Ausweis für die kostenlose Benützung der öffentlichen Verkehrsmittel erhalten und der Tag als Amtstermin gilt, sind auch keine erheblichen finanziellen Nachteile ersichtlich.⁴⁷
- 18 Auch wenn der obligatorische Orientierungstag als Zwangs- oder Pflichtarbeit charakterisiert würde, so gilt es zu beachten, dass Art. 4 Abs. 3 EMRK einen Katalog von vier Ausnahmetatbeständen umfasst, bei deren Vorliegen keine Zwangs- oder Pflichtarbeit im Sinne von Art. 4 Abs. 2 EMRK gegeben ist. Nicht als Zwangs- oder Pflichtarbeit im Sinne von Art. 4 Abs. 2 EMRK gilt zunächst eine Dienstleistung militärischer Art (Art. 4 Abs. 3 lit. b EMRK). Diese Ausnahme ist nach der Rechtsprechung des EGMR nur auf aus der Wehrpflicht selbst resultierende Dienstpflichten anwendbar.⁴⁸ Da der obligatorische Orientierungstag gerade nicht als aus der Wehrpflicht folgende Dienstpflicht angesehen werden kann, sondern auf die Beeinflussung der Entscheidungsfindung der Schweizerinnen in Bezug auf die Begründung der Militärdienstpflicht zielt, findet diese Ausnahme keine Anwendung.
- 19 Arbeiten oder Dienstleistungen, die zu den *üblichen Bürgerpflichten* gehören, fallen ebenfalls nicht unter das Verbot der Zwangs- und Pflichtarbeit (Art. 4 Abs. 3 lit. d EMRK). Ob eine Pflicht von dieser Ausnahme erfasst wird, lässt sich nur schwer allgemein feststellen und ist im Einzelfall durch Auslegung und unter Zuhilfenahme der Rechtsprechung des EGMR zu ermitteln. Das Begriffsmerkmal der «üblichen» Bürgerpflichten wird dabei ähnlich wie der Begriff «herkömmlich» ausgelegt, was auf eine Pflicht hindeutet, die bereits geraume Zeit Bestand hat und im Rechtsbewusstsein traditioneller Bestandteil der Rechtsordnung ist.⁴⁹ Zu diesen Bürgerpflichten zählen beispielsweise Pflichten zum Feuerwehrdienst, zum Dienst als Geschworener oder als Mitglied eines Wahlbüros, zu etwaigen Ersatzabgaben, zur Deichhilfe oder Hand- und Spanndiensten in den Kommunen.⁵⁰ Grundsätzlich sind solche Pflichten hinzunehmen, die den Leitgedanken der Ausnahmebestimmungen entsprechen, nämlich die

⁴⁷ Da die Arbeitnehmenden ohne ihr Verschulden zur Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht an der Arbeitsleistung verhindert sind, hat der Arbeitgeber grundsätzlich den Lohn zu entrichten, sofern das Arbeitsverhältnis mehr als drei Monate gedauert hat oder für mehr als drei Monate eingegangen ist. Vgl. Art. 324a Abs. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (OR, SR 220).

⁴⁸ GRABENWARTER/PABEL (Fn. 46), § 20, Rz. 95; SCHINDLER, Dienstpflicht (Fn. 1), 54 f. Das Bundesgericht subsumiert den Zivilschutzdienst als Dienstleistung mit (in weitem Sinn) militärischem Charakter bzw. als an Stelle der militärischen Dienstpflicht tretende, den eigentlichen Militärdienst ergänzende Dienstleistung unter Art. 4 Abs. 3 lit. b EMRK. Vgl. BGE 118 Ia 341 E. 3d.

⁴⁹ So auch Auszug aus der Stellungnahme der Direktion für Völkerrecht vom 22. November 2004, in: VPB 70/2006 Nr. 64.

⁵⁰ EGMR *Karlheinz Schmidt v. Germany*, Nr. 13580/88 vom 18. Juli 1994, §§ 23, 28 f. (Feuerwehrdienstpflicht); EGMR *Zarb Adami v. Malta*, Nr. 17209/02 vom 20. Sept. 2006, § 47 (Einsatz als Geschworener); EGMR *Steindel v. Germany*, Nr. 29878/07 vom 14. Sept. 2010 (Teilnahme an ärztlichem Notfalldienst). Siehe auch GRABENWARTER/PABEL (Fn. 46), § 20, Rz. 97; SCHINDLER, Dienstpflicht (Fn. 1), 59 f.; MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechtslage, 2. Aufl., Zürich 1999, Rz. 312.

Ziele der gesellschaftlichen Solidarität und des Gemeinwohlinteresses.⁵¹ Diese Leitgedanken sind mit Blick auf die Ziele des Orientierungstags, insbesondere der optimalen Nutzung des Potenzials der jungen Staatsbürgerinnen für die Gewährleistung der Sicherheit der Schweiz durch Information über die Sicherheitsinstrumente und Dienstleistungen sowie Berufsmöglichkeiten in diesem Bereich, gegeben. Ebenso sind solche Orientierungstage – wenn auch bis anhin nur für Schweizer Männer – Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Militärdienstpflicht (vgl. Art. 8 MG). Ein obligatorischer Orientierungstag für Schweizerinnen könnte daher unter die Ausnahmebestimmung von Art. 4 Abs. 3 lit. d EMRK subsumiert werden.

II. Zwischenergebnis

Die im Konzept vorgeschlagene Option 3 eines obligatorischen Orientierungstags für Schweizerinnen steht nicht im Widerspruch zu Art. 4 Abs. 2 EMRK.

20

III. Persönliche Freiheit: Art. 10 Abs. 2 BV

Jeder Mensch hat gestützt auf Art. 10 Abs. 2 BV das Recht auf persönliche Freiheit, insbesondere auf körperliche und geistige Unversehrtheit und auf Bewegungsfreiheit. Den Schutzbereich der persönlichen Freiheit bestimmt das Bundesgericht fallweise, unter Auslegung und Fortbildung des Verfassungsrechts.⁵² Gemäss Bundesgericht stellt Art. 10 Abs. 2 BV eine Art «verfassungsrechtliche Grundgarantie zum Schutz der Persönlichkeit»⁵³ dar. Das Grundrecht auf persönliche Freiheit umfasst neben den in Art. 10 Abs. 2 BV ausdrücklich genannten Rechten auch das Recht auf Selbstbestimmung und auf individuelle Lebensgestaltung sowie den Schutz der elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung.⁵⁴ Das Bundesgericht umschreibt diesen Aspekt der persönlichen Freiheit auch als Anspruch des Einzelnen, «de choisir son mode de vie, d'organiser ses loisirs et d'avoir des contacts avec autrui»⁵⁵. Eng damit verknüpft ist die Idee eines «right to be left alone»⁵⁶, das einen Raum frei von staatlicher Einflussnahme schafft, in welchem der Einzelne die elementaren Aspekte seiner Lebensführung selbstbestimmt entscheiden und gestalten kann. Zu den durch die persönliche Freiheit geschützten Rechten zählt somit das *Selbstbestimmungsrecht* des Einzelnen im Sinn eines Rechts, über die wesentlichen Aspekte des eigenen Lebens selber zu entscheiden.⁵⁷ Betroffen wird die persönliche Freiheit daher grundsätzlich durch staatliche Massnahmen, welche die *Willens- und Entscheidungsfreiheit* des Menschen in einem für die Lebensgestaltung wesentlichen Bereich einschränken.⁵⁸ Analog schützt Art. 8 Abs. 1 EMRK das Recht, das Leben nach

21

⁵¹ EGMR *Van der Musselle v. Belgique*, Nr. 8919/80 vom 23. Nov. 1983, § 38; EGMR *Karlheinz Schmidt v. Germany*, Nr. 13580/88 vom 18. Juli 1994, § 22; EGMR *Zarb Adami v. Malta*, Nr. 17209/02 vom 20. Sept. 2006, § 22; EGMR *Steindel v. Germany*, Nr. 29878/07 vom 14. Sept. 2010.

⁵² Vgl. BGE 133 I 110 E. 5.2.2; BGE 127 I 6 E. 5a; BGE 108 Ia 59 E. 4a; siehe auch ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, 3ème éd., Bern 2013, Rz. 313; KIENER/KÄLIN (Fn. 41), 145. Der vorliegend relevante Schutzbereich von Art. 10 Abs. 2 BV wird in Teilen auch durch Art. 8 EMRK und Art. 17 UNO-Pakt II gewährleistet.

⁵³ BGE 128 II 259 E. 3.2.

⁵⁴ Vgl. BGE 138 IV 13 E. 7.1; BGE 136 V 117 E. 4.2.2.1; BGE 133 I 110 E. 5.2.

⁵⁵ BGE 103 Ia 293 E. 4a.

⁵⁶ Vgl. dazu grundlegend SAMUEL D. WARREN/LOUIS D. BRANDEIS, *The Right to Privacy*, 4 Harv. L. Rev. 193, 195 (1890).

⁵⁷ Vgl. KIENER/KÄLIN (Fn. 41), 147; MÜLLER/SCHEFER (Fn. 43), 138 ff.; BIAGGINI, *Komm. BV* (Fn. 8), Art. 10 N. 16, N. 21; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (Fn. 52), Rz. 339 ff.; HÄFELIN ET AL. (Fn. 41), Rz. 343 ff.

⁵⁸ BGE 133 I 110 E. 5.2; BGE 127 I 6 E. 5a; BGE 118 Ia 427 E. 4b.

den eigenen Vorstellungen *ohne staatliche Einwirkung auf den individuellen Entscheidungsprozess* einzurichten und zu gestalten.⁵⁹

- 22 In der Rechtsprechung wird zwar betont, dass die persönliche Freiheit keine allgemeine Handlungsfreiheit darstelle, jedoch interpretiert das Bundesgericht den Schutzbereich von Art. 10 Abs. 2 BV mitunter weit. So erachtet das Bundesgericht beispielsweise das Verbot des spezifischen Gewohnheiten folgenden, mit gemeinsamem Alkoholkonsum verbundenen Beisammenseins im öffentlichen Raum⁶⁰ oder die Verpflichtung von Polizeibeamten zum Tragen von Namensschildern⁶¹ als Eingriff in die verfassungsrechtlich geschützte Persönlichkeitsentfaltung. In der Rechtsprechung zu Art. 8 Abs. 1 EMRK, der ebenfalls eine weite Auslegung erfahren hat, wird unter der selbstbestimmten Lebensgestaltung beispielsweise die Wahl der eigenen Kleidung, der Frisur oder der Entscheid, in einem Wohnwagen zu wohnen, geschützt.⁶²
- 23 Der Militärdienst ist für Schweizerinnen gemäss Art. 59 Abs. 2 BV explizit «freiwillig». Sie sollen daher nach freiem Willen und selbstbestimmt entscheiden, ob sie Militärdienst leisten möchten oder nicht. Die Verfassung selbst räumt Schweizerinnen daher eine Willens- und Entscheidungsfreiheit in dieser Frage ein. Gleiches gilt für den Zivilschutz, der für Frauen in Art. 61 Abs. 3 Satz 2 BV ebenso explizit als «freiwillig» bezeichnet wird. Grundsätzlich bedeutet dies jedoch auch, dass eine Person selbstbestimmt über den Umfang und die Art der Information entscheiden kann, die sie für ihre Willensentscheidung für notwendig erachtet. Die Schweizerinnen sollen diese Entscheidung nach den eigenen Vorstellungen und ohne staatliche Einwirkung auf den individuellen Entscheidungsprozess treffen. Dies gilt umsomehr, als es sich beim Gegenstand des Orientierungstages um Themen handelt, die sich sowohl in zeitlicher⁶³ als auch inhaltlicher⁶⁴ Sicht wesentlich auf die eigene Lebensgestaltung auswirken.⁶⁵ Die den Schweizerinnen in der Frage des Militär- und Zivilschutzdienstes verfassungsrechtlich eingeräumte Entscheidungsfreiheit und Selbstbestimmung wird mit der Einführung eines obligatorischen Orientierungstages beschränkt. Es liegt daher ein Eingriff in den Schutzbereich von Art. 10 Abs. 2 BV vor.⁶⁶

⁵⁹ Vgl. GRABENWARTER/PABEL (Fn. 46), § 22, Rz. 13.

⁶⁰ BGE 132 I 49 E. 5.2.

⁶¹ BGE 124 I 85 E. 3b.

⁶² Vgl. GRABENWARTER/PABEL (Fn. 46), § 22, Rz. 13 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung. Siehe auch JENS MEYER-LADEWIG/MARTIN NETTESHEIM, Kommentar zu Art. 8 EMRK, in: Jens Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Stefan von Raumer (Hrsg.), EMRK Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 4. Aufl., Basel 2017, Rz. 47; JULIANE PÄTZOLD, Kommentar zu Art. 8 EMRK, in: Ulrich Karpenstein/Franz C. Mayer (Hrsg.), EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Kommentar, 2. Aufl, München 2015, Rz. 69 f.

⁶³ Zur Dauer der Militärdienstpflicht allgemein vgl. Art. 13 MG. Für die Dauer der Rekrutenschule und der Wiederholungskurse vgl. Art. 49 und Art. 51 MG und für die Durchdiener vgl. Art. 54a MG.

⁶⁴ Zu den grundsätzlich zu leistenden Diensten vgl. Art. 12 MG (Ausbildungsdienste/Friedensförderungsdienst bei Anmeldung/Assistenzdienst/Aktivdienst/allgemeine Pflichten ausser Dienst). Für die Verpflichtung zum Grad und zur Funktion vgl. Art. 15 MG sowie zur allgemeinen Pflicht zum Gehorsam und zur Verschwiegenheit vgl. Art. 32 Abs. 2 MG und Art. 33 MG.

⁶⁵ Die Militärdienstpflicht wird daher als schwerer Eingriff in die persönliche Freiheit gewertet. Vgl. BONDOLFI (Fn. 32), 186 f.; ALAIN GRIFFEL, Der Grundrechtsschutz in der Armee, Diss. Zürich, Zürich 1991, 32 f.; so mit Blick auf die Einführung einer allgemeinen Dienstpflicht auch SCHINDLER, Dienstpflicht (Fn. 1), 246.

⁶⁶ Insofern der obligatorische Orientierungstag darauf zielt, Schweizerinnen über die Berufsmöglichkeiten bei der Armee, dem Zivilschutz und dem Roten Kreuz zu informieren, gilt es zu beachten, dass die freie Entfaltung der Persönlichkeit im wirtschaftlichen Bereich im Rahmen der freien Berufswahl durch Art. 27 BV geschützt ist. Aus Art. 27 BV ergibt sich insbesondere die Unzulässigkeit einer Ausbildungslenkung nach Bedarf. Vgl. BGE 103 Ia 394 E. 4; siehe auch KLAUS VALLENDER, St. Galler Kommentar BV (Fn. 21), Art. 27, Rz. 16.

IV. Zulässigkeit der Einschränkung von Art. 10 Abs. 2 BV

1. Gesetzliche Grundlage

Die Einschränkung eines Freiheitsrechts bedarf einer gesetzlichen Grundlage.⁶⁷ Dabei wird zwischen dem Erfordernis des Rechtssatzes und dem Erfordernis der Gesetzesform unterschieden. Jede Freiheitseinschränkung muss grundsätzlich in einem Rechtssatz, d.h. in einer generell-abstrakten Norm, vorgesehen sein. Der Rechtssatz muss zudem genügend bestimmt formuliert sein.⁶⁸ Das Erfordernis der Gesetzesform zielt auf die Frage, auf welcher Normstufe sich der Rechtssatz befinden muss, um eine Einschränkung eines Freiheitsrechts zu rechtfertigen. Schwerwiegende Grundrechtseinschränkungen sind auf der Stufe eines formellen Gesetzes zu regeln; für weniger schwere Eingriffe genügt deren Regelung in einer Verordnung.⁶⁹

24

Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung ein staatliches Obligatorium bereits als erheblichen Eingriff in die persönliche Freiheit beurteilt.⁷⁰ Mit der Einführung eines obligatorischen Orientierungstags gehen denn auch einschneidende Freiheitseinschränkungen einher. Als schwere Einschränkung bedarf es eines Gesetzes im formellen Sinn, das die Teilnahme-pflicht genügend präzise umschreibt.⁷¹ Aus grundrechtlicher Sicht müsste daher in jedem Fall eine Änderung des Militärgesetzes, insbesondere von Art. 8 MG, erfolgen.⁷²

25

2. Öffentliches Interesse

Gemäss Art. 36 Abs. 2 BV muss jede Freiheitseinschränkung durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt sein. Im öffentlichen Interesse liegt grundsätzlich alles, was der Staat zum Gemeinwohl vorkehren muss, um seine Aufgaben zu erfüllen. Der Schutz der klassischen Polizeigüter, zu denen auch die Wahrung der öffentlichen Ordnung, Ruhe und Sicherheit gehört, wird allgemein als geeignetes öffentliches Interesse angesehen.⁷³

26

Mit der Einführung eines obligatorischen Orientierungstags gehen Freiheitseinschränkungen einher, die durch ein besonderes öffentliches Interesse gerechtfertigt werden müssen.⁷⁴ Im Konzept werden im Wesentlichen drei öffentliche Interessen dargelegt, die allesamt dem Ziel der Wahrung der Sicherheit der Schweiz dienen und daher die Einführung eines obligatorischen Orientierungstags zu rechtfertigen vermögen. Erstens zielt der obligatorische Orientierungstag auf die *optimale Aktivierung des Potenzials von Schweizerinnen*. Mit dem obligatorischen Orientierungstag soll das Potenzial der jungen Staatsbürgerinnen zugunsten der Sicherheit noch besser genutzt werden können. Zweitens soll mit einem neu strukturierten obligatori-

27

⁶⁷ In Bezug auf das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage verlangt der EGMR in ständiger Rechtsprechung nicht nur, dass eine Gesetzesnorm besteht, sondern weiter deren Vereinbarkeit mit der Landesrechtsordnung, deren Zugänglichkeit und Vorhersehbarkeit sowie deren Tauglichkeit zum Schutz gegen Willkür. Vgl. RAINER SCHWEIZER, St. Galler Kommentar BV (Fn. 21), Art. 36, Rz. 14 m.w.H.

⁶⁸ Vgl. BGE 132 I 49 E. 6.2; BGE 125 I 361 E. 4a; BGE 124 I 203 E. 2b; BGE 124 I 40 E. 3b; BGE 117 Ia 472 E. 3e; BGE 109 Ia 282 E. 4d.

⁶⁹ Vgl. BIAGGINI, Komm. BV (Fn. 8), Art. 36 N. 9; MÜLLER (Fn. 41), § 39 Rz. 53; SCHWEIZER, St. Galler Kommentar BV (Fn. 21), Art. 36, Rz. 12; HÄFELIN ET AL. (Fn. 41), Rz. 310 ff.

⁷⁰ Vgl. BGE 118 Ia 427 E. 7b.

⁷¹ In diesem Sinn auch SCHWEIZER, Bürgerpflichten (Fn. 2), 312 f.

⁷² Für die staatsrechtlichen Argumente, die für eine Änderung der Bundesverfassung sprechen vgl. Abschnitte B und C.

⁷³ Vgl. HÄFELIN ET AL. (Fn. 41), Rz. 313 ff.; KIENER/KÄLIN (Fn. 41), 114 ff.; SCHWEIZER, St. Galler Kommentar BV (Fn. 21), Art. 36, Rz. 31 ff.; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (Fn. 52), Rz. 211 ff.

⁷⁴ In diesem Sinn auch SCHWEIZER, Bürgerpflichten (Fn. 2), 312 f.

schen Orientierungstag unter dem Motto «Ein Tag für die Sicherheit der Schweiz» *Informationen* in Bezug auf das Thema Sicherheit geschlossen werden. Im Vordergrund steht dabei die Vermittlung von Kenntnissen über die Instrumente der Schweizer Sicherheitspolitik. Drittens sollen mit einem obligatorischen Orientierungstag auch Informationsdefizite im Bereich *Dienstleistung und Berufswahl* geschlossen werden. Die Armee, der Zivilschutz und das Rote Kreuz bieten zahlreiche attraktive Dienstleistungsmodelle, Kaderlaufbahnen und Berufsmöglichkeiten, die vorgestellt werden sollen.⁷⁵

3. Verhältnismässigkeit

28 Beim Verhältnismässigkeitsprinzip handelt es sich um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, an dem sich alles staatliche Handeln auszurichten hat (Art. 5 Abs. 2 BV).⁷⁶ In diesem zentralen Erfordernis staatlichen Handelns findet der Gedanke Ausdruck, dass auch die Verfolgung legitimer Interessen nicht jedes Mittel rechtfertigt, der Staat sich also ungeeigneter, nicht erforderlicher oder nicht zumutbarer Vorgehensweisen zu enthalten hat, selbst wenn diese an sich legitimen, hinreichenden öffentlichen Interessen dienen. Da es sich beim Verhältnismässigkeitsprinzip um einen generell vom Staat zu beachtenden Grundsatz handelt, müsste er bei der Einführung eines obligatorischen Orientierungstags auch dann gewahrt werden, wenn dieser in keine grundrechtlich geschützten Individualinteressen eingreifen würde.

29 Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gilt ausdrücklich auch für Einschränkungen von Freiheitsrechten (Art. 36 Abs. 3 BV) und ist in diesem Kontext von eminent wichtiger Bedeutung.⁷⁷ Einschränkungen von Freiheitsrechten müssen *kumulativ* die Voraussetzungen der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Zumutbarkeit erfüllen, um verhältnismässig zu sein.

a) Geeignetheit

30 Eine staatliche Massnahme muss *geeignet* sein, das angestrebte, im öffentliche Interesse liegende Ziel auch tatsächlich zu erreichen.⁷⁸ Mit Blick auf die Geeignetheit erscheint ein obligatorischer Orientierungstag unproblematisch, da damit die verfolgten öffentlichen Interessen sicherlich realisiert werden können.

b) Erforderlichkeit

31 Staatliche Eingriffe in Freiheitsrechte haben zu unterbleiben, wenn sie für die Erreichung des angestrebten Ziels *nicht erforderlich* sind. Falls also eine gleich geeignete, aber mildere Massnahme für den angestrebten Zweck ausreichen würde, muss diese angewendet werden. Eingriffe dürfen in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht nicht über das Notwendige hinausgehen.⁷⁹

32

⁷⁵ Vgl. dazu Konzept «Ein Tag für die Sicherheit der Schweiz: Obligatorischer Orientierungstag für Schweizerinnen».

⁷⁶ Vgl. dazu eingehend PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 32, Rz. 14; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich 2016, Rz. 1482.

⁷⁷ Vgl. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar BV (Fn. 21), Art. 36, Rz. 37 ff.; KIENER/KÄLIN (Fn. 41), 119 ff.; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Rz. 226 ff.

⁷⁸ Vgl. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Rz. 230 f.; HÄFELIN ET AL. (Fn. 41), Rz. 321; SCHWEIZER, St. Galler Kommentar BV (Fn. 21), Art. 36, Rz. 38.; KIENER/KÄLIN (Fn. 41), 120 f.

⁷⁹ Vgl. KIENER/KÄLIN (Fn. 41), 121 ff.; SCHWEIZER, St. Galler Kommentar BV (Fn. 21), Art. 36, Rz. 39; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Rz. 232 f. ff.; HÄFELIN ET AL. (Fn. 41), Rz. 322.

Die vorliegend zu prüfende Option 3 sieht einen obligatorischen Orientierungstag für alle Schweizerinnen vor. Das Mittel eines *Obligatoriums* für alle Schweizerinnen stellt ein sehr einschneidendes Mittel zur Realisierung der obgenannten öffentlichen Interessen dar. Grundsätzlich ist ein Obligatorium erst in Betracht zu ziehen, wenn alle Massnahmen der Zielerreichung auf *freiwilliger* Basis ausgeschöpft sind. Die Prüfung der bis anhin unternommenen Anstrengungen und den in anderen Bereichen des Bundes und der Kantone bestehenden Initiativen zeigt, dass mildere Massnahmen zur Erreichung der öffentlichen Interessen auf freiwilliger Basis bestehen. *Der als Obligatorium ausgestaltete Orientierungstag für alle Schweizerinnen wird daher dem Kriterium der Notwendigkeit nicht gerecht.*

Zusammengefasst existieren zur Zeit folgende Massnahmen, um die obgenannten öffentlichen Interessen zu verfolgen:

33

- *Die Stelle SB FDA im Kommando Rekrutierung ist Ansprechstelle für jegliche Anfragen zum Thema Rekrutierung Frauen in der Armee;*
- *Es gibt spezifische Kommunikations-Produkte (Broschüren, Videos), welche die Frauen als Zielpublikum haben;*
- *Weiter wird durch den Internetauftritt der Schweizer Armee sichergestellt, dass jede interessierte Frau Zugang zu den wichtigsten Informationen und Kontaktdaten hat (<http://www.vtg.admin.ch/del/mein-militaerdienst/allgemeines-zum-militaerdienst/frauen-in-der-armee.html>);*
- *Verschiedene Auftritte/Informationsstände an Ausstellungen wie z.B. dem Comptoir Suisse für den direkten Kontakt zum und mit dem Zielpublikum;*
- *Mit den Informationsschreiben (Vororientierungsschreiben) durch die Kantone an die stellungspflichtigen Schweizer Bürger werden ebenfalls die Frauen im 16. oder 17. Altersjahr angeschrieben (Ausnahme: In den Kantonen Jura und Appenzell Ausserrhoden wird kein Brief versandt);*
- *Die Frauen werden persönlich durch die Kantone zu den verschiedenen durch die Kantone organisierten Orientierungstagen, zum Teil gemischt mit den Männern oder aber auch zu speziell organisierten Orientierungstagen nur für Frauen, eingeladen;*
- *Einige Kantone laden die Frauen mit einem zweiten Brief zu dem Zeitpunkt, zu dem die Männer zum Orientierungstag verbindlich aufgeboten wurden, noch einmal ein;*
- *Zudem werden auch Informationen über weitere Kanäle zur Verfügung gestellt, beispielsweise durch Auftritte/Informationsstände/Präsenz an Ausstellungen/Anlässen, wie z.B. *espoprofessionni*, Comtoir Suisse, ESAF, Aargauische Berufsschau, auf den sozialen Medien beispielsweise auch auf Miljobs und SwissRookie und auf <http://www.miljobs.ch/jobs-a-z/>.*

Mit Blick auf die bestehenden Informationsmittel- und kanäle gilt es festzuhalten, dass mit dem Anschreiben der Frauen und den Einladungen zu den freiwilligen Orientierungstagen durch die Kantone bereits Massnahmen bestehen, mit denen Schweizerinnen aktiv auf Möglichkeiten im Bereich Sicherheit aufmerksam gemacht werden. Diese Massnahmen verbunden mit der Möglichkeit einer *freiwilligen* Teilnahme an den bestehenden Orientierungstagen in den Kantonen sind ein sachlich milderes Mittel als das Obligatorium. Ihre derzeitige Ausgestaltung zeigt zudem, dass das Potenzial dieser milderen Massnahmen noch nicht optimal ausgeschöpft wird. Zum einen laden zwei Kantone die Frauen noch nicht aktiv zu solchen Orientierungstagen ein. Im Sinne eines milderen Mittels ist daher zunächst zu prüfen, ob nicht *alle* Kantone, inklusive den Kantonen Jura und Appenzell Ausserrhoden, die Schweizerinnen zu einem freiwilligen Orientierungstag einladen können.⁸⁰

34

35

⁸⁰ Diese Möglichkeit wird auch im Rahmen des Konzeptpapiers «Ein Tag für die Sicherheit der Schweiz: Obligatorischer Orientierungstag für Schweizerinnen» unter der Option 2 aufgeführt.

Zudem ist als mildere Massnahme zu prüfen, ob alle Kantone die Schweizerinnen nicht generell mit einem *zweiten Brief* auf die Möglichkeit einer freiwilligen Teilnahme an einem Orientierungstag hinweisen können. Die Analyse der kantonalen Erfahrungen zeigt, dass sich in der Regel ein solcher zweiter Brief positiv auf die Anzahl Frauen an den Orientierungstagen auswirkt. Diejenigen Kantone, die einen zweiten Brief versenden, haben grossmehrheitlich prozentual einen höheren Anteil an Frauen an den Orientierungstagen, als diejenigen Kantone, welche nur einen Brief versenden.⁸¹

36

Angesichts des bescheidenen Erfolgs der Einladungen auf dem Postweg⁸², müsste man zudem *zusätzliche Instrumente und Kanäle* in Betracht ziehen, die in sachlicher Hinsicht milder als ein obligatorischer Orientierungstag sind. Diesbezüglich ist zu erwähnen, dass auch in anderen Politikfeldern auf der Ebene des Bundes und der Kantone versucht wird, das Potenzial von Jugendlichen zur Wahrung öffentlicher Interessen zu nützen und dabei Informationslücken zu schliessen. Interessant sind dabei insbesondere die Ausgestaltung der folgenden Kampagnen, die neben den herkömmlichen Kommunikationsmitteln wie Broschüren, Plakate und Postkarten ihren Internetauftritt mit sozialen Medien verbinden, welche bei der Zielgruppe der Jugendlichen regelmässig benützt werden (Facebook, Twitter, YouTube, Instagram) oder zusätzlich Newsletter, Wettbewerbe, Quiz, Apps, online Tools für personalisierte Empfehlungen oder online Anmeldungen zu Eignungstests anbieten:

- *Be Smart Work Safe – Eine Kampagne für Jugendliche zur Arbeitssicherheit* (Eidgenössische Koordinationskommission für Arbeitssicherheit EKAS) <https://bs-ws.ch/de/smartworker>
- *Safe at Work – Unfälle verhüten, Leben retten* (Eidgenössische Koordinationskommission für Arbeitssicherheit EKAS, SECO, Kantone) <https://www.safeatwork.ch>
- *Tabakpräventionskampagne SmokeFree – Ich bin stärker* (BAG, Kantone, NGOs) <https://www.smoke-free.ch/de/>
- *HIV-/STI-Präventionskampagne – Love Life* (Bundesamt für Gesundheit BAG, Aids-Hilfe Schweiz, Sexuelle Gesundheit Schweiz) <https://www.lovelife.ch/de/>
- *Organspendekampagne – Leben ist Teilen* (Bundesamt für Gesundheit BAG, Swisstransplant) <https://www.leben-ist-teilen.ch>
- *Alkoholpräventionskampagne – „Wie viel ist zu viel?“* (Bundesamt für Gesundheit BAG, NGOs, Kantone) <http://www.alcohol-facts.ch>
- *Jugend und Medien* (Bundesamt für Sozialversicherungen BSV) <http://www.jugendund-medien.ch/de/home.html>
- *Respect Wildlife – Kampagne für Freerider zu Wildruhezonen und Wilschutzgebieten* (Bundesamt für Umwelt BAFU) <https://www.respect-wildlife.ch>
- *Firefighters gesucht* (Kantone AI/AR, SH, SG, TG, ZH, Fürstentum Liechtenstein) <http://www.firefighters-gesucht.ch>
- *Was steckt in Dir? Werde Polizist* (Ostschweizer Polizeikonkordat) <http://www.werdepolizist.ch/de/>

c) Zumutbarkeit

⁸¹ Vgl. Aufstellung «Frauen an den Orientierungstagen – Situation in den Kantonen». Der prozentuale Erfolg bei den Kantonen, die 2015 und 2016 einen zweiten Brief versandt haben, stellt sich wie folgt dar: Kt AG (4.08%), Kt BE d (2.75%), Kt BL (1.74%), Kt GL (2.5%), Kt OW (1.67%), Kt SG (2.09%), Kt SH (1.33%), Kt SO (2.6%), Kt SZ (2.0%), Kt TI (4.38%); Kt UR (2.22%), Kt ZH (1.77%). Demgegenüber weisen die Kantone, die in den Jahren 2015 und 2016 nur einen Brief versandt haben, folgende Erfolgsraten auf: Kt AI (1.11%), Kt BE f (1.67%), Kt BS (1.29%), Kt FR (0.47%), Kt GE (1.0%), Kt GR (1.11%), Kt LU (1.48%), Kt NE (2.78%), Kt NW (1.6%), Kt TG (1.15%), Kt VD (1.7%), Kt VS (3.85%), Kt ZG (1.0%). Die Kantone mit einem zweiten Brief haben grossmehrheitlich eine höhere Erfolgsrate. Ausnahmen davon sind nur die Kt SH (1.33%) und Kt OW (1.67%) mit niedrigem Erfolg trotz zweitem Brief und die Kantone VS (3.85%) und NE (2.78%) mit hohem Erfolg ohne zweiten Brief.

⁸² Die höchste Erfolgsrate weist der Kt TI mit 4.38% auf. Vgl. die Aufstellung «Frauen an den Orientierungstagen – Situation in den Kantonen».

Die Beurteilung der Zumutbarkeit einer Massnahme setzt ein sorgfältiges Gewichten und Abwägen zwischen den im konkreten Fall involvierten Interessen voraus. Einerseits geht es um das Interesse des vom Eingriff betroffenen Individuums an der Integrität seiner Grundrechte, andererseits um die Durchsetzung des für den konkreten Fall anerkannten Regelungsziels. Die Zumutbarkeit einer geeigneten und erforderlichen Massnahme muss verneint werden, wenn die mit dem Eingriff in das Freiheitsrecht verbundenen negativen Wirkungen im Vergleich zur Bedeutung des damit verfolgten Interesses unangemessen schwer wiegen.⁸³

37

Dem Grundrecht auf persönliche Freiheit kommt als «verfassungsrechtliche Grundgarantie zum Schutz der Persönlichkeit»⁸⁴ zentrale Bedeutung zu. Zu beachten ist weiter, dass die bereits durch Art. 10 Abs. 2 BV garantierte Selbstbestimmung über wesentliche Aspekte des eigenen Lebens durch die autoritativen Entscheidungen des Verfassungsgebers in Art. 59 Abs. 2 BV und Art. 61 Abs. 3 Satz 2 BV verstärkt wird. Indem die verfassungsgebenden Organe in Art. 59 Abs. 2 BV den Militärdienst für Schweizerinnen explizit als «freiwillig» festsetzen, wird den Schweizerinnen in dieser Frage ausdrücklich eine Entscheidungsfreiheit eingeräumt. Gleiches gilt für die Frage des Zivilschutzes, der gemäss Art. 61 Abs. 3 Satz 2 BV für Frauen «freiwillig» ist. Dem Schutz der Selbstbestimmung der Schweizerinnen in Fragen des Militärdienstes und Zivilschutzes kommt daher nach der Festlegung des Verfassungsgebers selbst ein hoher Stellenwert zu, der in der ausdrücklichen Erwähnung in der Verfassung Ausdruck gefunden hat. Zudem ist die Eingriffsintensität eines obligatorischen Orientierungstags für alle Schweizerinnen aufgrund der Zahl der Betroffenen als erheblich einzustufen. Das Bundesgericht beurteilte denn auch ein staatliches Obligatorium als Massnahme, die «als solche erheblich in die persönliche Freiheit (...) eingreift»⁸⁵. Mit der Einführung eines obligatorischen Orientierungstags sind entsprechend erhebliche negative Einwirkungen in eine vom Verfassungsgeber ausdrücklich gewährte Entscheidungsfreiheit einer Vielzahl von Personen verbunden.

38

Diesen gewichtigen individuellen Interessen stehen die mit dem Orientierungstag verfolgten öffentlichen Interessen gegenüber, die dem Ziel der Wahrung der Sicherheit der Schweiz dienen. Dabei handelt es sich unbestrittenermassen um ein gewichtiges öffentliches Interesse, das in Art. 2 Abs. 1 BV explizit als Zweck der Eidgenossenschaft verankert ist. Die Zumutbarkeit eines obligatorischen Orientierungstags kann daher nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Allerdings hängt die Beurteilung der Zumutbarkeit immer von der konkreten Ausgestaltung der Massnahme ab, die im jetzigen frühen Konzeptstadium des obligatorischen Orientierungstags noch nicht festgelegt ist. Wesentlich für die abschliessende Prüfung der Zumutbarkeit der Massnahme sind sicherlich die konkret zu vermittelnden Inhalte, die Art und Weise der Vermittlung und die konkrete Dauer. Es gilt insbesondere darauf zu achten, dass die Informationen zur Sicherheit der Schweiz und zur Tragweite der Entscheidung für den Militärdienst resp. Zivilschutz nicht suggestiv wirken und keine Propaganda darstellen. Vielmehr müssen die Inhalte objektiv und klar dargestellt werden, damit keine Verfälschung der freien Willensbildung resultiert.⁸⁶

39

⁸³ Vgl. KIENER/KÄLIN (Fn. 41), 123 ff.; HÄFELIN ET AL. (Fn. 41), Rz. 323; SCHWEIZER, St. Galler Kommentar BV (Fn. 21), Art. 36, Rz. 37.

⁸⁴ BGE 128 II 259 E. 3.2.

⁸⁵ BGE 118 Ia 427 E. 7b.

⁸⁶ Für analoge Kriterien bei der Information in Bezug auf die Ausübung politischer Rechte vgl. HÄFELIN ET AL. (Fn. 41), Rz. 1390 ff.; TSCHANNEN (Fn. 30), § 52, Rz. 1 ff.

4. Wahrung des Kerngehalts

- 40 Eingriffe in den Kerngehalt der persönlichen Freiheit zerstören die Würde des Menschen und bewirken massivste Verletzungen seiner Integrität, wobei sich zwischen Beeinträchtigungen der einzelnen durch Art. 10 Abs. 2 BV garantierten Aspekte in solchen Fällen oft keine klare Grenze mehr ziehen lässt. Das Bundesgericht hat sich bis anhin nur punktuell zur Frage des Kerngehalts der persönlichen Freiheit geäußert und das Verbot der Todesstrafe, der Folter, der grausamen, unmenschlichen und entwürdigenden Behandlung oder Bestrafung sowie den Einsatz von Lügendetektoren, der Narkoanalyse oder von Wahrheitsseren als absolut unzulässig beurteilt.⁸⁷
- 41 Die mit einem obligatorischen Orientierungstag verbundenen Einschränkungen bewirken in ihrer Intensität keinesfalls eine Entleerung des Gehalts der persönlichen Freiheit, weshalb der Kerngehalt von Art. 10 Abs. 2 BV gewahrt ist.

V. Zwischenergebnis

- 42 Die im Konzept vorgeschlagene Option 3 eines obligatorischen Orientierungstags erweist sich als *nicht notwendige* Einschränkung der persönlichen Freiheit in Art. 10 Abs. 2 BV und ist daher nicht verfassungsmässig. Zur Verfolgung der öffentlichen Interessen (optimale Nutzung des Potenzials der Schweizerinnen, Schliessen von Informationslücken im Bereich der Sicherheit und Information über Dienstleistungen und Berufswahl im Bereich Sicherheit) sind die in Rz. 34 ff. vorgeschlagenen *milderen Massnahmen* zu prüfen. Eine abschliessende Prüfung der Zumutbarkeit kann im jetzigen frühen Konzeptstadium des Orientierungstags noch nicht vorgenommen werden.

VI. Empfehlung

- 43 Die Einführung eines obligatorischen Orientierungstags für Schweizerinnen stellt einen erheblichen Eingriff in die in Art. 10 Abs. 2 BV garantierte persönliche Freiheit dar. Da mildere Massnahmen zur Erreichung der Zielsetzungen bestehen, erweist sich der obligatorische Orientierungstag im Lichte des in Art. 5 Abs. 2 BV sowie Art. 36 Abs. 3 BV geforderten Verhältnismässigkeitsgrundsatzes als nicht erforderlich und damit als *verfassungswidrig*. Es wird daher empfohlen, die unten in Abschnitt E (Rz. 44 ff.) skizzierten Handlungsoptionen aufgrund der geltenden Bundesverfassung zu prüfen.

E. Handlungsoptionen aufgrund der geltenden Bundesverfassung

I. Kommunikation der Kantone

- 44 Bereits heute werden die Schweizerinnen von den Kantonen angeschrieben und zu den auf kantonaler Ebene organisierten freiwilligen Orientierungstagen eingeladen. Um das Potenzial dieser milderen Massnahme auszuschöpfen, ist zu prüfen, ob nicht *alle* Kantone, inklusive den Kantonen Jura und Appenzell Ausserrhoden, die Schweizerinnen zu einem freiwilligen Orientierungstag einladen können (vgl. dazu auch Rz. 34).⁸⁸

⁸⁷ BGE 109 Ia 273 E. 7; BGE 106 Ia 277 E. 3a; KIENER/KÄLIN (Fn. 41), 163 f.; BIAGGINI, Komm. BV (Fn. 8), Art. 10 N. 24; HÄFELIN ET AL. (Fn. 41), Rz. 378 f.

⁸⁸ Diese Möglichkeit wird auch im Rahmen des Konzeptpapiers «Ein Tag für die Sicherheit der Schweiz: Obligatorischer Orientierungstag für Schweizerinnen» unter der Option 2 aufgeführt.

Zudem ist als mildere Massnahme zu prüfen, ob alle Kantone die Schweizerinnen nicht generell mit einem *zweiten Brief* auf die Möglichkeit einer freiwilligen Teilnahme an einem Orientierungstag hinweisen können. Die Analyse der kantonalen Erfahrungen zeigt, dass sich in der Regel ein solcher zweiter Brief positiv auf die Anzahl Frauen an den Orientierungstagen auswirkt (vgl. dazu Rz. 35).

45

II. Nutzung neuer Kommunikationsformen

Die Kommunikation in Bezug auf den Orientierungstag und generell in Bezug auf die Möglichkeiten im Bereich der Sicherheit der Schweiz sollte den Medienumgang des jugendlichen Adressatenkreises berücksichtigen. Studien zeigen, dass 99% der Jugendlichen im Alter von zwölf bis neunzehn Jahren in der Schweiz ein Mobiltelefon besitzen, wobei es sich nahezu ausschliesslich um ein Smartphone handelt. Die beliebtesten Smartphone-Apps sind Whatsapp, Instagram, Snapchat, YouTube und Facebook. Da die Internetnutzungszeit der Jugendlichen unter der Woche pro Tag durchschnittlich 2 Stunden und 30 Minuten und am Wochenende 3 Stunden und 40 Minuten beträgt, ist der jugendliche Adressatenkreis auf diesen Kanälen besonders effektiv zu erreichen.⁸⁹ Als mildere Massnahmen wären daher *zusätzliche Kommunikationsinstrumente und -kanäle* in Betracht zu ziehen. Für die Ausgestaltung solcher zusätzlichen Kommunikationsbemühungen zur Nutzung des Potenzials von Jugendlichen zur Wahrung öffentlicher Interessen kann auf die in Rz. 36 erwähnten Kampagnen auf Bundes- und Kantonsebene verwiesen werden.

46

III. Nutzung der bestehenden Bundeskompetenzen im Bildungsbereich

Insofern mit dem obligatorischen Orientierungstag Informationslücken im Bereich der Bedeutung und des Instrumentariums der Schweizer Sicherheitspolitik geschlossen werden sollen, ist die Vermittlung entsprechender Kenntnisse durch die Nutzung der bestehenden Bundeskompetenzen im Bildungsbereich zu prüfen.⁹⁰

47

Da die Prüfung dieser Möglichkeiten nicht Gegenstand dieses Gutachtens bildet, kann hier nur überblicksmässig auf folgende Überlegungen hingewiesen werden:

48

- Das Schulwesen fällt gemäss Art. 62 Abs. 1 BV in den Zuständigkeitsbereich der Kantone. Das Schulwesen umfasst dabei insbesondere die Vorschulstufe, die Grund- oder Volksschule und die Mittelschule.⁹¹ Die Kantone sind daher grundsätzlich frei, wie sie die Schule aufbauen, einteilen, organisieren und vor allem, welche Lehrinhalte sie vermitteln wollen. Die kantonale Schulhoheit wird indessen durch zahlreiche bundesrechtliche Vorschriften und interkantonale Vereinbarungen begrenzt. Der Verfassungsgeber geht denn auch in Art. 62 Abs. 4 BV davon aus, dass die Kantone die angestrebte Harmonisierung des Schulwesens auf dem Koordinationsweg erreichen können. Dem Bund kommt nur eine subsidiäre und sachlich beschränkte Kompetenz zum Erlass der notwendigen Vorschriften zu, wenn auf dem Koordinationsweg

⁸⁹ Vgl. Ergebnisbericht zur JAMES-Studie 2016, verfügbar unter: <https://www.zhaw.ch/storage/psychologie/upload/forschung/medienpsychologie/james/2016/Ergebnisbericht_JAMES_2016.pdf> (abgerufen am 29. Januar 2018).

⁹⁰ Vgl. dazu bereits die Untersuchung zur Frage einer obligatorischen Mitwirkung der Frau in der Gesamtverteidigung: Möglichkeiten, Grenzen, Probleme in: VPB 52/II, Nr. 26; siehe zudem ISABELLE STADELMANN-STEFFEN/DANIELA KOLLER/LINDA SULZER, Politische Bildung auf Sekundarstufe II, Eine Bilanz, Bern 2015, verfügbar unter: <https://edudoc.ch/record/122677/files/3751_Expertenbericht_d_DEF.pdf> (abgerufen am 29. Januar 2018).

⁹¹ Vgl. dazu eingehend BIAGGINI, Komm. BV (Fn. 8), Art. 62 N. 5; für ein weiteres Verständnis vgl. BERNHARD EHRENZELLER, St. Galler Kommentar BV (Fn. 21), Art. 62, Rz. 7.

keine Harmonisierung des Schulwesens im Bereich des Schuleintrittsalters und der Schulpflicht, der Dauer und Ziele der Bildungsstufen und von deren Übergängen sowie der Anerkennung von Abschlüssen zustande kommt.⁹² Aufgrund der Subsidiarität der Bundeskompetenz in Art. 62 Abs. 4 BV und deren sachliche Beschränkung – insbesondere auf die notwendigen Vorschriften in Bezug auf die Ziele der Bildungsstufen – dürfte sie kaum als Grundlage für eine Stärkung der Vermittlung von Kenntnissen im Bereich der Schweizer Sicherheitspolitik dienen.

- Die Mittelschulen liegen grundsätzlich im Zuständigkeitsbereich der Kantone (Art. 62 Abs. 1 BV), wobei auch dieser Kompetenzbereich durch die subsidiäre Bundeskompetenz von Art. 62 Abs. 4 BV eingeschränkt werden kann. Der Bund kann zudem indirekten Einfluss auf die Maturitätsschulen mit der Verordnung vom 15. Februar 1995 über die Anerkennung von gymnasialen Maturitätsausweisen nehmen.⁹³ Sie enthält die Voraussetzungen für die Anerkennung der kantonalen und kantonal anerkannten gymnasialen Maturitätsausweise durch den Bund. Die so anerkannten Maturitätsausweise berechtigen insbesondere zur Zulassung an die Eidgenössischen Technischen Hochschulen, zum Medizinalstudium und zum Studium der Lebensmittelchemie.⁹⁴ Sie enthält keine unmittelbar verbindlichen Vorschriften für die Kantone zur Ausgestaltung der Fächer in den Mittelschulen. Sie übt jedoch einen erheblichen indirekten Einfluss aus, indem sich die Kantone freiwillig der eidgenössischen Anerkennung unterziehen. Mit einer Aufnahme von Aspekten der Sicherheitspolitik in die Liste der Maturitätsfächer gemäss der Maturitäts-Anerkennungsverordnung könnte entsprechend eine Vermittlung dieser Kenntnisse indirekt erreicht werden.
- Der Bund erlässt zudem gestützt auf Art. 63 BV Vorschriften über die Berufsbildung. Im Rahmen seiner Kompetenzen hat der Bund das Berufsbildungsgesetz erlassen, welches insbesondere für sämtliche Berufsbereiche ausserhalb der Hochschulen die berufliche Grundbildung regelt.⁹⁵ Die berufliche Grundbildung soll der Vermittlung und dem Erwerb von Qualifikationen dienen, die zur Ausübung einer Berufstätigkeit erforderlich sind. Da dazu auch die grundlegende Allgemeinbildung gehört, welche die Lernenden dazu befähigt, den Zugang zur Arbeitswelt zu finden, darin zu bestehen und sich in der Gesellschaft zu integrieren und darüber hinaus die wirtschaftlichen, ökologischen, sozialen und kulturellen Kenntnisse und Fähigkeiten umfasst, welche die Lernenden dazu befähigen, zu einer nachhaltigen Entwicklung beizutragen,⁹⁶ wäre auch hier eine Integration von sicherheitspolitischen Inhalten zu prüfen.
- Der Bund betreibt gestützt auf Art. 63a Abs. 1 BV Eidgenössische Technische Hochschulen. Die Studienordnung der Eidgenössischen Technischen Hochschulen wird durch Bundesrecht festgelegt.⁹⁷ Der Bund könnte theoretisch an allen Abteilungen ein obligatorisches Lehrfach zur Schweizer Sicherheitspolitik einführen, um dem Ziel der Schliessung von Informationslücken in diesem Bereich wenigstens teilweise nachzukommen.

F. Zusammenfassung und Empfehlungen

49

Ein obligatorischer Orientierungstag für Schweizerinnen ist als Begründung einer *neuen Bürgerinnenpflicht* zu qualifizieren. Für die Einführung einer solchen neuen Bürgerinnenpflicht auf Bundesebene ist zumindest eine minimale Anknüpfung im Text der Verfassung zu fordern. Da eine solche Anknüpfung in der geltenden Bundesverfassung fehlt, bedarf die Einführung eines obligatorischen Orientierungstags für Schweizerinnen einer *Änderung der Bundes-*

⁹² Vgl. dazu eingehend EHRENZELLER, St. Galler Kommentar BV (Fn 21), Art. 62, Rz. 56 ff.; zur sachlichen Beschränkung der Kompetenz auch BIAGGINI, Komm. BV (Fn. 8), Art. 62 N. 11 ff.

⁹³ Maturitäts-Anerkennungsverordnung (MAV), SR 413.11.

⁹⁴ Vgl. Art. 2 MAV.

⁹⁵ Vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über die Berufsbildung vom 13. Dezember 2002 (BBG), SR 412.10.

⁹⁶ Vgl. Art. 15 Abs. 2 lit. b und c BBG.

⁹⁷ Vgl. dazu die Studienordnungen unter SR 414.13.

verfassung. Soll an diesem Orientierungstag in erster Linie über Angebote des freiwilligen Militärdienstes informiert werden, drängt sich eine Anpassung bzw. Ergänzung des Art. 59 Abs. 2 BV auf.

Das *Spannungsverhältnis* zwischen dem Gleichbehandlungsgebot von Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV und der auf Männer beschränkten Dienstpflicht in Art. 59 Abs. 1 BV resp. der Freiwilligkeit des Militärdienstes für Frauen in Art. 59 Abs. 2 BV ist heute von der Lehre und auch vom Bundesgericht anerkannt. Dieses Spannungsverhältnis lässt sich jedoch nicht mittels Verfassungsauslegung auflösen, sondern muss in genereller Weise von den dazu legitimierten verfassungsgebenden Organen im Rahmen einer *Verfassungsänderung* entschieden werden.

Die Einführung eines obligatorischen Orientierungstags für Schweizerinnen würde zwar nicht im Widerspruch zu dem in Art. 4 Abs. 2 EMRK verankerten Verbot der Zwangs- und Pflichtarbeit stehen. Allerdings stellt ein obligatorischer Orientierungstag für Schweizerinnen einen erheblichen Eingriff in die in Art. 10 Abs. 2 BV garantierte persönliche Freiheit dar. Da mildere Massnahmen zur Erreichung der Zielsetzungen bestehen, erweist sich der obligatorische Orientierungstag im Lichte des in Art. 5 Abs. 2 BV sowie Art. 36 Abs. 3 BV geforderten Verhältnismässigkeitsgrundsatzes als nicht erforderlich und daher als *verfassungswidrig*. Es wird daher empfohlen, die unter Abschnitt E (Rz. 44 ff.) skizzierten Handlungsoptionen aufgrund der geltenden Bundesverfassung zu prüfen.

UNIVERSITÄT ST. GALLEN



Prof. Dr. Benjamin Schindler



Ass.-Prof. Dr. Patricia Egli