

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich von A. Auer, G. Biaggini, O. Diggelmann, T. Gächter,
A. Griffel, T. Jaag, C. Kaufmann, H. Keller, R. Kiener, A. Kley,
M. Simonek, F. Uhlmann

Sibilla Bondolfi

**Wehrpflicht und
Geschlechterdiskriminierung**
Verfassungsrechtliche und völkerrechtliche
Anforderungen an die Wehrpflicht im
Vergleich zum Modell Israel

Inhaltsverzeichnis

Dank und Widmung	III
Inhaltsübersicht	V
Inhaltsverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XV
Literaturverzeichnis	XIX
Materialienverzeichnis	XXXIX
Einführung	1
Fragestellung und Aufbau	3
1. Teil: Grundlagen	5
I. Methodik	5
1. Auslegung von Rechtssätzen	5
A. Grammatikalische Auslegung	6
B. Systematische Auslegung	7
C. Historische Auslegung	8
D. Teleologische Auslegung	8
E. Geltungszeitliche Auslegung	9
F. Völkerrechtskonforme Auslegung	11
G. „Realistische Auslegung“	11
H. Verfassungsspezifische Auslegungsmethoden	12
2. Rechts- und Verfassungsvergleichung	12
A. Wesen und Ziel der Rechts- und Verfassungsvergleichung	13
B. Methodik der Rechts- und Verfassungsvergleichung	14
3. Verhältnis des Landesrechts zum Völkerrecht	15
A. Kollisionen zwischen Landesrecht und Völkerrecht	15
B. Überschneidungen von Grundrechten und Menschenrechten	17
C. Auslegung von Völkerrechtsnormen	18
D. Fazit: keine abschliessende Klärung	19
II. Verfassungsrechtliche Grundlagen	20
1. Grundrechte und Grundpflichten	20
2. Rechtsgleichheit und Diskriminierungsverbot	22
A. Rechtsquellen	22
B. Die Rechtsgleichheit nach Art. 8 Abs. 1 BV	24
C. Das Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 2 BV	25
D. Chancengleichheit	28

3.	Geschlechterdiskriminierungsverbot	29
A.	Abgrenzung	29
B.	Das Geschlecht als Anknüpfungsmerkmal	30
C.	Schutzgüter und Schutzrichtungen	30
D.	Diskriminierungsbegriff der CEDAW	40
4.	Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen	41
A.	Überblick	41
B.	Vergleichbarkeit	41
C.	Rechtfertigungselemente bei der Rechtsgleichheit	42
D.	Rechtfertigungselemente beim (Geschlechter-) Diskriminierungsverbot	42
E.	Rechtfertigungselemente bei einer indirekten Diskriminierung	45
F.	Schrankenregelungen	45
G.	Die Rechtfertigung im Völkerrecht	51
III.	Die Schweizer Armee	52
1.	Sicherheitslage und Gefährdungspotential	52
A.	Klassischer militärischer Angriff	52
B.	Terrorismus, politische Anschläge und organisiertes Verbrechen	53
C.	Natur- und zivilisationsbedingte Katastrophen	54
D.	Cyberwar	54
E.	Internationale Konflikte	55
2.	Aufgaben und Funktionen der Schweizer Armee und der Armeeangehörigen	55
A.	Aufträge der Schweizer Armee	56
B.	Verändertes Aufgabenspektrum westlicher Armeen	57
C.	Veränderte Kriegstechnologien	58
3.	Fazit: Neues Verständnis der Landesverteidigung	59
IV.	Zusammenfassung I. Teil	61
2. Teil:	Militär, Wehrpflicht und Geschlecht in Geschichte und Gegenwart	63
I.	Frauen im Militär	63
1.	Geschichte	63
A.	Die frühe Neuzeit	64
B.	Die kommunistische Revolution in China	65
C.	Der Erste Weltkrieg	66
D.	Der Zweite Weltkrieg	67
E.	Zivile Unterstützung von Kriegshandlungen	72
F.	Kindersoldatinnen in Afrika	73

2.	Gegenwart	73
3.	Frauen im Dienste der Schweizer Armee	75
	A. Ziviler und militärischer FHD	75
	B. Zivile Unterstützungshandlungen während der Weltkriege	79
	C. Öffnung der Armee für Frauen und Zulassung zu Kampffunktionen	79
	D. Frauen in der heutigen Schweizer Armee	80
4.	Fazit: Frauen und Militär kein Widerspruch	80
II.	Wehrpflicht und Geschlecht	81
	1. Wehrpflicht für Frauen weltweit	82
	2. Wehrpflicht für Frauen in der Schweiz?	83
	A. Dienstpflichten für Frauen	83
	B. Gescheiterte Vorschläge für Frauendienstpflichten	87
	3. Fazit: Demarkationslinie zwischen den Geschlechtern	91
III.	Männlichkeitsideal und Militär	92
IV.	Zusammenfassung 2. Teil	96
3. Teil:	Wehrpflicht und Geschlecht in Israel	97
I.	Grundlagen	97
	1. Israel als Vergleichsobjekt	97
	2. Einführung in das israelische Recht	97
	A. Fehlende Verfassung	98
	B. Bindung an internationales Recht	99
	C. Rechtsgleichheit und Diskriminierungsverbot im israelischen Recht	99
	3. Soziale und politische Vergleichsparameter	102
	A. Wehrorganisation	103
	B. Militärische Vergleichspunkte	103
	C. Gleichberechtigung und Gleichstellung der Geschlechter	107
	D. Gewissensverweigerung und Pazifismus	112
	E. Fazit: israelische Erfahrungen für die Schweiz grundsätzlich verwendbar	113
II.	Die Wehrpflicht für beide Geschlechter	113
	1. Geschichte von Staat, Armee und Wehrpflicht	114
	A. Die vorstaatliche jüdische Gemeinschaft	114
	B. Gründung des israelischen Staates und der Israel Defense Forces	117
	C. Einführung der Wehrpflicht für beide Geschlechter	118
	D. Das Auxiliary Women's Corps	120

E.	Ausschluss aus Kampffunktionen	124
F.	Zulassung von Pilotinnen	125
2.	Rechtliche Ausgestaltung	126
A.	Rechtliche Grundlage der Wehrpflicht	126
B.	Wehrpflicht für beide Geschlechter - unterschiedliche Voraussetzungen	127
C.	Wehrdienstverweigerung und Zivildienst	129
D.	Zugang der Frauen zu (fast) allen Funktionen	132
E.	Zusätzliche Vergütungen für Frauen	133
3.	Tatsächliche Situation	133
4.	Rezeption der Wehrpflicht für beide Geschlechter	135
III.	Ergebnis des Rechtsvergleichs	137
IV.	Zusammenfassung 3. Teil	138
4. Teil:	Vereinbarkeit der Wehrpflicht mit dem Geschlechterdiskriminierungsverbot	139
I.	Rechtslage in der Schweiz	139
1.	Rechtsnatur der Wehrpflicht	139
A.	Kopplung von Wehrpflicht und Bürgerrechten	139
B.	Begriffliche Abgrenzung der Wehrpflicht vom Milizprinzip	141
C.	Begriffliche Abrenzung der Wehrpflicht von der Militärdienstpflicht	141
D.	Wehrpflichterfüllung	142
2.	Wehrpflicht und Geschlecht nach geltendem Recht	142
A.	Militärdienst	142
B.	Zivildienst	143
C.	Ersatzabgabe	144
D.	Zivilschutz	144
3.	Zulässige Dienstpflichten (auch) für Frauen nach geltendem Recht	145
A.	Dienstpflichten im Katastrophenschutz und Gesundheitswesen	145
B.	Feuerwehrdienstpflicht	146
II.	Überblick über Lehre und Rechtsprechung	146
1.	Bundesgericht	147
2.	EGMR	148
3.	Schweizerische Lehre	148
A.	Margrith Bigler-Eggenberger	148
B.	Bernhard Waldmann	149
C.	Vincent Martenet	150
D.	Jörg Paul Müller/Markus Schefer	151

E.	Etienne Grisel	152
F.	Yvo Hangartner	153
G.	Tarek Naguib	153
4.	Deutsche Lehre	154
A.	Oswald Hahn	154
B.	Michael Sachs	155
C.	Felix Ekardt	156
D.	Mathias Klümper	156
E.	Uwe Tetzlaff	156
F.	Juliane Kokott	157
5.	Fazit: nach h.L. und Rechtsprechung nicht diskriminierend	158
III.	Formelle Vereinbarkeit der Wehrpflicht mit Art. 8 BV	159
1.	Normenwiderspruch	159
A.	Gleichrangigkeit der Verfassungsnormen	159
B.	Völkerrechtswidriges Verfassungsrecht	159
C.	Normenkollision oder Wertungswiderspruch?	161
D.	Auslegung von Art. 59 Abs. 1 BV	162
E.	Vorschläge aus der Lehre zur Behebung des Widerspruchs	176
2.	Das Massgeblichkeitsgebot nach Art. 190 BV	177
3.	Fazit: nach h.L. und Rechtsprechung formell verfassungskonform	179
IV.	Materielle Vereinbarkeit der Wehrpflicht mit Art. 8 BV	181
1.	Massstab der Beurteilung	181
A.	Das Geschlecht als verpöntes Merkmal	181
B.	Sonderstatusverhältnis	182
C.	Beeinträchtigung weiterer Grundrechte	183
D.	Fazit: strenger Prüfungsmaßstab	191
2.	Vergleichbare Situation oder gleiche massgebende tatsächliche Verhältnisse	191
3.	Ungleichbehandlung der Geschlechter	193
4.	Benachteiligung durch die Wehrpflicht	193
A.	Benachteiligung der Männer durch die Wehrpflicht	193
B.	Benachteiligung der Frauen durch die fehlende Wehrpflicht	199
C.	Benachteiligung durch rechtliche und faktische Sonderbehandlungen	207
D.	Fazit: Benachteiligungen für beide Geschlechter	211
5.	Begründungen nach Massstab der Rechtsgleichheit	212
A.	Lex Specialis	212
B.	Rechtsgleichheit zwischen Männern	213
C.	Vergleich mit der Feuerwehrdienstpflicht	214

D.	Wehrpflicht für Frauen unbekannt	215
E.	Begründungen mit der Mutterfunktion	215
F.	Begründungen mit der „Psyche“ oder „Natur“ der Frau	220
G.	Militärische Begründungen	229
H.	Ökonomische Begründungen	234
I.	Begründungen mit der fehlenden tatsächlichen Gleichstellung	241
J.	Fazit: keine sachlichen Gründe	245
6.	Begründungen nach Massstab des Geschlechterdiskriminierungsverbotes	246
A.	Biologische Unterschiede	246
B.	Funktionale Unterschiede	252
C.	Sexuelle Gewalt	253
D.	Fazit: keine zwingenden Gründe	257
7.	Prüfung gemäss Art. 36 BV	257
A.	„Eingriff“ in das Diskriminierungsverbot	257
B.	Gesetzliche Grundlage	258
C.	Hinreichendes öffentliches Interesse oder Schutz von Grundrechten Dritter	258
D.	Verhältnismässigkeit	259
E.	Kerngehalt	263
F.	Fazit: Beschränkung der Wehrpflicht auf Männer unverhältnismässig	263
8.	Schutz vor Stereotypisierung und Herabwürdigung	264
A.	Schutzbedürftigkeit und Opferstatus	264
B.	Biologische „Minderwertigkeit“	265
C.	Verfestigung der traditionellen Rollenteilung	268
D.	Fazit: Verstoss gegen das Herabwürdigungs- und Stereotypisierungsverbot	269
V.	Vereinbarkeit der Wehrpflicht mit Art. 14 EMRK	269
1.	Akzessorietät des Diskriminierungsverbotes	270
2.	Gewichtige Gründe zur Rechtfertigung	270
3.	Eingriff in den Gestaltungsraum der Konventionsstaaten	271
4.	Konsens in den Konventionsstaaten	272
5.	Fazit: Beschränkung der Wehrpflicht auf Männer völkerrechtswidrig	272
VI.	Vereinbarkeit der Zivilschutzdienstpflicht mit Art. 8 BV und Art. 14 EMRK	273
1.	Akzessorietät von Art. 14 EMRK	273

2.	Schwangerschaft und Mutterschaft	274
3.	Konnex zur Wehrpflicht	274
4.	Fazit: Zivildienstpflicht nur für Männer diskriminierend	275
VII.	Zusammenfassung 4. Teil	276
5. Teil:	Wehrpflicht und Geschlecht de lege ferenda	279
I.	Herstellung praktischer Konkordanz durch den Verfassungsgeber	279
1.	Abschaffung der Wehrpflicht	279
2.	Ausweitung der Wehrpflicht auf Frauen	279
3.	Surrogatspflichten für Frauen	280
4.	Allgemeine Dienstpflicht	281
A.	Allgemeine Dienstpflicht nur für Männer	281
B.	Allgemeine Dienstpflicht nur für Frauen	282
C.	Allgemeine Dienstpflicht für beide Geschlechter	282
5.	Hilfsdienst für beide Geschlechter	284
6.	Erweiterte Wehrpflicht für beide Geschlechter	284
7.	Zivildienstpflicht für beide Geschlechter	285
8.	Fazit: erweiterte Wehrpflicht und Zivildienstpflicht für beide Geschlechter	285
II.	Diskriminierungsfreie Ausgestaltung der Wehrpflicht	286
1.	Prävention sexueller Gewalt	286
2.	Getrennte Ausbildung?	287
3.	Geschlechterquoten?	288
4.	Gleiche sportliche Anforderungen?	289
5.	Berücksichtigung der Betreuungs- und Pflegepflichten	290
A.	Kinderschutz	290
B.	Dienstverschiebung	291
C.	Dienstbefreiung	292
D.	Teilzeitdienst	293
III.	Zusammenfassung 5. Teil	294
	Schlussworte	295