

Grundsatzurteil – Arrêt de principe

Andere Abgaben und Steuern | Autres impôts et taxes

Bearbeitet durch: lic. iur. Monique Schnell Luchsinger, Rechtsanwältin, dipl. Steuerexperten, Gerichtsschreiberin am Bundesverwaltungsgericht

Wehrpflichtersatz nur für Männer

Urteil des Bundesgerichts 2C_1051/2016 vom 24. August 2017 i.S. A. gegen Amt für Zivilschutz und Militär des Kantons Zug. Wehrpflichtersatz.

Regeste

Der Wehrpflichtersatz gehört nach einhelliger Lehre und Praxis zu den Kausalabgaben (E.2.2.2). Art. 59 Abs. 1 und 2 BV beschränkt die Wehrpflicht ausdrücklich und gewollt auf Männer, ebenso Art. 61 Abs. 3 BV die Zivilschutzpflicht. Dies stellt eine in der Verfassung selber enthaltene Ausnahme dar, die als *lex specialis* der Gleichbehandlung gemäss Art. 8 Abs. 2 und 3 BV vorgeht (E. 3.4). Es verstösst daher nicht gegen das Gleichbehandlungsgebot, wenn der Bund ausschliesslich von Männern, nicht aber von Frauen, eine Wehrpflichtersatzabgabe erhebt. [E. 4 ff. betrifft die Rüge von Art. 14 EMRK]. [E. 5 betrifft die hier erfolgte Kostenerhebung].

D'après la doctrine et la jurisprudence unanimes, la taxe d'exemption de l'obligation de servir relève des taxes causales (consid. 2.2.2). L'art. 59 al. 1 et 2 Cst. limite expressément et intentionnellement l'obligation de servir aux hommes, comme l'art. 61 al. 3 Cst. pour la protection civile. Cela représente une exception à l'intérieur même de la Constitution fédérale qui, en tant que lex specialis, prévaut sur l'égalité de traitement selon l'art. 8 al. 2 et 3 Cst. (consid. 3.4). Il n'est donc pas contraire à l'égalité de traitement que la Confédération n'assujettisse que les hommes, mais pas les femmes, à une taxe d'exemption de l'obligation de servir. [Consid. 4 ss concerne le grief de la violation de l'art. 14 CEDH]. [Consid. 5 concerne la perception des frais de la présente procédure].

Secondo l'unanime dottrina e giurisprudenza, la tassa d'esenzione dall'obbligo militare appartiene alle tasse causali (consid. 2.2.2). L'art. 59 cpv. 1 e 2 Cost. circoscrive espressamente e volontariamente l'obbligo militare agli uomini, così come l'art. 61 cpv. 3 Cost. per il servizio civile. Ciò costituisce all'interno della stessa Costituzione federale un'eccezione, che prevale quale lex specialis sulla parità di trattamento giusta l'art. 8 cpv. 2 e 3 Cost. (consid. 3.4). In tale contesto, la riscossione da parte della Confederazione di una tassa d'esenzione dall'obbligo militare unicamente nei confronti degli uomini, ma non delle donne, non viola il principio della parità di trattamento. [Consid. 4 segg. concerne la censura dell'art. 14 CEDU]. [Consid. 5 concerne la riscossione dei costi nella presente procedura].

Sachverhalt (gekürzt)

A. _____, geboren 1985 und nunmehr wohnhaft in U. _____/ZH, wurde am 20. Dezember 2005 aus der Rekrutenschule entlassen, nachdem er am 19. Januar 2005 für dienstuntauglich befunden worden war. Mit Veranlagungsverfügung vom 22. Oktober 2015 legte die Wehrpflichtersatzverwaltung des Kantons Zug den Wehrpflichtersatz von A. _____ für das Ersatzjahr 2014 fest. Die dagegen gerichtete Einsprache wurde am 19. November 2015 abgewiesen, ebenso die nachfolgende Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Zug (Urteil vom 27. September 2016). Mit Eingabe vom 16. November 2016 erhebt A. _____ beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (eventuell Verfassungsbeschwerde) und beantragt, er sei in Aufhebung des angefochtenen Entscheids von der Wehrpflicht bzw. der Wehrpflichtersatzabgabe zu befreien.

Aus den Erwägungen

1.

[Eintreten].

2.

2.1. Jeder Schweizer ist verpflichtet, Militärdienst zu leisten. Das Gesetz sieht einen zivilen Ersatzdienst vor (**Art. 59 Abs. 1 BV**). Für Schweizerinnen ist der Militärdienst freiwillig (**Art. 59 Abs. 2 BV**). Schweizer, die weder Militär- noch Ersatzdienst leisten, schulden eine Abgabe. Diese wird vom Bund erhoben und von den Kantonen veranlagt und eingezogen (**Art. 59 Abs. 3 BV**). Der Bund kann sodann auch den Zivilschutz für Männer obligatorisch erklären, während dieser für Frauen freiwillig ist (**Art. 61 Abs. 3 BV**). Das Gesetz erklärt Männer, die nicht militär- oder zivildienstpflichtig, aber schutzdiensttauglich sind, als schutzdienstpflichtig (Art. 11 und 12 des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 2002 über den Bevölkerungsschutz und den Zivilschutz [BZG; SR 520.1]), während Frauen freiwillig Schutzdienst leisten können (**Art. 15 Abs. 1 lit. d BZG**).

2.2.

2.2.1. Die Wehrpflichtersatzabgabe wird im WPEG näher ausgeführt: Schweizer Bürger, die ihre Wehrpflicht nicht oder nur teilweise durch persönliche Dienstleistung (Militär- oder Zivildienst) erfüllen, haben einen Ersatz in Geld zu leisten (**Art. 1 WPEG**). Die Abgabe wird von den Ersatzpflichtigen, welche im Ersatzjahr die Dienstpflicht nicht erfüllt haben (**Art. 2 und 8 WPEG**) und nicht von der Ersatzpflicht befreit sind (**Art. 4 und 4a WPEG**), auf dem taxpflichtigen Einkommen erhoben (**Art. 11 und 12 WPEG**); diese beträgt 3 Franken je 100 Franken des taxpflichtigen Einkommens (**Art. 13 Abs. 1 WPEG**).

Den Zivilschutzdienstleistenden werden die Ausbildungsdienste und Einsätze angerechnet (**Art. 24 BZG**).

2.2.2. Der Wehrpflichtersatz gehört nach einhelliger Lehre und Praxis nicht zu den Steuern, sondern zu den Ersatzabgaben (*taxe de remplacement*) und fällt damit unter die Kausalabgaben (Urteil 2C_875/2016 vom 10. Oktober 2016 E. 2.4 mit zahlreichen Hinweisen). Der Sinn der Ersatzabgabe besteht darin, dass diejenigen, welche die Hauptpflicht nicht erfüllen und demzufolge die damit verbundenen Belastungen und Nachteile nicht zu tragen haben, einen gewissen Ausgleich leisten (Urteil 2C_875/2016 vom 10. Oktober 2016 E. 2.5, in: ASA 85 S. 330; so schon BGE 2 I 380 E. 2 S. 381 f. vom 14. Oktober 1876, wo vom *équivalent en argent* die Rede ist; Botschaft zur Reform der Bundesverfassung, BBl 1997 I 1 ff., insb. S. 240 f.).

2.2.3. Dass eine Wehrpflichtersatzabgabe erhoben wird, entspricht dem Gebot der Rechtsgleichheit und der Gerechtigkeit gegenüber denjenigen, welche die Hauptpflicht persönlich erfüllen und die entsprechenden Naturallasten tragen (BGE 118 IV 74 E. 3b S. 81 f.; zit. Urteil 2C_875/2016 vom 10. Oktober 2016 E. 2.5; Urteil 2C_221/2009 vom 21. Januar 2010 E. 4.2, in: StR 65/2010 S. 332). Da ausschliesslich Männer militärdienstpflichtig sind (**Art. 59 Abs. 1 und 2 BV**), wird auch der Wehrpflichtersatz nur von Männern, nicht aber von Frauen erhoben (**Art. 1 WPEG** e contrario; zit. Urteil 2C_221/2009 E. 6; SIBILLA BONDOLFI, Wehrpflicht und Geschlechterdiskriminierung, 2012, S. 141 f., 144).

2.3. Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, dass er wegen Dienstuntauglichkeit im Jahre 2014 keinen Militärdienst geleistet hat und dass die Abgabe gemäss den gesetzlichen Grundlagen erhoben wurde. Er rügt einzig, die ausschliesslich von Männern, nicht aber von Frauen erhobene Wehrpflichtersatzabgabe verstosse gegen **Art. 8 Abs. 2 BV** sowie **Art. 14 EMRK**. Er schliesst daraus, dass er nicht der Wehrpflicht und der Ersatzabgabepflicht unterstellt werden kann, solange auch Frauen dieser Pflicht nicht unterliegen.

3.

3.1. Art. 8 Abs. 2 BV verbietet jede Diskriminierung, namentlich aufgrund des Geschlechts. Gemäss **Art. 8 Abs. 3 BV** sind Mann und Frau gleichberechtigt. **Art. 8 BV** schliesst damit die Geschlechtszugehörigkeit als taugliches Kriterium für rechtliche Differenzierungen aus. Eine unterschiedliche Behandlung von Mann und Frau ist nur zulässig, wenn auf dem Geschlecht beruhende *biologische und funktionale Unterschiede* eine Gleichbehandlung absolut ausschliessen; der Vorbehalt biologischer und funktionaler Unterschiede bedeutet insbesondere nicht, dass überkommenen Rollenverständnissen, falls sie heute noch der Realität entsprechen, ohne Weiteres auch in Zukunft rechtliche Relevanz verliehen werden dürfte (BGE 138 I 265 E. 6.1; 129 I 265 E. 3.2; 126 I 1 E. 2a; 123 I 56 E. 2b).

3.2. Zur Feuerwehrpflicht hat das Bundesgericht bereits im Jahr 1986 entschieden, dass eine Ungleichbehandlung von Mann und Frau hinsichtlich dieser Pflicht grundsätzlich verfassungswidrig ist und sich nur insoweit mit Art. 4 Abs. 2 BV 1874 vereinbaren lässt, als der Feuerwehrdienst körperliche Anstrengungen erfordert, denen nur die kräftigsten Männer des besten Alters gewachsen sind, oder soweit die gesundheitlichen Auswirkungen des Feuerwehrdienstes die Frauen im Interesse allfälliger Nachkommen anders treffen als die Männer (Urteil P.1020/1986 vom 10. Oktober 1986 E. 4c/aa, in: ZBl 88/1987 S. 306). Im Jahr 1991 schützte das Bundesgericht eine auf Männer beschränkte Feuerwehrpflicht in einer kleinen Berggemeinde, weil die Milizwehrdienste auch für Einsätze ausrücken müssten, die von Frauen im Hinblick auf deren biologische und funktionale Ungleichheiten nicht verlangt werden dürften, wie grosse nächtliche Wanderungen allein oder zu zweit als Föhn- oder Windwache (Urteil 2P.4/1990 vom 8. Februar 1991 E. 3, in: ZBl 92/1991 S. 418, BVR 1991 S. 439). Wo aber ein differenzierter Einsatz möglich ist, lässt sich eine geschlechtsspezifische Ausgestaltung der Feuerwehr- und Ersatzabgabepflicht nicht rechtfertigen (zit. Urteile P.1020/1986 E. 4c/aa; 2P.4/1990 E. 2). Im Jahr 1996 erzog das Bundesgericht, der blosser Umstand, dass eine Feuerwehrtätigkeit bestimmte Risiken berge, könne jedenfalls nicht zur generellen Dispensation aller Frauen führen, würde das doch bedeuten, dass das Leben von Frauen schutzwürdiger und wertvoller wäre als dasjenige von Männern, was Art. 4 Abs. 2 BV 1874 widerspräche; auch sei körperliche Kraft nicht unbedingt geschlechtsspezifisch. Der Umstand, dass im Durchschnitt mehr Männer als Frauen die für den Feuerwehrdienst erforderlichen Eigenschaften besitzen, vermöge im Lichte von Art. 4 Abs. 2 BV 1874 keine entscheidende Rolle zu spielen (BGE 123 I 56 E. 2d). Eine Ungleichbehandlung von Mann und Frau sei daher in Bezug auf Feuerwehrpflicht und Feuerwehersatzabgabe verfassungswidrig (BGE 123 I 56 E. 2e).

3.3. Im Lichte dieser Rechtsprechung ist dem Beschwerdeführer zusammenfassend beizupflichten, dass die auf Männer beschränkte Wehrpflicht (und daher auch die damit verbundene Ersatzabgabepflicht) *im Widerspruch zu Art. 8 Abs. 2 und 3 BV* steht (ebenso BONDOLFI, a.a.O., S. 246 ff., 276 f.; ETIENNE GRISEL, *Egalité*, 2. Aufl. 2009, S. 118; HANSJÖRG MEYER, in: St. Galler Kommentar zur BV, 3. Aufl. 2014, N. 4 zu Art. 59 BV; BERNHARD WALDMANN, *Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz*, 2003, S. 618 ff.; differenzierend JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, *Grundrechte in der Schweiz*, 4. Aufl. 2008, S. 744 f.). Dass biologische und funktionale Unterschiede die Frauen grundsätzlich für den Militärdienst untauglich erscheinen liessen, wird dadurch widerlegt, dass Frauen freiwillig Militärdienst leisten können (**Art. 59 Abs. 2 BV**; **Art. 3 Abs. 1** des Bundesgesetzes vom 3. Februar 1995 über die Armee und die Militärverwaltung [MG; SR 510.10]), dass sie in der Armee grundsätzlich die gleichen Rechte und Pflichten haben wie die männlichen Angehörigen der Armee (**Art. 3 Abs. 3 MG**) und ihnen alle Funktionen offenstehen (BONDOLFI, a.a.O., S. 79 f.; MEYER, a.a.O., N. 4 zu Art. 59 BV; vgl. **Art. 17 Abs. 3** der Verordnung vom 10. April 2002 über die Rekrui-

tierung [VREK; SR 511.11]). Auch in den meisten ausländischen Armeen werden Frauen in mehr oder weniger grossem Umfang eingesetzt. In einigen Staaten besteht auch eine Wehrpflicht für Frauen.

3.4. Indessen beschränkt **Art. 59 Abs. 1 und 2 BV** die Wehrpflicht ausdrücklich und gewollt auf Männer (BONDOLFI, a.a.O., S. 162 ff.), ebenso **Art. 61 Abs. 3 BV** die Zivilschutzpflicht. Dies stellt eine in der Verfassung selber enthaltene Ausnahme von **Art. 8 Abs. 2 und 3 BV** dar. Nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Lehre gehen **Art. 59 Abs. 1–3** und **Art. 61 Abs. 3 BV** als *lex specialis* der Gleichbehandlung gemäss **Art. 8 Abs. 2 und 3 BV** vor (zit. Urteil 2C_221/2009 vom 21. Januar 2010 E. 2.1; Urteile 2C_583/2015 vom 12. Februar 2016 E. 2.1; 2C_396/2012 vom 23. November 2012 E. 2.2 und 3; 2A.47/2002 vom 23. Mai 2002 E. 2.2; 2A.433/1990 vom 17. September 1991 E. 3; JEAN-FRANÇOIS AUBERT, in: Aubert/Mahon, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, 2003, N. 4 zu Art. 59 BV; GIOVANNI BIAGGINI, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2007, N. 28 zu Art. 8 BV und N. 6 f. zu Art. 59 BV; OLIVER DIGGELMANN/TILLMANN ALTWICKER, in: *Basler Kommentar zur BV*, 2015, N. 6 zu Art. 59 BV; GRISEL, a.a.O., S. 92 f., 115, 118, 126; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 9. Aufl. 2016, S. 229 Rz. 779; REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, *Grundrechte*, 2. Aufl. 2013, S. 446; anderer Ansicht aber WALDMANN, a.a.O., S. 620 f., mit der Argumentation, dass die Geschlechtergleichheit eine Kerngehaltsbestimmung darstelle, die auch den Verfassungsgeber selber binde; ähnlich BONDOLFI, a.a.O., S. 166 f., 212 f., 276). Ob diese Regelung sachlich sinnvoll oder allenfalls zu ändern ist, hat nicht das Bundesgericht, sondern der Verfassungsgeber zu entscheiden. Es erübrigt sich daher, im Einzelnen auf die Argumente des Beschwerdeführers einzugehen, wonach die Ungleichbehandlung nicht gerechtfertigt sei.

4. [Ausführungen zur Anwendung von Art. 14 EMRK].

5. [Ausführungen zur hier erfolgten Kostenerhebung].

Im vorliegenden Fall erwies sich die Erhebung der Wehrpflichtersatzabgabe als verfassungskonform. Da der Beschwerdeführer nicht geltend gemacht hatte, wegen einer Krankheit diskriminiert zu sein, fehlte es an der Voraussetzung, um die Beschwerde unter dem Gesichtspunkt von **Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK** prüfen zu können. Er brachte auch nicht vor, er wäre dienstwillig und -bereit gewesen, doch sei ihm die Möglichkeit verwehrt worden, den Dienst persönlich zu erfüllen, weshalb er sich nicht auf **Art. 14 EMRK** berufen konnte.

Kostenfällige Abweisung der Beschwerde, da **Art. 65 Abs. 4 lit. b BGG** nur auf Diskriminierungen im Erwerbsleben gemäss Gleichstellungsgesetz anwendbar ist.

Kommentar

Ob Art. 59 und 61 BV sachlich sinnvoll oder allenfalls zu ändern sind, hat nicht das Bundesgericht, sondern der Verfassungsgeber zu entscheiden. Der Bundesrat hat am 6. September 2017 die Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Wehrpflichtersatzabgabe gutgeheissen. Mit der Verabschiedung der Botschaft geht die Gesetzesvorlage an das Parlament. Die Einführung einer allgemeinen Wehrpflicht für Frauen ist nicht Gegenstand dieser Vorlage. Folgerichtig steht auch eine entsprechende Ersatzabgabe weiterhin nicht zur Diskussion.