

Margrith Bigler-Eggenberger

Justitias Waage – wagemutige Justitia?
Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur
Gleichstellung von Frau und Mann

Margrith Bigler-Eggenberger

Justitias Waage – wagemutige Justitia?

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts
zur Gleichstellung von Frau und Mann



Eidg. Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann
Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes
Ufficio federale per l'uguaglianza fra donna e uomo
Uffizi federal per l'egualitad tranter dunna ed um



Helbing & Lichtenhahn
Basel · Genf · München

Bibliographische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet abrufbar: <http://dnb.ddb.de>

Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (technisch, elektronisch und/oder digital) zu übertragen, zu nutzen oder ab Datenbank sowie via Netzwerk zu kopieren und zu übertragen oder zu speichern (downloading), liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

ISBN 3-7190-2219-6

© 2003 by Helbing & Lichtenhahn, Basel

Vorwort

Das Bundesgericht hat – und dies lässt sich ohne Übertreibung sagen – im vergangenen Jahrhundert Gleichstellungsgeschichte geschrieben, wie das vorliegende Buch eindrücklich dokumentiert. Die Autorin Margrith Bigler-Eggenberger hat als erste Bundesrichterin während fast zwanzig Jahren (1975–1994) die Er kämpfung der Gleichstellung von Frau und Mann auf höchster Ebene der Rechtsprechung verfolgt und mitbestimmt. Sie arbeitet diese Entwicklung im vorliegenden Werk aus historischer Perspektive detailreich auf und bietet eine Fülle von fast vergessen gegangenen Einzelheiten.

Es waren für die Gleichstellung von Frau und Mann in der Schweiz entscheidende Jahre, in denen die Autorin an der obersten Rechtsprechung mitwirkte, denn 1981 trat der Gleichstellungsartikel in der Bundesverfassung in Kraft. Die Autorin analysiert die Rechtsprechung des Bundesgerichts bis hin zur Einführung des Gleichstellungsartikels sowie danach die Anwendung von Art. 8 Abs. 3 Bundesverfassung (Art. 4 Abs. 2 aBV). Als ehemalige Bundesrichterin gewährt sie uns eine wertvolle Innensicht und präsentiert eine sowohl umfassende als auch akribisch genaue Auseinandersetzung mit dem Thema. Sie weist auch auf die Schwierigkeiten hin, die das Bundesgericht mit jeglichen Schritten hat, die weiter gehen als die rechtliche Gleichstellung der Geschlechter. Die Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung delegieren die Richterinnen und Richter oft an den Gesetzgeber. Dabei könnte Justitia sehr wohl unter ihrer Augenbinde hervor schauen und entsprechend den Gegebenheiten, wie sie wirklich sind, Recht sprechen. Die Autorin plädiert für eine Rechtsprechung, die sich an der relativen, statt an der absoluten Gleichheit orientiert. Sie fordert, dass der Gleichstellungsartikel in der Bundesverfassung differenzierter interpretiert wird.

Wir danken der Autorin für ihr einmaliges Werk. Ihre gleichzeitig ausgewogene und kritische Darstellung der höchstrichterlichen Rechtsprechung stellt die Entwicklung der Gleichstellung von Frau und Mann in einen historischen Zusammenhang. Und sie bietet damit den weiteren Schritten der Justitia hin zur tatsächlichen Gleichstellung einen sicheren Boden. Auch den Mitarbeiterinnen im Hintergrund, welche zahlreiche Recherchen getätigt haben, gebührt unser Dank.

Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann
Bern, Mai 2003

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Literaturverzeichnis	XVII
Materialienverzeichnis	XXXI
Abkürzungsverzeichnis	XXXV
 Einleitung.	 1
 1. Kapitel: Der alte Art. 4 BV und die Rechtsprechung zur Geschlechtergleichheit vor 1981	 5
§ 1 Allgemeines	5
§ 2 Einige Bereiche offenkundiger Diskriminierungen von Frauen nach 1874	7
§ 3 Das Prinzip der «Einheit der Familie» als Quelle von Diskriminierungen	18
§ 4 Die Geschlechtergleichheit gerät in Bewegung	19
 2. Kapitel: Die allgemeine Rechtsgleichheit und die Gleichbehandlung der Geschlechter: Zusammenspiel und Abgrenzung in der bundesgerichtlichen Praxis; Grundsätze der Anwendung und des Verfahrens	 27
§ 1 Einleitung	27
§ 2 Die Gebote rechtlicher Gleichstellung von Frau und Mann und die Schwierigkeiten in ihrer Umsetzung	29
§ 3 Abgrenzung des allgemeinen und des geschlechtsbezogenen Gleichheitssatzes in der Rechtsprechung	46
§ 4 Anwendungsfragen	55
§ 5 Verfahrensfragen	71
 3. Kapitel: Die Konkretisierung des Gebots der Geschlechtergleichstellung durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts.	 89
§ 1 Satz 1: «Mann und Frau sind gleichberechtigt»	89
§ 2 Satz 2: «Das Gesetz sorgt für ihre rechtliche und tatsächliche Gleichstellung, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit»	237
§ 3 Satz 3: «Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit»; Der Lohngleichheitssatz und das Gleichstellungsgesetz	265

4. Kapitel: Zusammenfassende Würdigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und Ausblick	321
§ 1 «Ebenso neu als kühn»?	321
§ 2 Bundesgerichtliche Mittel und Wege zur Durchsetzung des Gleichstel- lungsgebots	345
§ 3 Zusammenfassung und Ausblick	353
§ 4 Hoffnung: Eine sehende Justitia	356
Nachwort und Dank	363
Stichwortregister	365

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Literaturverzeichnis	XVII
Materialienverzeichnis	XXXI
Abkürzungsverzeichnis	XXXV

Einleitung	1
-------------------	---

1. Kapitel: Der alte Art. 4 BV und die Rechtsprechung zur Geschlechtergleichheit vor 1981	5
--	---

§ 1 Allgemeines	5
I. Der Grundsatz der Rechtsgleichheit von 1848/1874	5
II. Und die Frauen?	6

§ 2 Einige Bereiche offenkundiger Diskriminierung von Frauen nach 1874	7
I. Gerichtliches Verständnis des Gleichbehandlungsgebots	7
1. Zulassung zum Beruf	7
2. Der Begriff der Rechtsgleichheit in der bundes- gerichtlichen Rechtsprechung	8
3. Verfassungsrechtlicher Einbezug der Frauen in den Begriff «Schweizer»	9
4. Erster Gleichstellungsprozess	10
II. Erste Fortschritte	11
III. Über die Schwierigkeit, den Schweizerinnen zum Aktiv- bürgerrecht zu verhelfen	14
1. Ausgangslage	14
2. Frage der Neuinterpretation des Begriffs «Schweizer»	14
3. Vorgehen des Schweizerischen Verbandes für Frauenrechte	15
4. Beschwerde von Waadtländer Frauen	16
5. Ein weiterer Versuch	17

§ 3 Das Prinzip der «Einheit der Familie» als Quelle von Diskriminierun- gen	18
---	----

§ 4 Die Geschlechtergleichheit gerät in Bewegung	19
I. Der mühsame Weg	19
II. Der erste Lohnleichheitsprozess	22
III. Bemerkung	25

2. Kapitel: Die allgemeine Rechtsgleichheit und die Gleichbehandlung der Geschlechter: Zusammenspiel und Abgrenzung in der bundesgerichtlichen Praxis; Grundsätze der Anwendung und des Verfahrens	27
§ 1 Einleitung	27
§ 2 Die Gebote rechtlicher Gleichstellung von Frau und Mann und die Schwierigkeiten in ihrer Umsetzung	29
I. Das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot	29
1. Grund- und Menschenrecht: Diskriminierungsverbot.	29
2. Relativität des allgemeinen Gleichheitsgebots: Willkürverbot.	29
3. Beachtung konkreter Lebenssituationen und der tatsächlichen Ungleichheit der Menschen	30
4. Exkurs: Grundsätze des allgemeinen Gleichheits-satzes	31
5. Fehlende Drittwirkung	32
II. Die drei besonderen, auf das Verhältnis der Geschlechter bezogenen Gleichstellungsgebote	34
III. Bedeutung der geschlechtsbezogenen Rechtsgleichheit	36
1. Zweck und Ziel der geschlechtsbezogenen Rechtsgleichheit	36
2. Konkretisierung des Gleichheitsgebots	36
3. Gleichheit in der sozialen Realität	36
4. Zulässigkeit von Unterschieden	37
5. Chancengleichheit.	39
IV. Rechtsgleichheit, rechtliche Gleichbehandlung und tatsächliche Gleichstellung	40
V. Probleme um die allgemeine und geschlechtsbezogene Diskriminierung.	42
1. Begriff der Diskriminierung	42
2. Willkürverbot und Differenzierungsgebot	42
3. Das Diskriminierungsverbot des geschlechtsbezogenen Gleichstellungsgebots	43
a) Persönlicher Geltungsbereich	43
b) Unmittelbare oder direkte Diskriminierung	44
c) Mittelbare oder indirekte Diskriminierung	44
§ 3 Abgrenzung des allgemeinen und des geschlechtsbezogenen Gleichheits-satzes in der Rechtsprechung	46
I. Rechtliche Ungleichbehandlung gleicher Lebensverhältnisse und Geschlechterdiskriminierung	46
II. Familienrechtliche Überlegungen im staatlichen Leistungsrecht	48
1. Das eheähnliche Verhältnis als der Ehe «vergleichbares Lebensverhältnis»	48

2. Beitragspflicht von Ehepaaren und Paaren in eheähnlichem Verhältnis in AHV und IV	49
3. ... und weitere Problembereiche	50
III. Das Problem der Gleichbehandlung der Geschlechter im Bereich kantonaler Familien- und Kinderzulagenordnungen	51
IV. Ein weiterer Problembereich	53
V. Problematik des Zusammenwirkens der beiden Gleichheitsbestimmungen	54
§ 4 Anwendungsfragen.	55
I. Bewertung von Gleichheit und Ungleichheit: Unterschiedliche Massstäbe, Willkür.	55
II. Zur Kognitionsbefugnis des Bundesgerichts.	57
III. Ermessensspielraum	58
IV. Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung	61
V. Exkurs: Lückenfüllung	63
VI. Konnexität von Verordnungsrecht des Bundes sowie von kantonalem Verfassungs- und Gesetzesrecht mit Bundesgesetzesrecht	64
VII. Das Problem der Übergangsfrist und beschränkte Möglichkeiten bundesgerichtlichen Eingreifens	66
VIII. Die verfassungsrechtliche Schranke der Art. 113 Abs. 3 und 114 ^{bis} Abs. 3 aBV/Art. 191 BV	70
§ 5 Verfahrensfragen	71
I. Rechtsmittel	71
1. Staatsrechtliche Beschwerde	71
2. Exkurs: Die Besonderheit der Beschwerdelegitimation der privatrechtlichen Arbeitgeberschaft	73
3. Verwaltungsgerichtsbeschwerde	74
II. Eintretensvoraussetzungen	74
III. Exkurs: Legitimation der Gleichstellungsbüros zur Erhebung von Beschwerden gegen gleichstellungswidrige Rechtserlasse?	76
IV. Richterliche Prüfungspflicht und die allgemeine Lebenserfahrung	77
V. Exkurs: Das internationale Recht und seine Auswirkungen auf die Geschlechtergleichbehandlung	81
1. Verfassungsrang internationaler Normen über die Gleichstellung der Geschlechter	81
2. Anwendungsbeispiele	83

3. Kapitel: Die Konkretisierung des Gebots der Geschlechtergleichstellung durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts	89
§ 1 Satz 1: «Mann und Frau sind gleichberechtigt»	89
I. Das formale Verständnis des Gebots der Gleichberechtigung von Frau und Mann	89
1. Die Gleichstellung im Erziehungswesen	90
2. Politische Betätigung und formale Gleichstellung	95
a) Das Stimmrecht der Frauen von Appenzell Innerrhoden	95
b) Politische Rechte und ihre Verlustmöglichkeiten zum Nachteil von Frauen	96
3. Die öffentliche Dienstpflicht und das Gebot der Geschlechtergleichbehandlung	98
4. Formale Betrachtungsweise und Rechtsgleichheit bezüglich der Witwenrente in AHV und BVG	104
5. Das Renten- und Pensionierungsalter für Frau und Mann	111
6. Die Mutterschaft als besonderes Problem der rechtlichen Gleichstellung	119
7. Anspruch auf Mutterschaftsurlaub: Eine reine Frauensache?	122
II. Das Problem der indirekten Diskriminierung	127
III. Ohne Ausnahmen geht es nicht	133
IV. Zivilstand: Ein Problem für Rechtsgleichheit zwischen Frau und Mann	142
1. Das Namensrecht der Ehegatten im Spannungsfeld zwischen Einheit der Familie und Gleichberechtigung	142
2. Bürgerrecht als Problem der Gleichberechtigung von Frau und Mann	149
a) Allgemeines	149
b) Wiedereinbürgerung	150
c) Einbürgerung von ausländischen Ehemännern von Schweizerinnen	152
d) Weitere Bürgerrechtsprobleme im Zusammenhang mit der Gleichstellung der Geschlechter	153
3. Ehelicher Wohnsitz und das Gebot geschlechtsunabhängiger Gleichbehandlung	157
a) Die Frage des eigenen politischen Domizils der Ehefrau	157
b) Abgeleiteter Wohnsitz als Anknüpfung für die Unterstellung unter das System der Sozialversicherung und für Sozialversicherungsansprüche	158
4. Das partnerschaftliche Eherecht und die Beistandspflichten	162
a) Die Rechtslage	162
b) Rechtsprechung	163
c) Nachehelicher Unterhaltsanspruch, nacheheliche Solidarität und das Postulat der Gleichstellung der Ehegatten	173

d) Die Besonderheit der Verteilung eines Überschusses und eines Fehlbetrags und der Gedanke der Gleichberechtigung der Ehegatten	180
e) Kinderzuteilung – ein unlösbares Problem der Gleichstellung der Eltern?	187
5. Auswirkungen des Zivilstands auf sozialversicherungsrechtliche Sachverhalte	190
a) Beitragspflicht für Hausfrauen und Hausmänner	190
b) Vorrangstellung des Ehemannes in der Anspruchsberechtigung von Altersleistungen	194
c) Eigener Rentenanspruch der Frau – vorwiegender Anspruch des Ehemannes	200
d) Besondere Auswirkungen des Zivilstandes beim Zusammentreffen verschiedener Sozialversicherungsansprüche: Kürzungsbestimmungen	200
6. Hausarbeit – Erwerbsarbeit: Gleichstellung in der Rechtsprechung	208
a) Das Problem	208
b) Gleichstellung der Haus- mit der Berufsarbeit im Eherecht?	210
c) Ausfall der Hausfrau, ihre Stellung als Versorgerin und die Bewertung ihrer Arbeitsleistung in der Haftpflichtversicherung	212
d) Die Gleichstellung von Haus- und Erwerbsarbeit im Recht der Invalidenversicherung	216
aa) Anspruch auf Hilfsmittel	217
bb) Exkurs: Die Schadenminderungspflicht in der Invalidenversicherung	221
cc) Eingliederungsmassnahmen wie Umschulung als Problem der Gleichstellung	222
dd) Bemessung der Invalidität in Erwerbs- und Familienarbeit	226
§ 2 Satz 2: «Das Gesetz sorgt für ihre rechtliche und tatsächliche Gleichstellung, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit»	237
I. Gleichstellung als Aufgabe der Gesetzgebung	237
1. Gesetzgeberische Gleichheitsbestrebungen	238
2. Konkrete Massnahmen	240
II. Die Bedeutung des Satzes 2 in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	245
1. Allgemeines	245
2. Geschlechtsneutralität verdeckt Diskriminierung	246
3. Einzelprobleme: Gleichstellungs- und Förderungsmassnahmen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	247
4. Im Besonderen die Quotenfrage als gleichstellungsfördernde Massnahme	254

III.	Exkurs: Das Bundesgericht und das Gleichstellungsgesetz . . .	260
1.	Allgemeines	260
2.	Das Bundesgericht und das Gleichstellungsgesetz	261
§ 3	Satz 3: «Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit»: Der Lohngleichheitssatz und das Gleichstellungsgesetz	265
I.	Ausgangspunkt	265
II.	Die tatsächliche Situation	266
1.	Statistische Wahrheiten	266
2.	Ursachen	268
3.	Berufsgattungen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Lohngleichheit	270
III.	Der Lohngleichheitssatz in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	271
1.	Doppelnorm	271
2.	Geltungsbereich des Lohngleichheitsgebots	272
a)	In persönlicher Hinsicht	272
b)	In sachlicher Hinsicht	276
c)	In zeitlicher Hinsicht	277
d)	In örtlicher Hinsicht	278
3.	Gleichheit und Gleichwertigkeit der Arbeit	280
4.	Exkurs: Vergleichbarkeit der verschiedenen Lehrberufe	283
5.	Prüfungspflicht der Gerichte, Arbeitsbewertung und Diskriminierung in der Lohnfestsetzung	284
6.	Die Rechtfertigungsgründe	292
IV.	Folgen einer verfassungswidrigen Lohndiskriminierung	300
1.	Anspruch auf den «geschuldeten Lohn»	300
2.	Nachforderungen	302
V.	Verfahrensfragen	310
1.	Möglichkeit einer gerichtlichen Durchsetzung des Lohngleichheitsgebots (fehlende Justiziabilität?)	310
2.	Verbandsklagen	313
3.	Beweislast	315
4.	Verfahrenskosten	316
VI.	Erfolg?	318
4.	Kapitel: Zusammenfassende Würdigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und Ausblick	321
§ 1	«Ebenso neu als kühn»?	321
I.	Der mühsame Weg zur Anerkennung der Rechtsgleichheit und der tatsächlichen Gleichstellung der Frauen	321
II.	Wandelbarkeit des Gleichstellungsgebots	323

III.	Das Verständnis des Bundesgerichts zur Gleichstellungsbestimmung: Formale Betrachtungsweise führt nicht zu materieller Gleichstellung	324
1.	Keine formale Ungleichbehandlung von Frau und Mann mehr	324
2.	Gleichsetzung nach der Formel «Frau = Mann; Mann allenfalls = Frau»?	325
3.	Sinn und Zweck von Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 BV	325
4.	Formale Gleichheit und Rollendenken	326
IV.	Das Verständnis von Satz 2: Verwirklichung tatsächlicher Gleichheit in der sozialen Wirklichkeit	329
1.	Komplementäres Verhältnis von Satz 2 zu Satz 1	329
2.	Funktion von Satz 2: Aufgabe des Staates, für materielle Gleichheit zu sorgen	330
3.	Dennoch Bezugspunkte von Satz 1 und Satz 2?	330
4.	Exkurs: Noch einmal zum Problem der indirekten Diskriminierung und zur Gleichstellung durch Chancengleichheit und Ergebnisgleichheit	332
V.	Gleichstellungsfördernde Massnahmen und «umgekehrte Diskriminierung»	333
1.	Möglichkeiten ausgleichender und gleichstellungsfördernder Massnahmen	333
2.	Lösung des Spannungsfeldes; Verbot «umgekehrter Diskriminierung»	334
VI.	Grundsatz «pro femina»?	335
VII.	Das Verständnis von Satz 3 oder: Die Schwierigkeit, Lohngleichheit herzustellen	337
§ 2	Bundesgerichtliche Mittel und Wege zur Durchsetzung des Gleichstellungsgebots	345
I.	Auslegung	345
1.	Vielfalt von Auslegungsmethoden	345
2.	Unterschiedliche Auswirkungen	346
3.	Differenzierung als Folge der Auslegung?	347
4.	Auslegung gegen den Wortlaut	348
5.	Weite, ausgedehnte Auslegung?	349
II.	Berufung auf den Gerechtigkeitsgedanken als Entscheidungsfindungskriterium	350
III.	Das Ermessen als ein die Gleichstellung einschränkendes Moment	352
§ 3	Zusammenfassung und Ausblick	353
I.	Kritik an der bisherigen Praxis	353
II.	Ausweitung des Gleichheitsverständnisses in Satz 1 unter Einbezug von Satz 2	354

§ 4 Hoffnung: Eine sehende Justitia	356
I. Justitia mit der Augenbinde?	356
II. Eine sehende Justitia ist gewünscht	360
Nachwort und Dank	363
Stichwortregister	365

Literaturverzeichnis

Weitere Literaturhinweise finden sich in den Fussnoten.

- ALBRECHT ANDREAS C., Der Begriff der gleichwertigen Arbeit im Sinne des Lohngleichheitssatzes «Männer und Frauen haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit» (Art. 4 Abs. 2 BV), Diss. Basel 1998.
- ARIOLI KATHRIN, Frauenförderungsmassnahmen im Erwerbsleben, Zürich 1992 (zit. *Frauenförderungsmassnahmen*).
- Die Rechtsfigur der indirekten Diskriminierung, AJP 1993, S. 1327 ff. (zit. *Rechtsfigur*).
- Sind Quoten wirksame Mittel zur Frauenförderung? Stand der Diskussion in der Schweiz, in: ABTEILUNG FÜR DIE GLEICHSTELLUNG VON FRAUEN UND MÄNNERN AN DER UNIVERSITÄT BERN (Hrsg.), Bern 2000, S. 61–73 (zit. *Wirksame Mittel*).
- (Hrsg.), Quoten und Gleichstellung von Frau und Mann, Neue Literatur zum Recht, Basel 1996 (zit. *Quoten*).
- ARIOLI KATHRIN/FURRER ISELI FELICITAS, Die Anwendung des Gleichstellungsgesetzes auf öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse, in: EIDG. BÜRO FÜR DIE GLEICHSTELLUNG VON FRAU UND MANN (Hrsg.), Frau und Recht, Basel/Frankfurt a.M. 1999.
- ARIOLI KATHRIN/EGG BIBIANE, Arbeitswissenschaftliche Gutachten in Lohngleichheitsprozessen, AJP 2001, S. 1299 ff.
- ARROYO MANUEL, Praxis des Bundesgerichts zur Gleichberechtigung von Mann und Frau (1848–1981), Diss. Basel/Genf/München 2002.
- AUBERT GABRIEL, L'égalité des sexes dans le domaine du travail, in: CHARLES ALBERT MORAND (Hrsg.), L'égalité entre hommes et femmes, Lausanne 1988.
- AUBERT MAURICE, Das BVG und die Frauen, ZAK 1987, Nr. 7/8, S. 331.
- AUER ANDREAS, Les mesures positives et l'art. 4 al. 2, AJP 1993, S. 1336 ff. (zit. *AJP 1993*).
- Besprechung des BGE vom 3.5.1991 i.S. A. G. c. Einwohnergemeinde X., AJP 1999, S. 252 ff.
- AUER ANDREAS/MARTENET VINCENT, Les quotas, la démocratie et le fédéralisme, F-Frauenfragen 1/98, S. 36 ff.
- BALLMER-CAO THAN-HUYEN, Sozialer Wandel und Geschlecht. Zur Gleichstellungsfrage in der Schweiz, Bern 2000.
- BALSCHET PETER, Gesetzgebung und Rechtsprechung zur gemeinsamen elterlichen Gewalt, AJP 1993, S. 1208 ff.
- BANFI SILVIA/ITEN ROLF, Getrennt oder gemeinsam? – Steuersystem im Vergleich, F-Frauenfragen 2–3/97, S. 51 ff.
- BÄNZIGER ATHNIK, Weiterbildung und Lohnunterschiede zwischen Frauen und Männern, Chur/Zürich 1999.

- BAUER TOBIAS, Die Familienfalle. Wie und warum sich die Familiensituation für Frauen und Männer unterschiedlich auf die Erwerbsbiographie auswirkt – eine ökonomische Analyse, Chur/Zürich 2000 (*zit. Familienfalle*).
- Die Auswirkungen des GlG auf die Durchsetzung der Lohnungleichheit, Referat, Tagung des Schweiz. Instituts für Verwaltungskurse, Luzern, 17. 11. 1999.
- BAUMANN KATERINA/LAUTERBURG MARGARETA, Rollenfixierung in der Invalidenversicherung, Forschungsprojekt NFP 35 «Frauen in Recht und Gesellschaft», 1997, nicht publ. (*zit. Invalidenversicherung*).
- Darf's ein Bisschen weniger sein?, Grundsätzliches und Strittiges beim Vorsorgeausgleich, FAMPRACH, Mai 2000 (*zit. Darf's ein Bisschen weniger sein*).
 - Sind eins und eins wirklich zwei? Zivilstandsbedingte Ungleichbehandlungen in der Sozialversicherung, F-Frauenfragen 2–3/97, S. 29 ff. (*zit. Sind eins und eins wirklich zwei?*).
 - Knappes Geld – ungleich verteilt. Gleichstellungsdefizite in der Invalidenversicherung, in: Eidg. Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (Hrsg.), Frau und Recht, Basel/Genf/München 2001 (*zit. Knappes Geld*).
- BERENSTEIN ALEXANDRE, A propos de l'initiative pour l'égalité des droits entre hommes et femmes, ZBl 1980, Heft 5 (*zit. ZBl 1980*).
- Der Lohn für gleichwertige Arbeit, Sonderdruck aus ZBJV, Bd. 120, 1984, Heft 11, S. 489 ff. (*zit. Sonderdruck ZBJV*).
 - L'égalité des sexes en droit du travail, Revue syndicale suisse, No 5, Mai 1977 (*zit. Droit du travail*).
- BERNER KOMMENTAR zum Schweizerischen Privatrecht, Bern, ab 1910 (*zit. BK-AutorIn*).
- BESSON SAMANTHA, L'égalité horizontale: L'égalité de traitement entre particuliers, Freiburg 1999.
- BIAGGINI GIOVANNI, Verfassung und Richterrecht, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe B: Öffentliches Recht, Basel/Frankfurt a.M. 1991, S. 465 ff.
- BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH, Die Arbeitslosenversicherung, das Stillen und das Diskriminierungsverbot, recht 1998, S. 1 ff. (*zit. recht 1998*).
- Rechtsungleichheit und Vertragsfreiheit, AJP 1997, S. 18 ff. (*zit. Rechtsungleichheit*).
 - Bürgerrechtsverlust durch Heirat: Ein dunkler Fleck in der jüngeren Schweizer Rechtsgeschichte, recht 1999, S. 33 ff. (*zit. Bürgerrechtsverlust*).
 - Soziale Sicherung der Frau, IVB-Schriftenreihe, Bd. 3, St. Gallen 1979 (*zit. Soziale Sicherung*).
- BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH/KAUFMANN CLAUDIA (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Basel/Frankfurt a.M. 1997 (*zit. Autorin, Rz. zu Art. GlG*).
- BINKERT MONIKA/WYSS KURT, Die Gleichstellung von Frau und Mann im Ehescheidungsrecht, Neue Literatur zum Recht, Basel 1997.
- BLATTMANN LYNN, Arbeit – Beruf, in: Eidg. Kommission für Frauenfragen, Viel erreicht – wenig verändert? Zur Situation der Frauen in der Schweiz, Bern 1995, S. 135 ff.

- BOIS PHILIPPE/AUBERT PIERRE, Les cotisations d'assurance sociale de la femme mariée en vertu de l'art. 165 1^{er} alinéa CCS, particulièrement dans le domaine de l'AVS, in: Problèmes de droit de la famille, Recueil de travaux, publié par la faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Neuchâtel, 1987, S. 29.
- BRÄM VERENA, Besprechung von BGE 116 II 101 ff = Pra 79 Nr. 251: Anspruch auf Ersatz des Verlustes von Anwartschaften und Witwenrente 1. + 2. Säule, AJP 1992, S. 125 ff.
- BRÄM VERENA/HASENBÖHLER FRANZ, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zweiter Band – Das Familienrecht: Eherecht (*zit. ZK-AutorIn*).
- BREITENMOSER BEATRICE, Pourquoi y a-t-il de plus en plus de rentiers AI?, Sécurité sociale 6/1999.
- BRÜNGGER REGULA/LÖRTSCHER ULLMANN MARGRIT, Die Bewertung des Arbeitsplatzes in privaten Haushalten, Zürich 1977.
- BUCHER ANDREAS, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 3. A., Basel/Frankfurt a.M. 1999.
- BUCHMANN BRIGITTE, Zahlen und Fakten zu Frauenerwerbsarbeit, in: BUNDESAMT FÜR STATISTIK (Hrsg.), SAKE-News 92/2.
- BÜHRIG MARGA/SCHMID-AFFOLTER ANNY, Die Frau in der Schweiz, Bern 1969.
- BÜRGISSER JOANNA, Le Tribunal fédéral et l'égalité salariale, plädoyer 2/1999, S. 44 ff.
- BUSER DENISE, Im Blickpunkt: Mandatsquoten, F-Frauenfragen 1/98, S. 3 ff.
- Urteilsbesprechung (zu BGE 121 I 97), AJP 1995, S. 1506 f. (*zit. AJP 1995*).
- CAMPICHE ANTOINE, L'égalité de rémunération entre travailleurs masculins et féminins, Etude du droit des Communautés européennes et du droit suisse, Lausanne 1986.
- CHAPONNIÈRE MARTINE, Der Weg der Frauen zu Stimmrecht und Gleichberechtigung, in: Die Stellung der Frau in der Schweiz, Teilbericht IV der Eidg. Kommission für Frauenfragen, Bern 1984, S. 5 ff., 29 ff. (*zit. Weg der Frauen*).
- Geschichte einer Initiative. Gleiche Rechte für Mann und Frau, Zürich/Genf 1983 (*zit. Geschichte*).
- CARPENTIER J./CAZAUNIAN P., Le travail de nuit, effets sur la santé et la vie sociale du travailleur, Bureau international du Travail, 2. A., Genf 1978.
- CLASS EDI/MÖSSINGER RAINER, Die Rechte der Frau im Arbeitsverhältnis: Das Gleichstellungsgesetz, gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit, sexuelle Belästigung, Schwangerschaft und Mutterschaft, Schutzvorschriften des Arbeitsgesetzes, Freizügigkeitsleistung, Zürich 1996.
- DELLFOSSE MARIANNE, Emilie Kempin-Spyri (1853–1901). Das Wirken der ersten Schweizer Juristin, Zürcher Studien zur Rechtsgeschichte, Bd. 26, Zürich 1994.
- DESLAND BÉATRICE, Situation der Frauen in der Invalidenversicherung, Bericht zuhanden der Eidg. Frauenkommission, Mai 1990 (*zit. IV*).
- Familienarbeit und Arbeitslosenversicherung – ein Widerspruch, Basel 2001 (*zit. Familienarbeit*).
- DESLAND BÉATRICE/OGET VIRGINIE, La sécurité sociale et les femmes, Femmes et Travail, Lausanne, S. 57 ff.

- DIEDERICHSEN UWE, Rechtsprobleme der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, Sept. 1988, S. 889 ff.
- EGLI HANS-PETER, Neue Tendenzen bei der Teilzeitarbeit, SJZ 2000, S. 344.
- EMMENEGGER SUSAN, Feministische Kritik des Vertragsrechts, Freiburg 1999.
- EPINEY ASTRID, Chancengleichheit über das Ergebnis?, AJP 1997, S. 1033 ff.
- Bemerkungen zum Bundesgerichtsurteil zur Solothurner Quoteninitiative, AJP 1997, S. 1033.
- EPINEY ASTRID/REFAEL NORA, Chancengleichheit – ein teilbarer Begriff?, AJP 1996, S. 179 ff.
- FEHLMANN ULRICH K., Neues Eherecht und Gleichheit der Personalvorsorge, SPV 1/1988.
- FLÜCKIGER YVES, Approche économique des discriminations salariales et l'évaluation des dommages subis, AJP 2001, S. 1340 ff.
- FREIBURGHaus DIETER, Das neue Scheidungsrecht im Überblick, plädoyer 1998, S. 35 ff.
- FREIVOGEL ELISABETH, Lohngleichheitsprozesse in der Praxis, Schwierigkeiten und Folgerungen, F-Frauenfragen, 1/91, S. 11–14.
- GEISER THOMAS, Die Namensänderung nach Art. 30 Abs. 1 ZGB unter dem Einfluss des neuen Eherechts, ZZW 1989, S. 33 f.
- Arbeitsvertrag unter Ehegatten oder eherechtliche Entschädigung nach Art. 165 ZGB, BJM 1990, S. 76.
- Die Regeln über die Anstellungsdiskriminierung und Beförderungsdiskriminierung im Gleichstellungsgesetz, ZBJV 1996, S. 555 ff.
- Neuere Tendenzen in der Rechtsprechung zu den familienrechtlichen Unterhaltspflichten, AJP 1993, S. 907 (zit. *Tendenzen*).
- Worin unterscheiden sich heute die Renten nach Art. 151 und Art. 152 ZGB?, ZBJV 129/1993, S. 339 (zit. *Unterscheidung*).
- Der Versorgungsausgleich im neuen Scheidungsrecht, ZSR NF Bd. 115, 1996, S. 395 ff.
- GEISER THOMAS/HÄFLIGER BENEDIKT, Entwicklungen im Arbeitsrecht, SJZ 2000, Nr. 14, S. 341 ff.
- GOLDSTEIN JOSEPH/FREUD ANNA/SOLNIT A. J., Diesseits des Kindeswohls, Frankfurt a.M. 1982.
- GREBER PIERRE YVES, Le principe de l'égalité considéré en droit suisse de la sécurité sociale, in: Le droit des assurances sociales en mutation, FS zum 75. Geburtstag des EVG, Bern 1992, S. 278.
- GRISSEL ETIENNE, Egalité des sexes et quotas de représentation, in: FS Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen 1998, S. 537.
- GYSIN CHARLOTTE, Der Schutz des Existenzminimums in der Schweiz, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe B: Öffentliches Recht, Basel 1999.
- HAEFLIGER ARTHUR, Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich. Zur Tragweite des Art. 4 der Bundesverfassung, Bern 1985.
- HAEFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. A., Zürich 1998.
- HAEFELIN ULRICH/HALLER WALTER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. A., Zürich 2001.

- HANAU PETER, Die umgekehrte Geschlechtsdiskriminierung im Arbeitsleben, in: Festschrift für Wilhelm Herschel zum 85. Geburtstag, München 1982, S. 191–222.
- HANGARTNER YVO, Besprechung des BGE vom 25. 2. 1994, AJP 1994, S. 1307 f.
- Besprechung des BGE i.S. Schuler-Zraggen Margrit c. Schweiz, vom 24. 3. 1994. Revision auf Grund des EMR-Gerichtshof vom 24. 6. 1993 (Rs Nr. 17/1992/362/436) Serie A, Bd. 263, AJP 1994, S. 784 ff.
- Geschlechtergleichheit und Frauenquoten in der öffentlichen Verwaltung, AJP 1992, S. 835 ff. (zit. *Geschlechtergleichheit*).
- Gleicher Zugang von Männern und Frauen zu öffentlichen Ämtern, AJP 1995, S. 1554 ff. (zit. *Gleicher Zugang*).
- Bemerkungen zum Bundesgerichtsentscheid zur Solothurner Quoteninitiative, AJP 1997, S. 1030 ff. (zit. *AJP 1997*).
- Chancengleichheit oder Quotengleichheit? Bemerkungen zur Kritik am Entscheid Kalanke des Europäischen Gerichtshofs, AJP 1996, S. 512 ff. (zit. *AJP 1996*).
- HÄNNI PETER, Grenzen richterlicher Möglichkeiten bei der Durchsetzung von Gleichheitsansprüchen gemäss Art. 4 BV, ZSR 1988, S. 591 ff. (zit. *ZSR 1988*).
- Das Bild der Frau im Wandel der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg zur Hundertjahrfeier, Freiburg 1990, S. 237 (zit. *Bild der Frau*).
- HAUSAMMANN C./SCHLÄPPI E., Menschenrechte und Frauenrechte. Das UNO-Übereinkommen zur Beseitigung jeder Diskriminierung der Frau und seine Bedeutung für die Schweiz, AJP 1995, S. 32 ff.
- HAUSHEER HEINZ, Der Fall Burghartz oder: Vom bisweilen garstigen Geschäft der richterlichen Rechtsharmonisierung in internationalen Verhältnissen, in: FG für Bernhard Schnyder zum 65. Geburtstag, Freiburg, 1995, S. 407 ff.
- Der Scheidungsunterhalt und die Familienwohnung, in: HEINZ HAUSHEER (Hrsg.), Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Bern 1999, S. 119 ff. (zit. *Scheidungsunterhalt*).
- Neuere Tendenzen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Bereiche der Ehescheidung, ZBJV 1986, S. 62 f. (zit. *ZBJV 1986*).
- HAUSHEER HEINZ/GEISER THOMAS, Zur Festsetzung des Scheidungsunterhalts bei fehlenden Mitteln im neuen Scheidungsrecht, Sonderdruck aus ZBJV 134/1998 Heft 1, S. 93 ff.; auch in Forum Bd. 133, 1997, S. 93 ff.
- HEGNAUER CYRIL, Das Kantons- und Gemeindebürgerrecht der Ehefrau im neuen Eherecht, ZBl 88 (1987), S. 249–257.
- Das Bürgerrecht der Ehefrau im neuen Eherecht, ZZW 1981, S. 245 ff.
- Welche Bürgerrechte erhält eine Schweizerin bei der Wiederverheiratung mit einem Schweizer?, ZZW 1989, S. 65 ff.
- Zum Allianznamen der verheirateten Rechtsanwältin und Notarin, ZZW 58/90, S. 100 ff. (zit. *ZZW 58/90*).
- Sind die Behörden zum Gebrauch des Doppelnamens gemäss Art. 160 Abs. 2 ZGB verpflichtet?, ZZW 1990, S. 289 ff.
- Zum amtlichen Gebrauch des Allianznamens, ZZW 1991, S. 271 ff. (zit. *Allianznamen*).

- HELD THOMAS/LEVY RENÉ, Die Stellung der Frau in Familie und Gesellschaft. Eine soziologische Analyse am Beispiel der Schweiz, Frauenfeld/Stuttgart 1974.
- HENNEBERGER FRED/OBERHOLZER KARIN/ZAJITSCHKE SUSANNE, Lohndiskriminierung und Arbeitsbewertung. Ein Beitrag zur Gleichstellungsdiskussion in der Schweiz, Basel 1997.
- HENNEBERGER FRED/SOUSA-POZA ALFONSO, Lohnunterschiede und Geschlechterdiskriminierung, ZBJV 1998, S. 712 ff.
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch (zit. *BSK-AutorIn*).
- HÖPFLIGER FRANÇOIS, Frauen im Alter – Alter der Frauen, ein Forschungs-dossier, NFP 32, 1994.
- HORT MICHEL, L'égalité des droits entre hommes et femmes dans l'AVS, Schweiz. Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge 31/1987, S. 225 ff.
- HUNGERBÜHLER SAVARY RUTH, Entwicklung und Wandel der Lebensformen, in: EIDG. KOMMISSION FÜR FRAUENFRAGEN (Hrsg.), Viel erreicht – wenig verändert? Situation der Frauen in der Schweiz, 1995, S. 73 ff., 78.
- KÄGI WERNER, Der Anspruch der Schweizerfrau auf politische Gleichberechtigung. Ein Gutachten, Zürich 1956.
- KÄGI-DIENER REGULA, Die öffentliche Dienstpflicht – Chance der Gleichberechtigung, in: KATHRIN KLETT/DANIELLE YERSIN (Hrsg.), Die Gleichstellung von Frau und Mann als rechtspolitischer Auftrag, Festschrift für Margrith Bigler-Eggenberger, Basel/Frankfurt a.M. 1993, S. 129 ff.
- KATZ CHRISTIAN/BAITSCH CHRISTOF, Lohngleichheit für die Praxis. Zwei Instrumente zur geschlechtsunabhängigen Arbeitsbewertung, Zürich 1996.
- KAUFMANN CLAUDIA, Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Familie gemäss Art. 4 Abs. 2 BV, Diss. Basel 1985, Grusch 1985 (zit. *Gleichstellung*).
- Gleichberechtigung und Sonderrechte für die Frauen – (k)ein Widerspruch, in: KATHRIN KLETT/DANIELLE YERSIN (Hrsg.), Die Gleichstellung von Frau und Mann als rechtspolitischer Auftrag, Festschrift für Margrith Bigler-Eggenberger, Basel/Frankfurt a.M. 1993, S. 157 ff. (zit. *Sonderrechte*).
- Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann, AJP 1993, S. 1349 ff. (zit. *GLG*).
- Lohngleichheit für Frau und Mann, in: EIDG. KOMMISSION FÜR FRAUENFRAGEN (Hrsg.), Viel erreicht – wenig verändert?, Bern 1995, S. 145 ff. (zit. *Lohn-gleichheit*).
- Hintergrund und Entstehung des Gleichstellungsgesetzes, in: MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER/CLAUDIA KAUFMANN, Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Basel/Frankfurt a.M. 1997 (zit. *Entstehung GLG*).
- KESSI CHRISTINE, Wie im Namen der Gleichberechtigung neue Ungleichbehandlungen eingeführt werden – das Beispiel Feuerwehr, in F-Frauenfragen 2–3/97, S. 58 ff.
- KLEINLOGEL GUDRUN, Efficacité des bonifications de l'AVS, Sécurité sociale 2/1999, S. 63 ff.

- KLETT KATHRIN, Schutz vor Rachekündigungen, in: IVO SCHWANDER/RENÉ SCHAFFHAUSER (Hrsg.), Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann, St. Gallen 1996, S. 161 ff.
- Der Gleichheitssatz im Steuerrecht, ZSR 1992 II S. 129 ff. (zit. *ZSR 1992 II*).
- Richtigerliche Prüfungspflicht und Beweislast erleichterung, AJP 2001, S. 1293 ff. (zit. *AJP 2001*).
- KNAPP BLAISE, Le mariage aux fins de l'acquisition du droit de cité suisse, ZZW 1981, S. 331 ff.
- KOHLER NATHALIE, La situation de la femme mariée dans l'AVS, Diss. Lausanne 1986.
- KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1998.
- KOLLER THOMAS, Die eidgenössische Alters- und Hinterlassenenversicherung im Verhältnis zum schweizerischen Eherecht. Eine Darstellung der Entwicklung von Gesetzgebung und Praxis in den Jahren 1948–1982, Diss. Bern 1983 (zit. *AHV*).
- AHV und Eherecht – Standortbestimmung und Ausblick, ZBJV 1985, S. 305 ff. (zit. *AHV und Eherecht*).
- Praktische Aspekte bei der Berücksichtigung von sozialversicherungsrechtlichen Anwartschaftsverlusten in der Ehescheidung, Sonderdruck aus ZBJV 1992, S. 345 ff.
- Besprechung zu BGE vom 26. I. 1994 i.S. B. c. AHV-AK des Kantons Waadt, AJP 1994, S. 1193 ff.
- KOMMENTAR ZUR Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Basel, Bern, Zürich (zit. *AutorIn in BV-Kommentar*).
- KRUMENACHER IRIS, Lohnunterschiede zwischen Frau und Mann, Auswertung von Daten aus dem Kanton Genf, Volkswirtschaft 4/1993, S. 37 ff.
- LAMPRECHT M./STAMM H., Soziale Ungleichheit im Bildungswesen, Bern 1996.
- LANGENFELD CHRISTINE, Die Gleichbehandlung von Mann und Frau im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Baden-Baden 1990.
- LAUTERBURG MARGARETA/LISCHETTI BARBARA/AESCHBACHER MONIQUE, Durchs Netz gefallen, Schriftenreihe der SGGP Nr. 34, Muri/Schweiz 1994.
- LEUBA AUDREY, La répartition traditionnelle des tâches entre les conjoints au regard du principe de l'égalité entre hommes et femmes, Diss. Neuenburg 1997.
- LEU ROBERT E./BURRI STEFAN/PRIESTER TOM, Lebensqualität und Armut in der Schweiz, Bern 1997 (NFP 17/98, Aspekte der Sozialen Sicherheit). Kurzfassung in Soziale Sicherheit 5/1998, S. 278 f.
- LEUCH-REINECK ANNIE, Die Frauenbewegung in der Schweiz, ihr Werden, Wirken, Wollen, Frau und Recht, Zürich/Leipzig 1959.
- LEUZINGER-NAEF SUSANNE, Heutige Mängel der beruflichen Vorsorge (insb. BVG) im Hinblick auf die Gleichstellung von Frau und Mann, F-Frauenfragen 1988, S. 2 ff., 14.
- Sozialversicherungsrechtliche Probleme flexibilisierter Arbeitsverhältnisse, in: ERWIN MURER (Hrsg.), Freiburger Sozialrechtstag 1996, Neue Erwerbsformen – veraltetes Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, Bern 1996 (zit. *Flexibilisierte Arbeitsverhältnisse*).

- Die Verpflichtung der privaten Sozialversicherungsträgerinnen aus Art. 4 Abs. 2 BV, AJP 1993, S. 1364 ff. (*zit. Verpflichtung*).
- Besprechung des Entscheides des EVG vom 16.7.1993 (Rückwirkender Anspruch auf Witwerrente?), AJP 1994, S. 377 ff. (*zit. AJP 1994*).
- LEY KATHARINA, Illusion Gerechtigkeit? Ein Plädoyer für eine Anerkennung, in: KATHRIN KLETT/DANIELLE YERSIN (Hrsg.), Die Gleichstellung von Frau und Mann als rechtspolitischer Auftrag, Festschrift für Margrith Bigler-Eggenberger, Basel/Frankfurt a.M. 1993, S. 205 ff.
- LITTMANN-WERNLI S., Auswirkungen eines Diskriminierungsverbots und eines verstärkten Kündigungsschutzes, Gesetzgebung heute, 1992/2, S. 31 ff.
- LOCHER THOMAS, Nahtstellen zwischen Scheidungs- und Sozialversicherungsrecht, ZBJV 127/1991, S. 349 ff.
- LÜCHINGER ADOLF/GEISER THOMAS, Basler Kommentar zum Scheidungsrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1996.
- MAHRER ISABELL, Frauen in der Berufswelt, in: STABSSTELLE FÜR FRAUENFRAGEN IM EIDG. PERSONALAMT in Zusammenarbeit mit EidG. BÜRO FÜR GLEICHSTELLUNG (Hrsg.), Dokumentation zur Tagung vom 14.6.1991 (Frauenstreik), S. 43 ff. (*zit. Frauen in der Berufswelt*).
- Zum Problem der Gleichwertigkeit der Arbeit im Sinne von Art. 4 Abs. 2 Satz 3 BV, Überlegungen zu BGE 113 Ia 107 ff., SJZ 1989, S. 37 ff. (*zit. SJZ 1989*).
- Gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit, Schweiz. Kaufmännischer Verband, Zürich o.J.
- Die Sonderschutzvorschriften für weibliche Arbeitnehmer in der Schweiz gemäss Arbeitsgesetz vom 13. März 1964 und den dazu gehörenden Verordnungen, Bericht der EidG. Kommission für Frauenfragen, Bern 1985.
- MANTOVANI VÖGELI LINDA, Zum Stand der Gleichberechtigung in der Schule, in: EidG. KOMMISSION FÜR FRAUENFRAGEN (Hrsg.), Viel erreicht – wenig verändert?, Bern 1995, S. 103 ff.
- MANTOVANI VÖGELI LINDA/BRANDER STEFANIE/GOLL CHRISTINE, Bildung – Forschung – Wissenschaft, in: EidG. KOMMISSION FÜR FRAUENFRAGEN (Hrsg.), Viel erreicht – wenig verändert?, Bern 1995, S. 113 ff.
- MARTENET VINCENT, L'égalité de rémunération dans la fonction publique, AJP 1997, S. 825 ff.
- MATEFI GABRIELLA, Urteilsbemerkungen zu den Entscheiden vom 5.10.1999 i.S. R. St. et al. und VPOD c. Stadt Zürich/VerwG resp. Stadt Zürich c. R. St. et al., VPOD und VGer Zürich, in AJP 2000, S. 1004 ff. (*zit. AJP 2000*).
- Urteilsbemerkungen zum BGE vom 28.6.1999 i.S. Staat Solothurn c. B. und VGer Solothurn in AJP 2000, S. 337 ff. (*zit. AJP 2000*).
- Marktlohn und Ausbildungskosten: Sachliche Gründe für die Rechtfertigung von Lohnunterschieden, AJP 2001, S. 1319 ff. (*zit. AJP 2001*).
- MERZ MICHAELA, Lohnt es sich für Schweizer Frauen, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen? Auswirkungen institutioneller Rahmenbedingungen auf die Entscheidung zwischen Familie und Beruf, Zürich 1996.
- MESMER BEATRIX, Ausgeklammert – eingeklammert. Frauen und Frauenorganisationen in der Schweiz des 19. Jahrhunderts, Basel/Frankfurt a.M. 1988.

- MEYER-BLASER ULRICH, Bundesgesetz über die Invalidenversicherung, in: ERWIN MURER/HANS-ULRICH STAUFFER (Hrsg.), Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Zürich 1997.
- Die Bedeutung von Art. 4 Bundesverfassung für das Sozialversicherungsrecht, ZSR 1992, S. 330 ff. (*zit. Bedeutung*).
- MORAND CHARLES-ALBERT (Hrsg.), L'égalité entre hommes et femmes: bilan et perspectives, Séminaire de 3^e cycle de droit en Valais 1986 (i.e. 1987, à Martigny, du 7 au 9 mai), Collection juridique romande, Etudes et pratique, Lausanne 1988.
- MOSIMANN HANS-JAKOB, Bemerkungen zu BGE 125 V 146, AJP 2000, S. 213 ff.
- MÜLLER GEORG, Rechtsgleichheit: Kommentar zu Art. 4 BV, Überarbeitung 1995, Zürich/Bern 1995.
- Gleichbehandlung der Geschlechter und Vertragsfreiheit bei der Bemessung der Prämien für Krankenversicherungen, in: FS Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen 1998, S. 627 ff. (*zit. Vertragsfreiheit*).
- MÜLLER JÖRG P., Soziale Grundrechte in der Verfassung?, 2. A., Basel/Frankfurt a.M. 1981 (*zit. Soziale Grundrechte*).
- Grundrechte in der Schweiz im Rahmen der BV von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK, 3. A., Bern 1999 (*zit. Grundrechte*).
- Verfassung und Gesetz: Zur Aktualität von Art. 1 Abs. 2 ZGB, Sondernummer recht 2000, S. 119 ff. (*zit. recht 2000*).
- Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 BV, in: ULRICH ZIMMERLI (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung, Bern 2000 (*zit. Die Diskriminierungsverbote*).
- MÜLLER JÖRG P./MÜLLER STEFAN, Grundrechte – Besonderer Teil, 2. A., Bern 1991.
- MÜLLER STEFAN, Die Bedeutung von Art. 4 BV bei der Besetzung öffentlicher Stellen, Diss. Bern 1981.
- NIQUILLE-EBERLE MARTHA, Lohngleichheit in der Praxis – insb. zur Bedeutung unterschiedlicher Marktverhältnisse, ZBJV 137/2001.
- OELERS STEPHAN, Das Benachteiligungsverbot für Teilzeit-Beschäftigte, Köln 1988.
- PANCHAUD CORINNE, Rechtliche Bestimmungen im Erwerbsleben, in: EidG. KOMMISSION FÜR FRAUENFRAGEN (Hrsg.), Viel erreicht – wenig verändert?, 1995, S. 149.
- PERRIN JEAN FRANÇOIS, La méthode du minimum vital, Sonderdruck aus Sem-Jud 1993, Genf 1993 (*zit. Minimum vital*).
- La détermination des contributions alimentaires dans les situations de surendettement, in: Familie und Recht, FS Bernhard Schnyder, Freiburg 1995, S. 531 ff.
- PESTALOZZI-SEEGER GEORGES, Die Benachteiligung von Frauen bei der praktischen Anwendung des IVG. Bericht zu Hd. der Eidgenössischen Kommission für Frauenfragen, Mai 1990, in: Vorschläge der Eidgenössischen Kommission für Frauenfragen im Hinblick auf die Revision der Invalidenversicherung.

- PIFFNER RAUBER BRIGITTE, Bewertung von Haus- und Familienarbeit, AJP 1993, S. 1391 ff.
- PISTER BEATRICE, Besprechung zu BGE 108 Ia 22, recht 1983, S. 68 ff.
- PFITZMANN H.-J., Die Arbeitslosenversicherung gestern, heute und morgen, Soziale Sicherheit 5/1996, S. 254 ff.
- PLATZER PETER, Gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit, SJZ 1984, S. 302 f.
- POLEDNA THOMAS, Die Wahl- und Repräsentationsgleichheit als Vorläuferin der Geschlechtergleichstellung, F-Frauenfragen 1/98, S. 7 ff.
- Geschlechterquoten im Wahl- und Parlamentsrecht, in: KATHRIN ARIOLI (Hrsg.), Frauenförderung durch Quoten, Neue Literatur zum Recht, Basel/Frankfurt a.M. 1997, S. 135 ff.
- REICHENAU CHRISTOPH, Frauen und Männer: Fakten – Perspektiven – Utopien, Bericht der Eidg. Kommission für Frauenfragen, Bern 1987.
- REUSSER RUTH, Die Auswirkungen des neuen Ehe- und Erbrechts auf AHV/IV, ZAK 1987, S. 314 ff.
- Eherechtliche Aufgabenteilung im Lichte der frauenpolitischen Forderung nach Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit, in: FS Bernhard Schnyder, Freiburg 1995, S. 539 ff.
- RHINOW RENÉ, Die Bundesverfassung 2000, Basel 2001.
- RIEMER-KAFKA GABRIELA, Die Gleichstellung von Mann und Frau in der schweiz. Sozialversicherung, Zeitschrift für Sozialversicherung und Berufliche Vorsorge, 35/1991, S. 225 ff., 291 ff.
- RIEMER-KAFKA GABRIELA/KIESER UELI, Einige Bemerkungen zu einem Urteil des Europ. Gerichtshofs für Menschenrechte, Urteil vom 24.6.1993 i.S. Schuler-Zraggen c. Suisse, SZS 1994, S. 24 ff.
- RIES ANDREA, Zeitkünstlerinnen – statistische Hintergedanken zu Frauenerwerbsarbeit, Bundesamt für Statistik, SAKE-News Nr. 92/2.
- VON ROTEN IRIS, Frauen im Laufgitter, 3. A., Zürich/Dortmund 1991.
- ROUX PATRICIA/PERRIN VALÉRIE/MODACH MARIANNE/VONTAT BERNARD, Couple et égalité: un ménage impossible, Lausanne 1999.
- RUCKSTUHL LOTTI, Frauen sprengen Fesseln. Hindernislauf zum Frauenstimmrecht in der Schweiz, Bonstetten 1986 (zit. *Fesseln*).
- Die Schweizer Frau – ein Chamäleon? Vom Wechsel ihres Namens und Bürgerrechts, Benglen 1976 (zit. *Chamäleon*).
- RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Ausgewählte Gerichtsentscheide aus dem Sozialversicherungsrecht im Zusammenhang mit Teilzeitarbeitsverhältnissen, in: ERWIN MURER (Hrsg.), Freiburger Sozialrechtstag 1996, Neue Erwerbsformen – veraltetes Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 1996, S. 187 ff.
- SANDOZ SUZETTE, L'inapplicable article 4 al. 2 de la Constitution fédérale, in: KATHRIN KLETT/DANIELLE YERSIN (Hrsg.), Die Gleichstellung von Frau und Mann als rechtspolitischer Auftrag, Festschrift für Margrith Bigler-Eggenberger, Basel/Frankfurt a.M. 1993, S. 301 ff.
- SAUTEBIN MARIE-THÉRÈSE, Berufslaufbahnen, in: EIDG. KOMMISSION FÜR FRAUENFRAGEN (Hrsg.), Viel erreicht – wenig verändert?, Bern 1995, S. 140 ff.
- SCHÄRER ROLAND, La révision de la loi sur la nationalité et l'adaptation consécutive des législations cantonales, ZZW 1989, S. 332 ff.

- SCHMID HANS, Gleicher und unterschiedlicher Lohn in der Praxis. – Ergebnisse einer empirischen Untersuchung. Seminar HSG – Weiterbildungsstufe. Die Gleichbehandlung von Mann und Frau. Auswirkungen auf Wirtschaft, Unternehmung und Recht, 18. Mai 1993.
- SCHMID GÖLDI RITA/SCHÜRER HANS UELI, Die Frau im Arbeitsrecht, Zürich 1996.
- SCHNEGG BRIGITTE/STALDER ANNE-MARIE, Zur Geschichte der Schweizerischen Frauenbewegung, in: Die Stellung der Frau in der Schweiz, Teilbericht IV der Eidg. Kommission für Frauenfragen, Bern 1984, S. 5 ff., 29 ff.
- SCHNYDER ERIKA, Le nouveau droit du divorce et la prévoyance professionnelle: aperçu des modifications légales, Sécurité sociale 6/1999, S. 308 ff.
- SCHULZ-BORCK HERMANN/HOFMANN EDGAR, Schadenersatz bei Ausfall von Hausfrauen und Müttern im Haushalt, Karlsruhe 1978/2000.
- SCHULZ PATRICIA, Effets et manques d'effets de l'art. 4 al. 2 BV, AJP 1993, S. 1313 ff. (zit. AJP 1993).
- Les valeurs dites masculines et féminines dans la production du droit en Suisse, in: MARTINE CHAPONNIÈRE/PATRICIA SCHULZ ET AL. (Hrsg.), Les valeurs dites féminines et masculines et leur impact sur la vie sociale et professionnelle des femmes, Genf 1993, S. 57 ff.
- Von einem diskriminierenden Recht zu einem Recht, mit dem Diskriminierung bekämpft werden kann, in: Differenz und Gleichheit in Theorie und Praxis des Rechts, Basel 1995, S. 65 ff.
- SCHUNTER-KLEEMANN SUSANNE, Auswirkungen des EG-Binnenrechtes auf die Stellung der Frauen in Arbeitsmarkt und Sozialpolitik, F-Frauenfragen 1/91, S. 19–25.
- SCHWANDER IVO, Schweizerische Bundesverfassung, Europäische Menschenrechtskonvention, UNO-Menschenrechtspakte und weitere internationale Konventionen zum Schutz der Menschenrechte, Zürich 1999.
- SCHWARZENBACH RUDOLF/WIRZ HANS GEROLD, BVG/BVV, Rechtsgrundlagen der beruflichen Vorsorge, Zürich BVG/BVV 1985.
- SCHWEIZER RAINER J., Bürgerrecht und Korporationen, ZZW 1989, S. 337 ff. (zit. ZZW 1989).
- Probleme der Gleichbehandlung der Geschlechter bei der Ausrichtung von Haushaltszulagen, Gutachten, ZBl 1992, S. 1 ff. (zit. ZBl 1992).
- SCHWENZER INGEBORG, Vom Status zur Realbeziehung. Familienrecht im Wandel, Freiburg i.Br. 1987 (zit. *Familienrecht*).
- Namensrecht im Überblick, FamRZ 1991, Heft 4, S. 390 ff. (zit. *Namensrecht*).
- Besprechung von BGE 117 II 523 = Pra 81 Nr. 109, AJP 1992, S. 906 ff. (zit. AJP 1992).
- Praxiskommentar Scheidungsrecht, Basel/Genf/München 2000 (zit. *Prax-Komm/Autor/in, Art. Rz.*).
- SIMITIS SPIROS ET AL., Kindeswohl. Eine interdisziplinäre Untersuchung über seine Verwirklichung in der vormundschaftlichen Praxis, Frankfurt a.M. 1979.
- STÄHELIN ADRIAN, Die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer im schweizerischen Arbeitsrecht, BJM 1982, S. 57 ff.

- STAMPE MICHÈLE, Das Verbot der indirekten Diskriminierung wegen des Geschlechts. Konzept/Tatbestand/Verfassungsrechtliche Zuordnung unter Berücksichtigung der amerikanischen und europäischen Rechtsprechung, Diss. Zürich 2001.
- STEIGER-SACKMANN SABINE, 5 Jahre Gleichstellungsgesetz – 5 Jahre Lohngleichheit?, AJP 2001, S. 1263 ff.
- STEINER OLIVIER, Das Verbot indirekter Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Erwerbsleben, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe 17: Privatrecht, Basel/Genf/München 1999, (*zit. Verbot*).
- Das Verbot der indirekten Lohndiskriminierung, AJP 2001, S. 1281 ff. (*zit. Lohndiskriminierung*).
- STRUB SILVIA/BAUER TOBIAS/EIDG. BÜRO FÜR DIE GLEICHSTELLUNG VON FRAU UND MANN, Fair-play at home. Wie ist die Arbeit zwischen den Geschlechtern verteilt?, Bern 2002.
- STURM GUDRUN, Das Kantons- und Gemeindebürgerrecht der Schweizerin, Festheft für Prof. Fritz Sturm, in: Das Standesamt, Z. f. das Standesamtswesen, Familienrecht etc., Frankfurt a./Main 1989, S. 191 ff.
- SUTTER THOMAS, Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit (Art. 4 Abs. 2 Satz 3 BV), recht 1986, S. 120 ff.
- TOBLER CHRISTA, Quoten und das Verständnis der Rechtsgleichheit der Geschlechter im schweizerischen Verfassungsrecht, unter vergleichender Berücksichtigung der EuGH-Entscheidung Kalanke, in: KATHRIN ARIOLI (Hrsg.), Frauenförderung durch Quoten, Basel/Frankfurt a.M. 1997 (*zit. Quoten*).
- Lohnnachforderungen und Quoten: Zwei wichtige Bundesgerichtsentscheide zur Rechtsgleichheit der Geschlechter (BGE 125 I 14 und 125 I 21), recht 1999, S. 144 ff. (*zit. recht 1999*).
- VISCHER-FREY RUTH, Die Staatsangehörigkeit der einen Ausländer heiratenden Schweizerin, ZBJV 1952, S. 89 ff.
- WALSER H., Gleichstellung von Mann und Frau, Akzente und Konsequenzen der Rechtssprechung, Schweiz. Arbeitgeberzeitung 1992, S. 386.
- WEBER-DÜRLER BEATRICE, Aktuelle Aspekte der Gleichberechtigung von Mann und Frau, ZBJV 1992, S. 357 ff., 371 ff. (*zit. Aktuelle Aspekte*).
- Chancengleichheit und Rechtsgleichheit, in: WALTER HALLER/GEORG MÜLLER/ALFRED KÖLZ/DANIEL THÜRER (Hrsg.), FS für Ulrich Haefelin, Zürich 1989, S. 205 ff. (*zit. FS Ulrich Haefelin*).
- Rechtsgleichheit, in: Verfassung der Schweiz, Zürich 2001, S. 657 ff. (*zit. Rechtsgleichheit*).
- Grenzen des Rechtsschutzes bei der Gleichberechtigung, in: KATHRIN KLETT/DANIELLE YERSIN (Hrsg.), Die Gleichstellung von Frau und Mann als rechtspolitischer Auftrag, Festschrift für Margrith Bigler-Eggenberger, Basel/Frankfurt a.M. 1993, S. 337–354 (*zit. Grenzen des Rechtsschutzes*).
- Auf dem Weg zur Gleichberechtigung von Mann und Frau – Erste Erfahrungen mit Art. 4 Abs. 2 BV, ZSR 1985, S. 1 ff. (*zit. Gleichberechtigung*).
- WILLI HANS U., Bundesverfassungsrecht: Entwicklung, Sonderheft ZSR, Basel 1990.

- WISSKIRCHEN GERLIND, Mittelbare Diskriminierung von Frauen im Erwerbsleben. Die Rechtssprechung des Bundesarbeitsgerichts, des Europ. Gerichtshofs und des U. S. Supreme Court, Berlin 1994.
- WOODTLI SUSANNA, Gleichberechtigung. Der Kampf um die politischen Rechte der Frau in der Schweiz, Frauenfeld 1975.
- ZIRELLI GENEVIÈVE, L'entretien d'un époux après le divorce, plädoyer 1999, S. 56 ff.

Materialienverzeichnis

- Botschaft des Bundesrates über die Volksinitiative «Gleiche Rechte von Mann und Frau» vom 14. November 1979, BBl 1980 I 69, Separatdruck 79.076 (zit. *Botschaft Gleiche Rechte*)
- Botschaft des Bundesrates über die Änderung des ZGB (Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht) vom 11. Juli 1979, BBl 1979 II 1191, Separatdruck 79.043 (zit. *Botschaft Eherecht*)
- Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz) und zum Bundesbeschluss über die Genehmigung einer Änderung der Verordnung über die Zuweisung der Ämter an die Departemente und der Dienste an die Bundeskanzlei vom 24. Februar 1993, BBl 1993 I 1248, Separatdruck 93.024 (zit. *Botschaft GLG*)
- Botschaft des Bundesrates betr. das Übereinkommen von 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frauen vom 23. August 1995, BBl 1995 IV 901, Separatdruck 95.060 (zit. *Botschaft Übereinkommen Diskriminierung*)
- Botschaft des Bundesrates vom 30. Januar 1991 betr. den Beitritt zu den beiden internationalen Menschenrechtspakten von 1966 und zu einer Änderung des Bundesrechtspflegegesetzes, BBl 1991 I 1189, Separatdruck 91.004 (zit. *Botschaft Menschenrechtspakte*)
- Botschaft des Bundesrates betreffend den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen von 1989 über die Rechte des Kindes vom 29. Juni 1994, BBl 1994 V 1, Separatdruck 94.064 (zit. *Botschaft UNKRK*)
- Botschaft des Bundesrates über die Änderung des ZGB (Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützung, Heimstätten, Vormundschaft und Ehevermittlung) vom 15. November 1995, BBl 1996 I 1, Separatdruck 95.079 (zit. *Botschaft Scheidungsrecht*)
- Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden sowie über die direkte Bundessteuer vom 25. Mai 1983, BBl 1983 III 1, Separatdruck 83.043 (zit. *Botschaft Steuerharmonisierung*)
- Botschaft des Bundesrates über die zehnte Revision der Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 5. März 1990, BBl 1990 II 1
- Botschaft des Bundesrates über die Änderung des Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 2. Februar 1994, BBl 1994 II 157; Separatdruck 94.013 (zit. *Botschaft Arbeit*)
- Botschaft des Bundesrates zum Bundespersonalgesetz (BPG) vom 14. Dezember 1998, BBl 1999 II 1597
- Botschaft über die Teilrevision der Krankenversicherung vom 19. August 1991 und über die Revision der Krankenversicherung vom 6. November 1991, BBl 1991 IV 985, Separatdruck 91.071
- Botschaft des Bundesrates vom 26. August 1987 zur Änderung des Bürgerrechtsgesetzes (Gleichstellung von Mann und Frau, Bürgerrecht der Ehegat-

ten in national gemischten Ehen), BBl 1987 III 293, Separatdruck 87.055 (zit. *Botschaft Bürgerrechtsgesetz*)

Botschaft des Bundesrates zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4202

Bundesamt für Statistik:

- Die Bildungsmobilität in der Schweiz, Bern 1997
- Die lernende Gesellschaft – ein Mythos?, Bern 1996
- Eidg. Volkszählung 1990: Berufliche Gleichstellung – ein Mythos? (bearbeitet von MARIA CHARLES, Geschlechtersegregation in der schweiz. Berufswelt)
- Maturitäten, Bern 1997
- Monetäre Bewertung der unbezahlten Arbeit, Bern 1999
- Unbezahlt – aber trotzdem Arbeit, Zeitaufwand für Haus- und Familienarbeit, Ehrenamt, Freiwilligenarbeit und Nachbarschaftshilfe, Neuchâtel 1999

Bundesamt für Sozialversicherung, Katalog der anstehenden Revisionspunkte, S. 66–71

Eidg. Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann:

- Arbeitsbewertung und Lohndiskriminierung von Frauen, Bern 1991
- Auf Bäume klettern können wir auch ganz alleine, Bern 1992
- Darfs auch eine Frau sein?, Bern 1991
- Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit, Bern 1992
- Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz, Bern 1993
- Wegleitung zur Verwirklichung des Lohngleichheitsanspruches, Bern 1992

Eidg. Justiz- und Polizeidepartement:

- Das Bürgerrecht der Schweizerin nach ihrer Heirat mit einem Ausländer, ZZW 1942, S. 192 ff.
- Schlussbericht der vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement eingesetzten Arbeitsgruppe «Lohnleichheit», Bern 1988

Eidg. Kommission für Frauenfragen:

- Auswirkungen von Deregulierungsmassnahmen auf Frauen. Eine Bibliographie mit Kommentaren und Zusammenfassungen, Bern 1997
- Bericht über die Revision der Scheidung in der Schweiz, F-Frauenfragen 2/87
- Die Folgen der Rezession für die Frau, 1976
- Frauen Macht Geschichte. Frauen- und gleichstellungspolitische Ereignisse in der Schweiz 1848–1998, 2. unv. A., Bern 1999
- Frauen und Gesundheit, Bericht NFP Nr. 8, F-Frauenfragen 3/85
- Juristische Auswirkungen des neuen Eherechts, 1991
- Stellung der Frau in der Schweiz, vier Teilberichte, 1979–1984
- Strafvollzug an Frauen, 1978
- Vernehmlassung zum VE über die Änderung des ZGB betr. Familiennamen der Ehegatten, F-Frauenfragen 2–3/97
- Viel erreicht – wenig verändert? Zur Situation der Frauen in der Schweiz, Bern 1995
- Vorschläge für eine Gleichstellung der Frauen in der IV, F-Frauenfragen 2/90

- Vorschläge für ein künftiges BVG, F-Frauenfragen 3/88, S. 30–41
- Vorschläge für die 10. AHV-Revision, F-Frauenfragen 1/88, S. 46 ff.

Entschliessung des EU-Rates vom 12. Juli 1982 zur Förderung der Chancengleichheit der Frauen

Empfehlung des EU-Rates vom 13. Dezember 1984 zur Förderung positiver Massnahmen für Frauen

2. Entschliessung des EU-Rates vom 24. Juli 1986 zur Förderung der Chancengleichheit der Frauen

Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 11. Februar 1981, 17. Januar 1984, 13. Mai 1986 und 16. September 1988 betr. Positive Massnahmen zugunsten von Frauen

Nationales Forschungsprogramm 35: Bulletin 2: Frauen in Recht und Gesellschaft – Wege zur Gleichstellung, Januar 1996, Bern; Bulletin 3: Femmes, droit et société, August 1997, Bern

Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABl	Amtsblatt
Abs.	Absatz
aBV	alte Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AJP	Aktuelle Juristische Praxis, Publikationsorgan der Schweizerischen Richtervereinigung, St. Gallen
a.M.	anderer Meinung, am Main
AmtlBull	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen (Eidgenössische Gesetzessammlung)
ASA	Archiv für schweizerisches Abgaberecht
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band
BG	Bundesgesetz
BGE	Bundesgerichtsentscheid/Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung
BGer	Bundesgericht
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BK	Berner Kommentar
BR	Bundesrat
BSK	(Basler) Kommentar zum schweizerischen Privatrecht
Bst.	Buchstabe
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. Dezember 1998, SR 101
BVG	Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982, SR 831.40
BVO	Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer vom 6. Oktober 1986, SR 823.21
BVV	Verordnung zum BVG
BWA	Bundesamt für Wirtschaft und Arbeit
bzw.	beziehungsweise
c.	contra, gegen
ders.	derselbe
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
DTA	Droit du travail et assurance-chômage
E.	Erwägung

EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
eidg.	eidgenössisch
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention) vom 4. November 1950, SR 0.101
et al.	et alii, und andere
etc.	et cetera
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht: Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht
EVG	Eidgenössisches Versicherungsgericht
evtl.	eventuell
f./ff.	folgende/fortfolgende
FN	Fussnote
FS	Festschrift
GlG	Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz) vom 24. März 1995, SR 151
gl.M.	gleicher Meinung
Hrsg.	Herausgeber/in
i.d.R.	in der Regel
insb.	insbesondere
i.S.	in Sachen
IV	Eidg. Invalidenversicherung
i.V.m.	in Verbindung mit
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts
KV	Kantonsverfassung
lit.	litera
m.(w.) Hinw.	mit (weiteren) Hinweisen
NFP	Nationales Forschungsprogramm
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
o.J.	ohne Jahrgang
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220
Pra	Die Praxis des Bundesgerichts, EVG und EGMR
publ.	publiziert
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
recht	recht, Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
Rz.	Randziffer(n)
S.	Seite
SBVR	Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht
SchlT	Schlusstitel
SemJud	Semaine judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
Slg.	Sammlung

SPR	Schweizerisches Privatrecht
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StR	Ständerat
SVR	Sozialversicherungsrecht
SZS	Schweiz. Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge
Tadm.	Tribunal administratif
Tamm	Tribunale amministrativo
UNO	Organisation der Vereinten Nationen
unv.	unverändert(e)
usw.	und so weiter
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986, SR 241
VGer	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
VSIV	Veröffentlichungen des schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Hochschule St. Gallen
ZAK	Zeitschrift für die Ausgleichskassen der AHV
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung (Jg. 1 (1900/1901) bis Bd. 89 (1988))
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, (ab Bd. 90 (1989))
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
Ziff.	Ziffer(n)
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
z.T.	zum Teil
zu Hd.	zu Handen
ZZW (ZZStW)	Zeitschrift für Zivilstandswesen

«Ich wünsche mir eine sehende Justitia, die Gleichheit von Verschiedenem wägt, Gleichheit ohne Angleichung herstellt, wissend, dass es eine universale, objektive Gerechtigkeit nicht gibt.»

KATHARINA LEY¹

Einleitung

Diese Arbeit handelt von der wohl bedeutendsten und folgenreichsten 1
Verfassungsbestimmung, die in der etwas über 150-jährigen Geschichte der Schweizerischen Eidgenossenschaft in einer Abstimmung von Volk und Ständen akzeptiert worden ist. Art. 4 Abs. 2 in der alten und Art. 8 Abs. 3 BV in der neuen Fassung hat mit seinen Grundsätzen, dass Frau und Mann gleichberechtigt sind, dass für ihre rechtliche und tatsächliche Gleichstellung insbesondere in Ausbildung, Familie und Arbeit zu sorgen ist, und dass Frau und Mann gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit erhalten sollen, die Gesetzgebung gefordert und der Rechtsprechung schwierige Probleme auferlegt. Die Folge waren teilweise tiefgreifende Veränderungen im gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Leben, die für die Lebensgestaltung der Frauen bedeutsam sind und auch – wenn auch erst in Einzelfällen – für Männer die Chance anderer Lebensmöglichkeiten nach sich gezogen haben. Die Auswirkungen des Gleichstellungssatzes der Bundesverfassung werden freilich erst allmählich sichtbar.

Die rechtliche Gleichstellung von Frauen und Männern, die 1833 mit 2
der Frage begann, ob denn «Weiber auch Menschen» seien,² war und ist schwer zu verwirklichen. Die Tatsache, dass die eine Hälfte der Bevölkerung zwar seit 1971 nicht mehr von den demokratischen Mitwirkungs- und Mitgestaltungsrechten ausgeschlossen ist und dass Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 BV der eigenen Entwicklung und persönlichen Entfaltung der Frauen gerade in beruflicher Hinsicht neue und breitere Möglichkeiten verschafft, vermag nicht darüber hinwegzutäuschen, dass tief wurzelnde soziale Vorstellungen über die den beiden Geschlechtern zustehenden Aufgaben, auch Vorurteile und Ängste vor

¹ LEY, S. 217.

² MESMER, S. 4.

Veränderungen, nach wie vor einer materiellen, sich im Alltag auswirkenden Gleichstellung von Frauen mit Männern entgegenstehen.

- 3 Es war der Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg vorbehalten, die rechtliche Gleichstellung von Frauen und Männern, die bereits im Zeitalter des frühen Liberalismus des 18. und 19. Jahrhunderts ein Thema war, voranzubringen. Allerdings waren viel Zeit, Einsatz, Beharrungsvermögen und Überzeugungskraft vonnöten. Immerhin: Die Frauen erhielten in eidgenössischen Angelegenheiten im Jahre 1971, in ein paar Kantonen der französischen Schweiz bereits 1959/1960, das Recht zur aktiven Mitbeteiligung und Mitbestimmung im Staat. Aber Diskriminierungen vielfältigster Art, in Schule und Ausbildung wie auch im Arbeits- und Familienleben, blieben und bleiben teilweise erhalten. Die Lebens- und Berufslaufbahnen von Mann und Frau folgen nach wie vor unterschiedlichen, tief verinnerlichten Vorstellungen. Diese Vorstellungen verhindern oder erschweren strukturelle Veränderungen in Gesellschaft und Wirtschaft, die eine bessere Verbindung zwischen Familienarbeit und Berufsarbeit herstellen könnten. Die berufliche Ausbildung vieler Frauen beschränkt sich noch zu sehr auf wirtschaftliche Bereiche, die zwar für ihre Tätigkeit als Familienfrau und Mutter wichtig erscheinen, auf dem Arbeitsmarkt jedoch unsicher geworden sind und wenig Anerkennung im Lohnbereich finden. Aufstiegsmöglichkeiten für Frauen stossen oft an Grenzen, wie sie Männern gegenüber kaum bestehen. Eine gleichberechtigte Verteilung von unbezahlter Familien- und bezahlter Berufsarbeit auf Männer und Frauen in Ehe und Familie bleibt – trotz einiger weniger Ansätze – frommer Wunsch. Dieses Postulat wird denn auch von Politik und Wirtschaft weitgehend abgelehnt. Die im Jahre 1988 im revidierten Ehegesetz verbriefte Partnerschaft zwischen den Ehegatten hat sich in der Praxis erst schüchtern und nur ansatzweise umzusetzen begonnen. Es scheint manchmal gar, als ob sich eine gewisse *Abwehrhaltung* gegenüber der Anerkennung von Gleichheit zwischen Männern und Frauen breit mache.

- 4 Die Realisierung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern hat seit jeher das *Bundesgericht* gefordert. Mit Blick auf die Bedächtigkeit der Gesetzgebung im Bund und in den Kantonen und auf die oft konservative, abwehrende Haltung der immer noch weitgehend männlich dominierten staatlichen und privaten Organe gerade in Fragen der Gleichstellung von Frau und Mann werden entsprechend hohe Erwartungen an die Rechtsprechung gestellt. Es stellt sich daher die Frage, wie sich die obersten Gerichte zum nunmehr 20-jährigen geschlechtsbezogenen Gleichheitsgebot stellen.

5 Im Vorfeld der Abstimmung über die Volksinitiative «Gleiche Rechte für Mann und Frau» von 1975/1981 ist von Gegner/innen dieser neuen Bestimmung behauptet worden, der allgemeine Gleichheitsartikel des Art. 4 Abs. 1 aBV genüge vollauf, um den Anliegen der Frauen auf diskriminierungsfreie Behandlung in Recht und Gesellschaft Rechnung zu tragen. Zu dieser Bestimmung besteht eine reichhaltige Gerichtspraxis. Ob und wie sie sich auf die Lebensgestaltung von Frauen und Männern ausgewirkt hat, soll in einem kurzen historischen Rückblick aufgezeigt werden. Es wird sich erweisen, dass sich vor 1981 viele Erwartungen an diesen allgemeinen Gleichheitssatz geknüpft haben, dass sie sich aber nicht oder erst nach vielen mühsamen Anläufen erfüllt haben (Kapitel 1). Angesichts dieser Erfahrungen erwies sich eine Ergänzung der Verfassung als notwendig, ja unumgänglich. In Kapitel 2 werden die Bedeutung, das Zusammenspiel der alten mit der neuen Bestimmung sowie die in der Rechtsprechung des Bundesgerichts daraus hergeleiteten Grundsätze aufgelistet. Das dritte Kapitel stellt die Rechtsprechung der obersten Gerichte zu den drei Sätzen des geschlechtsbezogenen Gleichheitsgebots anhand der publizierten und teilweise nichtpublizierten Entscheide zu dieser Verfassungsbestimmung von 1981 dar. Es wird schliesslich – im vierten und letzten Kapitel – unter frauenrechtlichen Gesichtspunkten aufzuzeigen sein, ob und allenfalls inwiefern sich der neue Artikel auf die rechtliche Stellung von Frauen – und Männern – ausgewirkt und ob er auch im Sinne der vom Verfassungsgrundsatz beabsichtigten Zielsetzung positive gesellschaftliche Veränderungen bewirkt hat.

6 Die Verfassung regelt im demokratischen Rechtsstaat das Verhältnis zwischen den staatlichen Organen und den kollektiven und individuellen Angehörigen des Staates. Die Art und Weise der Umsetzung und Konkretisierung ihrer Grundsätze und Werte durch Gesetzgebung und Gerichte wirken sich notwendigerweise auf das gesellschaftliche Zusammenleben mit allen seinen Spannungen und Möglichkeiten aus. Diesen Spannungen und Möglichkeiten im Zusammenleben nachzugehen, erweist sich als besonders faszinierend.

1. Kapitel: Der alte Art. 4 BV und die Rechtsprechung zur Geschlechtergleichheit vor 1981³

§ 1 Allgemeines

I. Der Grundsatz der Rechtsgleichheit von 1848/1874

Die erste Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft 7
enthielt in ihrem Art. 4 folgende Bestimmung:

«Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich. Es gibt in der Schweiz keine Untertanenverhältnisse, keine Vorrechte des Orts, der Geburt, der Familien oder Personen.»

Diese Bestimmung hatte ihre geistigen Wurzeln in der Naturrechtslehre, 8
in politischer und wirtschaftlicher Hinsicht in den Ereignissen und Veränderungen, welche die Französische Revolution auch in der Schweizerischen Eidgenossenschaft bewirkt hat.⁴ *Gleichheit und Freiheit aller Menschen*⁵ war die Idee.

Dem neuen Verfassungsstaat ging es darum, überlieferte Privilegien 9
(der männlichen Hälfte der Bevölkerung) und gesellschaftliche Unterschiede zwischen «Unten und Oben» sowie Land und Stadt abzubauen. Kantonalen Verfassungen, die das Gebot der Rechtsgleichheit gegenüber den verschiedenen – *männlichen* – Schichten nicht oder nicht durchwegs durchsetzten, wurde die Gewährleistung durch die Bundesversammlung verweigert. Das geschah beispielsweise 1856 mit der Verfassung des Kantons Basel-Stadt, welche den als Dienstboten tätigen Männern die aktiven politischen Rechte verweigern wollte. Ebenso wurde nicht akzeptiert, (*männliche*) Analphabeten von der Möglichkeit auszuschliessen, Referenden zu unterstützen oder die Ausübung

3 Nach Abschluss dieser Arbeit ist eine Dissertation von MANUEL ARROYO erschienen, welche ausführlich diesen Zeitabschnitt behandelt (Praxis des Bundesgerichts zur Gleichberechtigung von Frau und Mann (1848–1981), Basel/München/Genf 2002).

4 HAEFLIGER, S. 13 ff.

5 Vgl. JEAN-JACQUES ROUSSEAU und vor allem dessen «Contrat social», erschienen im Verlag Garnier-Flammarion, Paris 1966; auch CHARLES DE SECONDAT MONTESQUIEU, De l'esprit des lois, Oeuvres complètes, Gallimard 1951.

gewisser Ämter von einem bestimmten Vermögen abhängig zu machen.⁶

II. Und die Frauen?

10 Die *Frauen* blieben, entgegen der Bemühungen von Seiten einiger aufgeschlossener Männer⁷, von dieser liberalen Entwicklung ausgeschlossen. Im Namen der Rechtsgleichheit untersagte der Regierungsrat des Kantons Bern beispielsweise den «chefähigen», d.h. ledigen, vermögenden Frauen, in Gemeindeangelegenheiten, wenn auch nur indirekt über einen männlichen Vertreter, die auch ihnen zustehenden altüberlieferten Mitwirkungsrechte auszuüben. Zwar liess der allgemeine Wortlaut des Art. 4 aBV annehmen, Frauen seien von dieser Verfassungsbestimmung miterfasst. Der moderne liberale Verfassungsstaat verstand das Gleichheitsgebot jedoch eng. Die gesellschaftliche Überzeugung von der unterschiedlichen Funktion und Begabung von Männern und Frauen beruhte auf einem traditionell *patriarchalen Rollenverständnis*, dem streng nachgelebt wurde. Es hatte seinen Niederschlag in Recht und Gesetzgebung gefunden, und es hat bis in die jüngste Zeit praktisch alle gesellschaftlich-wirtschaftlichen Veränderungen überlebt.

11 Das *traditionelle Rollenverständnis* mit seiner klaren Zuordnung von Rechten und Pflichten auf Frauen und Männer bewirkte denn auch die Festschreibung tatsächlicher Ungleichbehandlungen der Geschlechter im Recht wie auch den Ausschluss der Frauen von einer Teilhabe an staatlicher Willensbildung. Gleichberechtigte Möglichkeiten zur Entfaltung der Persönlichkeit und *gleiche Chancen* in beruflicher und wirtschaftlicher Hinsicht waren für Frauen lange nicht oder nur mit Mühe und oft nur unter Inkaufnahme gesellschaftlicher Ächtung wahrzunehmen.

6 Vgl. MARIE BOEHLEN, *Kleine Geschichte des Frauenstimmrechts*, Bern 1954; SCHULZ, AJP 1993, S. 1316f.

7 MESMER, S. 4f. FN 1.

§ 2 Einige Bereiche offenkundiger Diskriminierung von Frauen nach 1874⁸

I. Gerichtliches Verständnis des Gleichbehandlungsgebots

Auch das Bundesgericht sah sich zunächst nicht veranlasst, «eine theoretische, ungeschriebene Gleichberechtigung in allen denkbaren Rechtsverhältnissen» anzuerkennen oder gar zu schaffen.⁹ Es verstand das Gleichheitsgebot, soweit es die Geschlechter betraf, in den ersten Jahrzehnten des neuen Bundesstaates sehr eng, wie die Gerichtsverfahren nach der ersten Revision der Bundesverfassung im Jahre 1874 zeigten.

1. Zulassung zum Beruf

Es verwundert nicht, dass sich das Bundesgericht bereits früh mit dem Anspruch auf gleiche Teilnahme der Frauen am *Berufsleben* zu befassen hatte. Bildung und berufliche Betätigung waren für viele Frauen des letzten Jahrhunderts in aller Regel eingeschränkt. Ihnen standen zunächst nur wenige, fast ausschliesslich auf häusliche Tätigkeiten bezogene, berufliche Ausbildungsmöglichkeiten – für Hausarbeit, Kochen, Garten, Pflege von Kindern und Sorge für sozial Randständige – zur Verfügung.

Erst die wirtschaftlichen, politischen und gesellschaftlichen Umwälzungen am Ende des 19. Jahrhunderts, die viele – nicht nur alleinstehende – Frauen zwangen, für ihren eigenen Lebensbedarf und teilweise auch für jenen ihrer Familie einem Erwerb nachzugehen, weckten allmählich das Verständnis für Ausbildungsmöglichkeiten mit einem etwas breiteren Spektrum. Erstaunlich war, dass ausgerechnet Universitäten sich relativ früh Frauen öffneten – 1867 in Zürich und ab 1870 allmählich in den andern Kantonen¹⁰ – und damit vor allem für Medizinerin-

8 Dem Jahr der Entstehung eines vollamtlichen Bundesgerichts mit strenger Gewaltentrennung.

9 Zitiert nach HAEFLIGER, S. 19, der seinerseits auf EDUARD HIS, *Geschichte des neuen schweizerischen Staatsrechts*, Bd. 3, Basel 1938, S. 498, verweist.

10 Vgl. VERENA STADLER-LABHART, *Das Frauenstudium an der Universität Zürich*; FRANZISKA ROGGER, *Der Doktorhut im Besenschränk. Das abenteuerliche Leben der ersten Studentinnen – am Beispiel der Universität Bern*, Bern 1999.

nen, wenn vorerst auch gegen den Widerstand männlicher Ärzte, die Ausübung einer selbständigen Berufstätigkeit möglich wurde. Trotzdem wurden junge Frauen nur allmählich – grundsätzlich erst in den 50er Jahren des 20. Jahrhunderts – in Knabengymnasien aufgenommen und ihnen damit ein gleicher Zugang zu höherer Bildung ermöglicht.

- 15 Mit dieser neuen Konkurrenz auf dem «gehobeneren» Arbeitsmarkt begannen auch die Probleme um die rechtliche Gleichstellung der Frauen. Wie heisst es doch so schön? «Als die erste Frau lesen lernte, entstand die Frauenfrage.»¹¹

2. Der Begriff der Rechtsgleichheit in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

- 16 Das Bundesgericht umschrieb im Jahre 1880 erstmals grundsätzlich den Begriff der *Rechtsgleichheit*. «Das Prinzip der Gleichheit vor dem Gesetze fordert ... gleiche Behandlung der Bürger nicht nur unter der Voraussetzung absolut gleicher tatsächlicher Verhältnisse, sondern es verlangt Gleichheit der Behandlung unter der Voraussetzung der Gleichheit aller erheblichen tatsächlichen Verhältnisse. Um eine Ungleichheit in der rechtlichen Behandlung der Bürger zu rechtfertigen, darf Verschiedenheit der Verhältnisse nicht in irgendwelchen, sondern muss in solchen tatsächlichen Momenten gegeben sein, welche nach anerkannten Grundsätzen der geltenden Rechts- und Staatsordnung für die Normierung gerade des bestimmten Rechtsgebietes, um welches es sich handelt, von Erheblichkeit sein können.»¹²

- 17 Diese komplizierte Umschreibung einer *relativen Rechtsgleichheit*, die sich weitgehend bis in die neueste Zeit erhalten hat,¹³ stellt somit stets auf die je gegebenen Anschauungen der massgebenden Kreise im Staat ab. Die Auffassung der herrschenden Schicht der Eidgenossenschaft entschied (und entscheidet) über die Frage, welche Unterschiede im Verhältnis von Frauen und Männern derart wesentlich sind, dass sie zu einer Ungleichbehandlung Anlass geben könnten oder gar müssten. Wird zu Unrecht eine solche in den Augen der massgebenden Kreise als erheblich betrachtete Verschiedenheit bejaht resp. verneint, wird das verfassungsmässige Prinzip der Gleichheit vor dem Gesetz verletzt.

11 Vgl. die deutsche Schriftstellerin und Dichterin MARIE EBNER VON ESCHENBACH (1830–1916), in «Aphorismen», Wien 1880.

12 BGE 6, 174.

13 Vgl. z.B. BGE 125 I 1 E. 2b/aa; 125 I 161 E. 3a; 125 I 173 E. 6b.

Doch nach der bis weit ins 20. Jahrhundert hinein gültigen Auffassung der «massgebenden Kreise», somit der männlichen Angehörigen der Mittel- und Oberschicht, war schon das Frausein als solches Grund für eine Ungleichbehandlung; ihnen oblag die Aufgabe, dem Hauswesen vorzustehen und allenfalls in – zunächst von Männern geleiteten – sozialen oder die Sittlichkeit fördernden Vereinen mitzuwirken. Berufsarbeit von ledigen oder geschiedenen Frauen wurde wohl oder übel geduldet, jene von verheirateten Frauen, auch wenn sie weitherum verbreitet war, war verpönt, ausser sie sei aus wirtschaftlichen Gründen nötig. Tätigkeit von Frauen in der Öffentlichkeit war nur akzeptiert, wo es um unentgeltliche Arbeit zugunsten sozial Benachteiligter ging oder wo allenfalls ein Bezug zur Familienarbeit (Pflege, Erziehung, Hausdienst, soziale Arbeit) bestand.

In diesem gesellschaftlichen und politischen Umfeld war denn auch zu verstehen, weshalb über lange Zeit die Rechtsgleichheitsbestimmung der Bundesverfassung zulasten der Frauen derart eng verstanden wurde. Der Versuch des Einbezugs von Frauen in ausschliesslich männliche Berufsdomänen, vor allem in solche mit ausgeprägt öffentlichem Charakter wie etwa dem Anwaltsberuf (ausgenommen war nur der der weiblichen Tätigkeit der Familiensorge und Kinderpflege verwandte Arztberuf), hatte demnach mit erheblichen Widerständen zu kämpfen.¹⁴

3. Verfassungsrechtlicher Einbezug der Frauen in den Begriff «Schweizer»

«Bürgerinnen» im politischen Sinne des Wortes gab es bis 1971 nicht. Frauen wurden aber in aller Regel im Begriff «Schweizer», der sich in verschiedenen verfassungsrechtlichen Bestimmungen findet, teilweise miteinbezogen. So etwa genossen in der jungen Eidgenossenschaft ledige Frauen in einzelnen Kantonen und nach Einführung des Familienrechts von 1907/1912 allgemein auf Bundesebene ein gewisses Mass an Handels- und Gewerbefreiheit i.S.v. Art. 31 aBV¹⁵, eine Freiheit, die gelegentlich auch Ehefrauen zugestanden wurde, sofern der Ehemann der Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit zustimmte. Ausserdem waren Frauen «Kantonsbürger» und «Schweizerbürger» i.S.v.

14 Vgl. z.B. MESMER, S. 58 ff., 78 ff.; WOODTLI, S. 24 ff.

15 Nunmehr Art. 27 BV. Zur frühen Praxis vgl. BGE 9, 166; 10, 542; 11, 195.

Art. 43 aBV¹⁶, allerdings nur so lange, als sie sich nicht mit einem Ausländer verheirateten oder versuchten, durch eine Heirat allfällige Einbürgerungsvorschriften des Heimatkantons des Ehemannes zu umgehen. Frauen waren steuerpflichtig; sie besaßen grundsätzlich auch das Recht der Niederlassung innerhalb der Schweiz (Art. 45 aBV¹⁷). Nach der Heirat hatten sie aber dem Ehemann an dessen Wohnsitz zu folgen. Den Frauen wurde zudem seit jeher die Vereinsfreiheit zugestanden.¹⁸

4. Erster Gleichstellungsprozess

- 20 Es war eine verheiratete Frau mit zwei Kindern, Emilie Kempin-Spyri, die sich den vollen Gehalt des Art. 4 aBV zunutze zu machen suchte. Diese Frau wollte am 24. November 1886 vor dem Bezirksgericht Zürich in Vertretung ihres Ehemannes den Prozess gegen die Vermieterin der ehelichen Wohnung führen. Das Gericht wies ihr Begehren zurück mit der Begründung, sie sei als Frau nicht zur Übernahme von Rechtsvertretungen berechtigt. Dazu wäre das Aktivbürgerrecht notwendig, das ihr jedoch nicht zustand.¹⁹
- 21 Emilie Kempin-Spyri wollte sich mit dieser Rechtslage nicht abfinden, die sie auf die gleiche Stufe wie Entmündigte und Kantonsfremde, von aussen Zugezogene stellte. Sie vertrat vor Bundesgericht die Auffassung, ihr stehe ein *umfassend verstandenes Recht auf Gleichbehandlung* zu. Dieser Grundsatz der Gleichbehandlung werde verletzt, wenn der Frau der Besitz des Aktivbürgerrechts abgesprochen werde aus dem einzigen Grund, weil sie «Schweizerbürger weiblichen Geschlechts» sei. Sie berief sich auf Art. 31 aBV (Handels- und Gewerbe-freiheit), Art. 43 aBV («Jeder Kantonsbürger ist Schweizerbürger»), Art. 45 aBV (Niederlassungsfreiheit) und Art. 56 aBV (Vereinsfreiheit). Alle diese Vorschriften bezögen sich seit jeher «in gleicher Weise auf Männer wie Frauen». Sogar Art. 18 aBV diene ihr als Argument: Es sei gar nicht gesagt – so die tatsächlich recht kühne Argumentation der Beschwerdeführerin – dass der in diesem Artikel niedergelegte

16 Nunmehr Art. 37f. BV. Zur alten Praxis vgl. BGE 60 I 67; 68 I 56; 108 Ib 392 E. 3.

17 Nunmehr Art. 24 BV.

18 Dieses Verfassungsrecht – heute Art. 22 BV (Versammlungsfreiheit) und Art. 23 (Vereinigungsfreiheit) – bereitete den Boden vor für das Interesse der Frauen an öffentlichen Fragen und damit des Kampfes um das aktive und passive Stimmrecht. Vgl. BÜHRIG/SCHMID-AFFOLTER, S. 104 ff.; LEUCH-REINECK, S. 10 ff., 36 ff.

19 Vgl. DELFOSSÉ; allgemein beispielsweise WOODTLI.

Grundsatz «Jeder Schweizer ist wehrpflichtig» nicht auch auf Frauen in der Art angewendet werden könnte, dass ein Teil des weiblichen Geschlechts zum Sanitätsdienst herangezogen und der übrige der Militärpflichtersatzsteuer²⁰ unterworfen würde.

Doch das Bundesgericht wollte sich dieser Auffassung nicht anschliessen.²¹ Die Kantone hätten die Kompetenz, die Voraussetzungen zur berufsmässigen Vertretung Dritter vor Gericht zu regeln. Art. 4 aBV postuliere keineswegs die volle rechtliche Gleichstellung der Geschlechter auf dem Gebiete des gesamten öffentlichen und privaten Rechts. Eine solche Folgerung aus der Verfassung würde allen Regeln *historischer Interpretation* widersprechen.

Das Bundesgericht unterliess es allerdings, auf diese – damals, 1887, noch näher bei seiner Entstehung liegende und daher einfacher zu interpretierende – geschichtliche Bedeutung des Gleichheitssatzes der Bundesverfassung einzugehen. Es hielt einfach fest²², Art. 4 aBV verbiete nicht schlechthin jede Verschiedenheit in der rechtlichen Behandlung einzelner Personenklassen, sondern nur Verschiedenheiten, die nach anerkannten Grundprinzipien der *Rechts-* und der *Staatsordnung* als innerlich unbegründet und ungerechtfertigt erschienen. Eine verschiedene rechtliche Behandlung der Geschlechter auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts, speziell mit Bezug auf das Recht der Betätigung im öffentlichen Leben, erscheine nun aber nach der *jedenfalls zur Zeit noch zweifellos herrschenden* Rechtsanschauung als «eine der inneren Begründung keineswegs entbehrende».

II. Erste Fortschritte

Im Entscheid Bamert aus dem Jahre 1914²³, in welchem es um den Ausschluss oder die Zulassung von Frauen zum Rechtsagentenberuf (Parteivertretung vor unteren Gerichtsinstanzen bis zu einem minimalen

20 Was übrigens während langer Zeit jedenfalls zum Teil für erwerbstätige Ehefrauen zutraf: Ihr Einkommen aus Berufstätigkeit wurde zur Berechnung des Militärpflichtersatzes ihres Ehemannes dessen Einkommen zugerechnet, vgl. Art. 13 WPEG; Botschaft Gleiche Rechte, S. 7.

21 BGE 13, 1.

22 Ähnlich wie in BGE 6, 174 aus dem Jahre 1880, wo es um die Tätigkeit einer Geschäftsagentin gegangen war, der ebenfalls die Berufsausübung untersagt werden sollte.

23 BGE 40 I 1.

Streitwert und im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht) ging, verneinte das Bundesgericht, dass an der im Entscheid Kempin-Spyri vertretenen Auffassung noch festgehalten werden könne. Nach dem Entscheid i.S. Kempin-Spyri hatten die meisten Kantone ihre Zulassungsvorschriften zur Advokatur zugunsten der Frauen geändert. Das Bundesgericht hielt daher fest, es rechtfertige sich – entgegen den st. gallischen Behörden – angesichts der veränderten Rechtslage nicht mehr, aus dem Entscheid von 1887 gegen eine berufliche Gleichstellung der Frauen generell und vor allem gegen ihren Einbezug in den Beruf eines Rechtsagenten Argumente herzuleiten – so die Notwendigkeit der Aktivbürgerrechte, welche den Frauen damals noch abgesprochen wurden –, um den Ausschluss von Frauen von der Rechtsagententätigkeit zu rechtfertigen. Wenn schon innerhalb des Kantons St. Gallen Frauen zum schwierigeren und verantwortungsvolleren Beruf des Anwaltes zugelassen seien, verlange das Prinzip der Gleichbehandlung selbstverständlich auch deren Zulassung zum Rechtsagentenberuf.

- 25 Einen – indirekten – Rückschritt hatten die Frauen allerdings ein paar Jahre später hinzunehmen. Die Kirchensynode des Kantons Zürich von 1921 hatte im Rahmen einer Änderung der Kirchenordnung beschlossen, Frauen zum Pfarramt zuzulassen. Der Regierungsrat des Kantons Zürich versagte jedoch dieser Änderung aus formalen Gründen die erforderliche Genehmigung. Vertreter der Kirchgemeinde Neumünster verlangten in der Folge die Aufhebung dieses Beschlusses mit der Begründung, eine solche Änderung der Kirchenordnung unterstehe nicht der Genehmigungspflicht durch den Regierungsrat, der einer Zulassung von Frauen zum Pfarrberuf feindlich gegenüberstand. Doch stützte sich das Bundesgericht auf seine Willkürpraxis und liess die angefochtene Verfügung des Regierungsrates als willkürfrei gelten. Es bewirkte damit indirekt, dass Theologinnen noch Jahrzehnte auf eine gleichberechtigte Zulassung zum Pfarramt warten mussten. Es meinte, Art. 4 aBV gebe keinen «Anspruch auf gesetzwidrige Gleichbehandlung»!²⁴

- 26 Einen klaren Schritt weiter tat das Bundesgericht im selben Jahr 1921 im Fall König²⁵: Es ging um die Frage, ob einer Ehefrau, die mit ihrem Mann in ungetrennter Ehe und Haushaltung lebte, ein *Wirtschaftspatent* zur Führung eines Restaurants verweigert werden dürfe.

24 BGE 47 I 484; vgl. auch HÄNNI, Bild der Frau, S. 237 ff.

25 BGE 47 I 150.

Das Bundesgericht erblickte in einer solchen kantonalen Regelung einen Widerspruch zu Art. 31 und 4 aBV. Die Begründung ist interessant: Zwar habe die Ehefrau den Haushalt zu führen, doch die *gegenwärtigen wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse* würden es geradezu notwendig machen, die Ehefrau zur selbständigen Ausübung der freien Erwerbstätigkeiten grundsätzlich zuzulassen. Das Recht müsse diesem Umstand Rechnung tragen, umso mehr, als die Ehefrau sich seit jeher im Wirtschaftsgewerbe betätigt habe, «weil dieses in der Regel mit der Führung des Haushaltes zusammengeht, und ... es für die Erfüllung dieser ihrer speziellen Aufgabe, der Leitung des Hauswesens» keinen Unterschied mache, ob sie als Angestellte ihres Mannes oder auf eigene Rechnung die Wirtschaft führe.

Im Fall Roeder von 1923, wo es – wie im Falle Kempin-Spyri – auch wieder um die Möglichkeit der Ausübung des Anwaltsberufs für Frauen ging, musste das Bundesgericht konsequenterweise gegenüber dem Kanton Freiburg, dem einzigen Kanton, in welchem noch 1923 Frauen die Zulassung zur Advokatur versagt war, gleichziehen. Das Bundesgericht betrachtete nunmehr gesetzliche Bestimmungen, die den Frauen die Zulassung zur Advokatur immer noch verweigerten, als *auf Vorurteilen beruhend* und nicht mehr in Übereinstimmung mit den vorherrschenden Grundprinzipien der Staats- und Rechtsordnung stehend.^{26, 27} Es gehe zur Hauptsache um Zulassung zu einem freien, unabhängigen Beruf, und Gründe für eine Ungleichbehandlung der Frauen gegenüber den Männern liessen sich nicht mehr finden. Die wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse hätten sich wesentlich verändert. Frauen seien nunmehr oft gezwungen, ihre Tätigkeiten auf Berufe, die früher den Männern vorbehalten waren, auszudehnen.²⁸ Dafür seien sie auch besser ausgebildet. Im Geschlecht selbst liege grundsätzlich kein ausreichendes Argument mehr, um den Frauen den Zugang zu einem bestimmten Beruf zu verweigern. Die Fähigkeit zur Ausübung gerade des

26 BGE 49 I 14 = Pra 12 Nr. 89. Interessant ist eine Aussage des Freiburger Regierungsrates in seiner Eingabe an das Bundesgericht: «le féminisme n'a pas encore triomphé», meinte er unter Hinweis auf die Notwendigkeit, für den Anwaltsberuf als «öffentliches Amt» müsse das Aktivbürgerrecht gefordert werden.

27 Das Bundesgericht verwies auf die BGE 30 I 28; 32 I 267; 32 I 638; 39 I 48; 40 I 43 E. 3; 42 I 277; 45 I 362.

28 Seit 1912 stand das eidg. Eherecht in Kraft, worin grundsätzlich eine freie Berufstätigkeit für Frauen vorgesehen war, unter Vorbehalt indessen der Zustimmung durch den Ehemann. Diese Bestimmung (Art. 167 Abs. 1 aZGB) blieb bis 1988 in Kraft.

Anwaltsberufs hänge von der Persönlichkeit und den intellektuellen und moralischen Qualitäten, jedoch nicht vom Geschlecht ab.²⁹

III. Über die Schwierigkeit, den Schweizerinnen zum Aktivbürgerrecht zu verhelfen

1. Ausgangslage

- 29 Ähnlichen Schwierigkeiten wie bei der Zulassung zu bestimmten Berufen begegneten Frauen beim Versuch, aktiv im Staat mitwirken zu dürfen.³⁰ Immer wieder stiessen sie sich am engen, nur beschränkt mit normativer Kraft ausgestatteten Verständnis des Art. 4 aBV. Versuche, diese Vorschrift allmählich zeitgemäss – und auch gegen den historischen Gesetzgeber – auszulegen, hatten allerdings keinen Erfolg. Den Bestrebungen von Frauen, die gleichberechtigte Mitwirkung im öffentlichen Bereich zu erhalten, die ins letzte Jahrhundert zurückreichen,³¹ wurde bis in die jüngste Zeit hinein³² entgegengehalten, den Frauen ginge die Eignung für diese «Männerdomäne» ab; sie sollten davor bewahrt werden, an «den manchmal ruppig geführten politischen Auseinandersetzungen» teilzunehmen. Ihnen sollten andere, «naturgegebene» Aufgaben vorbehalten bleiben, nämlich für Mann und Kinder im Hause zu sorgen. Von der Mitwirkung in der Öffentlichkeit sollten sie möglichst ausgeschlossen bleiben.

2. Frage der Neuinterpretation des Begriffs «Schweizer»

- 30 Die Motion Greulich zur Einführung des allgemeinen Stimm- und Wahlrechts vom 4. Dezember 1918³³ wurde als Postulat überwiesen.

²⁹ Inzwischen waren die Zulassungsbedingungen für Anwälte in verschiedenen Kantonen geändert worden: Zürich 1898, St. Gallen 1901, Basel-Stadt 1910, Genf 1911, Neuenburg 1914, stillschweigende Duldung von Frauen in den Kantonen Bern und Zug.

³⁰ BÜHRIG/SCHMID-AFFOLTER, S. 22 ff., 26, 43 ff., 60 ff.; LEUCH-REINECK, S. 40 ff., 50 ff.: Möglichkeiten etwa, in kirchlichen Belangen mitzuwirken, ebenso in der Armenpflege, der Kranken- und Gefangenenfürsorge oder sogar – ab 1911 – als Vertreterinnen ihres Berufs in gewerblichen Schiedsgerichten.

³¹ WERNER KÄGI, Der Anspruch der Schweizer Frau auf politische Gleichberechtigung, ein Gutachten z.Hd. des Bundesrates, Zürich 1956.

³² Vgl. RUCKSTUHL, Fesseln, insb. S. 256.

³³ Vgl. den Hinweis in RUCKSTUHL, Fesseln, S. 23.

Der Bundesrat hat ihm keine Folge gegeben. Nach diesem Vorstoss wurde versucht, über eine «zeitgemässe» Auslegung von Art. 74 und 4 aBV den Frauen zu den politischen Rechten zu verhelfen. Im Jahre 1923 gelangte eine Frau Lehmann³⁴ und wiederum 1928 eine Frau Unger³⁵ mit einer entsprechend begründeten staatsrechtlichen Beschwerde an das Bundesgericht. Doch das Bundesgericht stellte fest, mit Bezug auf das eidgenössische Recht meine der Ausdruck «Schweizer» in Art. 74 aBV nur *Schweizer männlichen Geschlechts*. Aus der – gerade angefochtenen! – Tatsache, dass bisher noch nie Frauen zu eidgenössischen Wahlen und Abstimmungen zugelassen, sondern nach *altem Gewohnheits- oder Gesetzesrecht* bis in die neueste Zeit hinein allgemein von der politischen Stimm- und Wahlberechtigung ausgeschlossen worden seien, schloss das Bundesgericht, es gehe nicht an, die unterschiedliche Behandlung von Frauen und Männern durch *Verfassungsauslegung* in den Kantonen oder im Bund zu beseitigen.

3. Vorgehen des Schweizerischen Verbandes für Frauenrechte

Vor allem der *Schweizerische Verband für Frauenstimmrecht* (heute Schweiz. Verband für Frauenrechte), gegründet 1909, begann, unkonventionellere Wege zu beschreiten. Obwohl die erwähnten Entscheide aus den Jahren 1923 und 1928³⁶ sich einem Versuch einer neuen, offeneren und vom Grundsatz der Gleichberechtigung von Frau und Mann ausgehenden Auslegung des Art. 4 aBV widersetzt hatten, schlug dieser Verband mit einer Eingabe diesmal an den Bundesrat am 25. November 1950 vor, wiederum *aufgrund einer zeit- und sinngemässen Auslegung von Art. 4 und 74 aBV* den Art. 10 des Bundesgesetzes betreffend Volksabstimmung über Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse vom 17. Juni 1874 in der Weise zu ergänzen, dass Frauen vorerst in eidgenössischen Angelegenheiten stimmberechtigt würden. Das hätte ihrer Ansicht nach einfach durch die Beifügung der Worte «ob Mann oder Frau» im zitierten Gesetz geschehen können. Man sah trotz der erwähnten bundesgerichtlichen Entscheide keinen Grund, in Art. 74 aBV als «Schweizerbürger» nur solche männlichen Geschlechts akzeptieren zu

³⁴ Nicht publ. BGE vom 14. 9. 1923.

³⁵ Nicht publ. BGE vom 21. 9. 1928.

³⁶ Vgl. HÄNNI, Bild der Frau, S. 238 f.; BGE vom 21. 9. 1928 i.S. Unger publ. in ZBI 1928(29), S. 489 ff.

müssen. Auch diesmal wurde damit argumentiert, in andern Bestimmungen der Verfassung würden unter «Schweizer» seit jeher ganz selbstverständlich auch die Schweizerinnen mitverstanden. Doch der Bundesrat lehnte dieses Ansinnen in seinem Bericht vom 2. Februar 1951 an die Bundesversammlung ab.

4. Beschwerde von Waadtländer Frauen

32 Im Jahre 1956 verlangten 1414 Frauen aus der Westschweiz³⁷ in ihren Kantonen die Eintragung in das Gemeinde- und kantonale Stimmregister und die Ausstellung von Stimmausweisen. Sie stützten sich – wie bereits 1887 Emilie Kempin-Spyri – auf ein anderes Verständnis von Art. 4 aBV. Als «Schweizer» im Sinne dieser Vorschrift seien endlich auch Frauen mitzumeinen. Die Weigerung der Regierung, eine solche Interpretation zu akzeptieren, zogen die Frauen mit staatsrechtlicher Beschwerde an das Bundesgericht weiter.

33 Doch das oberste Gericht vermochte sich der Argumentation der Frauen wiederum nicht anzuschliessen. Immerhin liess das Stimmenverhältnis der mitwirkenden Bundesrichter auf einen gewissen Wandel der überlieferten Denkweise schliessen. Nicht mehr einstimmig, sondern nur noch mit Mehrheitsentscheid, wies das Bundesgericht³⁸ am 26. Juni 1957 i.S. Quinche et cons. die Beschwerde ab, soweit darauf überhaupt einzutreten war.

34 Das Bundesgericht argumentierte vor allem mit formalen, auf den Grundsätzen der Gewaltentrennung beruhenden Überlegungen. Soweit nämlich den Frauen das von ihnen beanspruchte Recht verweigert werde, sie für eidgenössische Wahlen in das kantonale Stimmregister einzutragen, wäre der Bundesrat zur Behandlung der Beschwerde zuständig gewesen. Dieser hätte aber – so das Bundesgericht – ohnehin negativ entschieden. Es lehnte daher auch materiell die Beschwerde der Frauen aus der Romandie ab. Soweit es sich mit den aufgeworfenen Fragen überhaupt auseinandersetzte, stützte es sich auf den «klaren und eindeutigen verfassungs- und gesetzgeberischen Willen und die

37 1125 aus der Waadt, 288 aus Genf und eine Frau aus Neuenburg. Diese Kantone haben anlässlich der Abstimmung von 1959 oder kurze Zeit später das Stimm- und Wahlrecht für Frauen eingeführt, so Genf und Waadt am 1.2.1959, Neuenburg am 27.9.1959; Basel-Stadt räumte den Frauen bereits am 3.1.1957 die politischen Rechte in der Bürgergemeinde ein.

38 BGE 83 I 173 = Pra 46 Nr. 158.

ständige Übung».³⁹ Es ginge nicht an, über den Weg einer staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte – entgegen einem steten Verständnis der politischen Rechte als Männerrechte – das (männliche) Stimmvolk auszuschliessen und Art. 4 aBV gegen den eindeutigen Willen des historischen Gesetzgebers auszulegen.⁴⁰ In solchen Fällen, wo die Auslegung absolut klar sei, sei nicht der Richter, sondern der Gesetzgeber gefragt. Eine Enttäuschung mehr in der langen Reihe von Rückschlägen.

5. Ein weiterer Versuch

Doch Frauen sind hartnäckig: Nur wenige Jahre später störte sich die Juristin Gertrud Heinzelmänn an der Tatsache, dass Ehefrauen aus den Kantonen Waadt, Neuenburg und Genf, die seit 1959 auf *kantonal* Ebene das Stimm- und Wahlrecht hatten, dieses Recht verloren, wenn sie – was zwingend von Art. 160 Abs. 2 aZGB vorgeschrieben war – ihrem Mann an einen *neuen Wohnsitz*, z.B. in den Kanton Zürich folgten. Gertrud Heinzelmänn wies darauf hin, die am Heimatort erworbenen Rechte seien als *unverlierbare, subjektive öffentliche Rechte* zu betrachten, die nunmehr auch den aus den drei französischsprachigen Kantonen stammenden Frauen mit Wohnsitz in Zürich zustehen müssten. Das sei ein *Gebot der Rechtsgleichheit*.

Doch weder der Bezirksrat noch der Regierungsrat noch schliesslich 36 das Bundesgericht in seinem Entscheid vom 16. Januar 1963 vermochten sich der Argumentation der Beschwerdeführerin anzuschliessen. Das oberste Gericht begnügte sich im Wesentlichen mit der Feststellung, die Anerkennung des Standpunktes von Gertrud Heinzelmänn wäre das Ende der kantonalen Eigenständigkeit auf dem Gebiete des Stimm- und Wahlrechts.⁴¹

39 Vgl. nicht publ. BGE vom 2.7.1945 i.S. Müller c. Regierungsrat des Kt. Zürich; BGE vom 23.6.1949 i.S. Parti démocratique-progressiste du cercle d'Avenches c. Conseil d'Etat de Vaud.

40 Zur historischen Auslegung vgl. BGE 68 II 111.

41 Nicht publ. BGE vom 13.2.1963, in: «Die Staatsbürgerin» 1963 Nr. 3. Vgl. auch nicht publ. BGE vom 13.10.1965 i.S. E. Kammacher und 564 Mitbet., in «Die Staatsbürgerin» 1965 Nr. 12.

§ 3 Das Prinzip der «Einheit der Familie» als Quelle von Diskriminierungen

- 37 Die schweizerische Rechtsordnung war (und wird teilweise noch) vom Grundsatz der «Einheit der Familie» beherrscht.⁴² Dieser Grundsatz ging davon aus, dass mit der Heirat eine neue Familie begründet wird, die von der Rechtsordnung als Einheit zu behandeln ist und unter der *Vorherrschaft des Ehemannes und Familienvaters* steht. Das hatte für die Frauen tiefgreifende persönliche Folgen, insbesondere im Bürgerrecht, im Namensrecht und im Eherecht überhaupt, aber auch im Steuerrecht und im Recht der Sozialen Sicherung.
- 38 Art. 160 Abs. 1 ZGB in der Fassung von 1907–1988 schrieb dieses auf den Ehemann und Familienvater ausgerichtete Rechtsinstitut ausdrücklich fest. Der Ehemann war nicht nur verantwortliches Steuersubjekt⁴³, er hatte auch weitgehend allein Beiträge an die Sozialversicherung zu bezahlen⁴⁴ und war allein auf entsprechende, dem Ehepaar zustehende Leistungen anspruchsberechtigt, selbst wenn die Ehefrau stets – und vielleicht sogar mehr – Beiträge als Erwerbstätige erbracht hatte.⁴⁵ Er bestimmte über die eheliche Wohnung (Art. 160 Abs. 2 aZGB) und vermittelte der Familie seinen Namen und sein Bürgerrecht (Art. 161 Abs. 1 aZGB).⁴⁶ Als Vertreter der Gemeinschaft bestimmte er über die Verwendung seiner eigenen Mittel wie auch über jene der Ehefrau.⁴⁷ Das verhinderte aber nicht, dass der Ehefrau eine ausgedehnte Beistandspflicht oblag, die sich auf die Mitarbeit im Geschäft des Mannes oder auch indirekt auf die finanziellen Folgen einer früheren Ehe des

42 Vgl. Zeitschrift für das Zivilstandswesen 1942, S. 191; BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Vorbem. vor Art. 159ff., Rz. 14; BIGLER-EGGENBERGER, Bürgerrechtsverlust, S. 34 FN 5; vgl. auch BGE 92 V 85.

43 Botschaft Steuerharmonisierung, S. 20ff. Vgl. BK-LEMP, Rz. 24ff. zu Art. 191, Rz. 4f. zu Art. 194 aZGB.

44 Art. 3 Abs. 2 lit. b AHVG; nicht erwerbstätige Ehefrau; Art. 3 Abs. 2 lit. c AHVG; nicht erwerbstätige Witwe (in der Fassung vor 1. 1. 1997 = 10. AHV-Revision).

45 Art. 22 und 22^{bis} AHVG in der Fassung bis 1997.

46 BGE 60 I 67; 68 I 56; 108 Ib 392 E. 3; 105 Ib 63; 105 Ib 145; 105 II 49; 98 Ia 449 E. 3. BK-LEMP, N 2f. zu Art. 161 aZGB.

47 Zum Beispiel Art. 194ff., 216, 246 aZGB; BGE 112 II 474; 109 II 92. Zur schwankenden Praxis siehe BGE 97 II 289; 102 II 70 = Pra 65 Nr. 184; HEINZ HAUSHEER, Grundeigentum und Ehescheidung aus zivilrechtlicher Sicht, ZBGR 65 (1984), S. 265; DERS., Der neue ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, in: HEINZ HAUSHEER (Hrsg.), Vom alten zum neuen Eherecht, Bern 1986, S. 55; Rückblick auf die alte Ordnung vgl. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Rz. 1 ff. zu Vorbem. vor Art. 181 ZGB.

Mannes oder einer ausserehelichen Beziehung erstreckte.⁴⁸ Die Ehefrau bekam bei Auflösung der Ehe nur einen Drittel des während der Ehedauer gesparten Vermögens (Art. 214 Abs. 1 aZGB), während ihr Ehemann selbst dann zwei Drittel für sich behalten durfte, wenn das eheliche Vermögen allein der Sparsamkeit der Ehefrau zu verdanken war. Eine gewisse finanzielle Selbständigkeit bot einzig die Möglichkeit, aufgrund einer Erwerbstätigkeit Sondergut zu erwerben. Dieses Eigen- gut unterstand allerdings ebenfalls dem Gebot, die Bedürfnisse der Familie vorrangig zu beachten.⁴⁹ Einen Erwerbsberuf durfte die Ehefrau aber nur mit Einwilligung ihres Ehegatten ausüben (Art. 167 Abs. 1 aZGB), sofern die finanziellen Mittel ohne ihre Erwerbsarbeit nicht ausreichten. Sie verfügte nur über ein beschränktes Vertretungsrecht der Familie (Art. 163 aZGB), wobei der Ehemann «bei Missbrauch» seiner Frau dieses Recht jederzeit ganz oder teilweise entziehen konnte (Art. 164 aZGB). Auf die einzelnen Problembereiche wird näher in Kapitel 3 eingegangen.

§ 4 Die Geschlechtergleichheit gerät in Bewegung

I. Der mühsame Weg

Gleichheit zwischen den Geschlechtern und deren diskriminierungs- 39 freie Behandlung im Recht lässt sich offensichtlich nur mühsam erreichen. Der Weg über die Gesetzgebung setzt ein verändertes Bewusstsein der politischen Kräfte voraus, und das ist – wie das Bundesgericht in BGE 103 Ia 517 festgestellt hat – nur rechtlich umsetzbar, wenn sich eine sichtbare Veränderung der gesellschaftlichen Anschauungen und Rechtsüberzeugungen zeigt. Bei Männern wie Frauen erweisen sich die gesellschaftlich überlieferten Rollen psychologisch und sozial als derart tief verinnerlicht, dass es selbst in den Jahren nach Einführung des allgemeinen Erwachsenenstimm- und -wahlrechts nicht einfach war, die mit der Forderung nach Gleichberechtigung verbundenen sog. «Frauen-

48 Vgl. BSK-SCHWANDER, Rz. 21 zu Art. 159 ZGB; zum neuen Recht BGE 114 II 13 E. 4 und 5; 114 II 301 E. 3a = Pra 78 Nr. 112; 115 II 6 E. 5a und b; 115 II 361 E. 4a = Pra 79 Nr. 37; BGE 119 II 314 E. 4b; 127 III 68 E. 3 S. 71 f.; zum alten Recht vgl. BGE 72 III 120 = Pra 36 Nr. 25; 74 II 202 E. 5 und 6.

49 BGE 52 II 419; 63 III 105; 73 II 98; 78 II 302; 79 II 137; 94 III 4; 77 V 260.

probleme» gesetzgeberisch anzugehen. In der politisch-gesellschaftlichen Realität gab und gibt es stets «dringendere» Probleme zu erledigen. Frauenanliegen konnten warten.

40 Dabei gab es zahlreiche formale Ungleichbehandlungen.⁵⁰ Das zeigte eine von Frauenorganisationen⁵¹ getragene Studie der Schweizerischen UNESCO-Kommission über die Stellung der Frau in der Schweiz.⁵² Die Ergebnisse dieser Studie waren bezüglich der Situation der Frauen in gesellschaftlicher wie rechtlicher Hinsicht derart alarmierend, dass etwas zu geschehen hatte. Die Lösung wurde im Zusammenhang mit der Vorbereitung des 4. Schweizerischen Frauenkongresses für das UNO-Jahr der Frau von 1975 in der Ergreifung einer Volksinitiative erblickt, besaßen doch seit kurzem (1971) auch die Frauen entsprechende politische Rechte.

41 Das Thema des genannten Frauenkongresses stand unter dem Motto «Partnerschaft – Zusammenwirken von Mann und Frau auf gleicher Ebene». Trotz grosser Widerstände – die Opposition kam auch von Seiten grosser Frauenverbände⁵³ – kam die Initiative «Gleiche Rechte für Mann und Frau» zustande. Sie brauchte indessen dank eines Gegenvorschlags des Bundesrates und der Bundesversammlung dem Volk und den Ständen nicht zur Abstimmung unterbreitet zu werden.⁵⁴

42 Weil zum Verständnis des letztlich in der Verfassung aufgenommenen Artikels der ursprüngliche Text des Frauenkongresses wichtig erscheint, sei kurz auf den ursprünglichen Initiativtext eingegangen. Mit der Initiative wollte ein *eigentliches gesellschaftliches Umdenken* bewirkt werden. Der Text lautete folgendermassen:

Gleichbehandlung

1. In der Gesellschaft: Mann und Frau sind vor dem Gesetze gleich.
2. In der Familie: Mann und Frau haben die gleichen Rechte und Pflichten in der Familie (im Resolutionstext wurde noch beigefügt: Vorbehalten bleiben die durch die Mutterschaft gebotenen Abweichungen).

50 Vgl. noch für 1986 und die folgenden Jahre Bericht des Bundesrates über das Rechtsetzungsprogramm «Gleiche Rechte für Mann und Frau» vom 26. 2. 1986.

51 Vgl. zur Entwicklung CHAPONNIÈRE, Geschichte.

52 HELD/LEVY, Bd. 1.

53 Zum Beispiel die dem Bund Schweizerischer Frauenorganisationen angehörenden kantonalen und lokalen Frauenverbände votierten mehrheitlich gegen die Ergreifung einer Initiative und wollten sich dementsprechend auch nicht an der Sammlung von Unterschriften beteiligen. Aber auch der Schweizerische Verband für Frauenrechte wollte sich vorerst nicht an einer Initiative beteiligen, vgl. CHAPONNIÈRE, Geschichte, S. 6 ff.

54 Vgl. dazu die immer wieder lesenswerte Botschaft Gleiche Rechte, S. 41 ff.

3. In der Arbeitswelt: Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit.
4. In der Erziehung und beruflichen Ausbildung: Mann und Frau haben Anspruch auf Gleichbehandlung und Chancengleichheit in Erziehung, Schul- und Berufsbildung sowie bei Anstellung und Berufsausübung.

Es folgte eine *Übergangsbestimmung*, die vorschrieb, dass innert fünf Jahren vom Inkrafttreten des neuen Absatzes von Art. 4 aBV an die erforderlichen Ausführungsbestimmungen zu erlassen seien, und zwar sowohl soweit die Beziehungen zwischen Bürger und Staat angesprochen wurden als auch soweit diese Bestimmung privatrechtliche Auswirkungen, mit sog. Drittwirkung, zeitigen konnte.

Die vier Grundsätze sollten nach Absicht der Initiantinnen beschleunigend auf die Gesetzgebung wirken und *die rechtlichen wie faktischen Ungleichheiten* in Familie, Gesellschaft, Wirtschaft und Politik beheben helfen. Ausserdem sollte der weite Auslegungsspielraum, der dem Bundesgericht nach Art. 4 aBV zustand, im Verhältnis zwischen den Geschlechtern eingeschränkt werden. In den biologischen Verschiedenheiten der Geschlechter sollte kein Grund für eine Rechtsungleichheit mehr liegen dürfen. Ausnahmen von diesem Grundsatz müssten Bundesgericht und Gesetzgeber besser als bisher begründen.⁵⁵

Während die ersten drei Postulate der Initiative im Gegenentwurf des Bundesrates und der Bundesversammlung trotz vieler Widerstände angenommen wurden, erschien das vierte Postulat der Chancengleichheit nicht im Gegenvorschlag. Mit diesem Postulat sollte erstmals deutlich gemacht werden, dass eine materielle, tatsächliche Verbesserung der Rechtsstellung der Frauen nur durch Schaffung von gleichen Chancen für Frauen wie Männer in allen gesellschaftlichen Bereichen und durch Herstellung der zur Nutzung solcher Chancen erforderlichen Strukturen, somit durch positive und kompensierende Massnahmen (Ausgleich der bezahlten und unbezahlten Arbeit, Mutterschaftsversicherung, Kinderbetreuungsstätten usw.) möglich ist. Denn *tatsächliche, auf den traditionellen Rollenzuweisungen beruhende Ungleichheiten, Probleme einer unterschiedlichen Sozialisation wie auch strukturelle Schwierigkeiten* in der realen Umgebung der Menschen erschweren die

55 Vgl. Bericht der Eidg. KOMMISSION FÜR FRAUENFRAGEN, Juristische Auswirkungen des neuen Eherechts, November 1991; DIES., Weniger ist mehr. Konzepte zur Umverteilung von Arbeit zwischen den Geschlechtern, Bern 1997; DIES., Viel erreicht – wenig verändert?, Familien – Lebensformen, S. 81 ff. Auch BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Eidg. Volkszählung 1990, Berufliche Gleichstellung – ein Mythos?, Bern 1995.

Startbedingungen der Frauen, wenn es um die Gestaltung des eigenen Lebens in Gesellschaft, Wirtschaft und Politik geht. Damals – 1979 bis 1981 – wurde der Gedanke, Frauen nicht nur im Recht, sondern auch *in der realen Wirklichkeit* gleich zu stellen, von vielen noch als (negativ bewertete) «Gleichmacherei» betrachtet. In breiten Kreisen wurde befürchtet, es gehe darum, die bisherigen gesellschaftlichen Verhältnisse und Wertvorstellungen vollständig umkrempeln zu wollen. Das weckte Abwehr. Die Diskussion um den anstelle des Art. 4 Abs. 2 aBV in der nachgeführten Verfassung von 1998 (in Kraft seit 1. Januar 2000) getretenen Art. 8 Abs. 3 BV, der ausdrücklich die tatsächliche Gleichstellung nennt, hat gezeigt, dass sogar heute noch tief sitzende Ängste und Vorurteile vor allem in Männerkreisen vorhanden sind.⁵⁶

II. Der erste Lohngleichheitsprozess

46 Kurz nach Ergreifung der Volksinitiative «Gleiche Rechte für Mann und Frau» erfolgte auf dem Gebiet der Rechtsprechung ein wichtiger Schritt in Richtung Rechtsgleichheit von Frauen und Männern. Im Jahre 1977 gelang es, in einem Musterprozess *Lohngleichheit* zwischen Frauen und Männern zunächst in *öffentlichen Anstellungsverhältnissen* durchzusetzen.

47 Die Problematik um die Lohngleichheit ist alt. Sie hatte bereits im 19. Jahrhundert zu Diskussionen und Eingaben von Frauenvereinen an die Behörden geführt. Seit anfangs der 70er Jahre verpflichten *internationale Vorschriften* die Schweiz, gegen *Lohndiskriminierungen* anzugehen. Es ist insbesondere auf das Übereinkommen Nr. 100 der Internationalen Arbeitsorganisation über den Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit von Mann und Frau vom 29. Juni 1951, von der Schweiz erst am 25. Oktober 1972 ratifiziert, hinzuweisen. Hingegen ist das Übereinkommen Nr. 111 der Internationalen Arbeitsorganisation betreffend das Verbot jeder Diskriminierung von Frau und Mann in Beschäftigung und Beruf vom 25. Juni 1958 von der Schweiz bereits am 13. Oktober 1961 ratifiziert worden. Das änderte nichts an der Tatsache ungleicher Entlohnung von Frauen und Männern für gleiche Arbeit im privatrechtlichen wie auch im öffentlich-

56 Vgl. die Beratungen im Nationalrat, AmtlBull NR 1998, S. 153 ff., Votum Christine Goll, S. 157; Dorle Vallender, S. 410, 413; Jean-François Leuba, S. 465; im Ständerat, AmtlBull StR 1998, S. 155, Votum Inderkum, S. 205.

rechtlichen Arbeitsbereich.⁵⁷ Erst der Entscheid des Bundesgerichts vom 12. Oktober 1977 trieb die Entwicklung der Gleichstellung im Lohnbereich voran.⁵⁸

Lehrerinnen an öffentlichen Schulen wurde weniger Lohn bezahlt als ihren gleich ausgebildeten und in genau gleicher Arbeit tätigen Kollegen. Mit Entscheid vom 12. Oktober 1977 befand das Bundesgericht, Art. 4 aBV erweise sich mit Bezug auf die Geschlechtergleichheit als zu eng. Bei gleicher Arbeitsleistung und entsprechender Entlohnung liessen sich Unterschiede nur gerade wegen des Geschlechts nicht mehr rechtfertigen. Auch die bisherige Rechtsprechung, etwa in BGE 49 I 19f. und 83 I 181 E. 6 zur Frage des gleichen Aktiv- und Passivwahl- und -stimmrechts, zeige auf, so das Bundesgericht, dass sich die massgebende Auffassung über die öffentliche Stellung der Frauen gewandelt habe.

Die Forderung auf gleichen Lohn für gleiche Arbeit konnte somit nach Auffassung des Bundesgerichts nur in Anstellungsverhältnissen nach *öffentlichem Recht* durchgesetzt werden. Das verfassungsmässige Individualrecht des Art. 4 aBV galt seit jeher nach Lehre und Rechtsprechung nur in Konflikten zwischen Individuen und Staat. Privatrechtliche Arbeitsverhältnisse blieben nach diesem ersten Entscheid des Bundesgerichts deshalb dem *Vorbehalt der Vertragsfreiheit unterstellt*, und eine *Drittwirkung* galt und gilt als ausgeschlossen.⁵⁹ Das Bundesgericht meinte aber in BGE 103 Ia 517 immerhin, auch eine *indirekte* Wirkung des Gleichheitsgebots könnte auf dem Weg über eine *verfassungsmässige Interpretation* möglich sein.

Das Bundesgericht anerkannte somit zum ersten Mal in seiner über hundertjährigen Geschichte einen verfassungsmässigen Anspruch auf gleiche Entlohnung für Frauen wie Männer im öffentlichen Dienst, insbesondere im Schuldienst. Die bisher für die Lohnunterschiede geltende Rechtfertigung, die Mehrheit der männlichen Lehrkräfte sei verheiratet und müsse deshalb auch für den Unterhalt ihrer Familie sorgen, während Lehrerinnen, zumeist ledig, nur für den eigenen Unterhalt aufzukommen hätten, wurde als nicht mehr gerechtfertigt bezeichnet. Denn – so das grundsätzlich selbst auch nach wie vor im überlieferten Rollendenken verhaftete Bundesgericht – die Familienlasten

57 Vgl. HAEFLIGER, S. 79; FREIVOGEL, Rz. 91 zu Art. 3 GlG.

58 BGE 103 Ia 517 i.S. Loup c. Conseil d'Etat du Canton de Neuchâtel vom 12. 10. 1977 = Pra 67 Nr. 138.

59 Vgl. z.B. BGE 114 Ia 329 E. 2; 113 Ia 107 = Pra 76 Nr. 254.

eines Beamten würden nunmehr im Allgemeinen mit Familienzulagen abgegolten.

51 Dass nunmehr ein in Art. 4 aBV liegendes, unmittelbar durchsetzbares Grundrecht der Frauen auf Lohngleichheit bei gleicher Arbeit im Bereich öffentlich-rechtlicher Arbeitsverhältnisse erstmals anerkannt wurde, musste zwingend auf weitere Entscheide ausstrahlen, wie die Rechtsprechung in der Folge denn auch aufzeigt.

52 Nur zwei Jahre später gelang es auch Freiburger Lehrerinnen, gegen die Ungleichheit in der Entlohnung mit Erfolg anzukämpfen.⁶⁰ In diesem Fall hatte die Regierung damit argumentiert, die Ungleichheit sei historisch begründet; es werde jedoch daran gearbeitet, die Gleichstellung von Frauen und Männern im Verlaufe der nächsten Jahre durch *Herabsetzung der Löhne* neu eingestellter männlicher Lehrkräfte zu erreichen. Einer sofortigen Gleichstellung stünden *finanzielle Schwierigkeiten* im Weg. Dem mochte das Bundesgericht nicht folgen. Es hatte nämlich inzwischen in weiteren Entscheiden⁶¹ festgehalten, die Anerkennung des gleichen Lohnanspruchs von Lehrerinnen stehe den Betroffenen ohne Rücksicht auf die finanziellen Schwierigkeiten des Kantons zu. Eine prinzipielle Ungleichbehandlung der Geschlechter verstosse gegen den verfassungsmässigen Grundsatz der Rechtsgleichheit und sei ohne Rücksicht auf das kantonale Budget sofort zu beheben. Ebenso wenig akzeptierte das Bundesgericht damals das Argument, die nach wie vor teilweise bestehenden Lohnungleichheiten seien Folge einer niedrigeren Stundenzahl vor allem für Lehrerinnen der Unterstufe. Sehr viel später war dieses Argument allerdings Grund genug, um eine direkte oder eine indirekte Diskriminierung zu verneinen.⁶²

53 Männer haben sehr rasch für sich die Konsequenzen aus dem Entscheid über die Lohngleichheit aus dem Jahre 1977 ziehen wollen.⁶³ Unter Berufung auf BGE 103 Ia 517 machte ein Postbeamter geltend, er habe gemäss dem Grundsatz der Rechtsgleichheit und gestützt auf Art. 14 EMRK Anspruch darauf, im gleichen Alter wie Frauen in Pension zu gehen. Doch das EVG erblickte damals im unterschiedlichen Rentenalter von Frauen und Männern i.S.v. Art. 3 und 21 AHVG noch keinen Verstoß gegen die Rechtsgleichheit oder gar gegen das von der

60 BGE 105 Ia 120.

61 Nicht publizierte Entscheide vom 21.3.1979 i.S. B. und vom 2.5.1979 i.S. L.

62 Vgl. BGE 124 II 436: Kindergärtnerinnen von Olten und Däniken, wo gerade deren im Vergleich zum Primarlehrerberuf weniger grosse Pflichtstundenzahl als Kriterium für eine tiefere Einstufung in der Besoldungsordnung akzeptiert worden ist.

63 Z. B. BGE 105 V 1; 106 Ib 182.

EMRK geforderte Diskriminierungsverbot. In einem ähnlichen Fall liess das Bundesgericht in Lausanne Zweifel daran erkennen, ob die ungleiche Altersgrenze für Frauen und Männer tatsächlich vor der Verfassung haltbar sei, aber es berief sich im BGE 106 Ib 182 letztlich auf die Schranke der Konnexität von niederrangigem Recht mit Bundesgesetzrecht. Das verunmöglichte eine Überprüfung auf Verfassungsmässigkeit des unterschiedlichen Rentenalters zunächst sowohl der AHV- als auch der beruflichen Vorsorgeregelung i.S.v. Art. 113 Abs. 3 aBV.

III. Bemerkung

Mit dieser neuen Rechtsprechung wurde der Initiative für «Gleiche Rechte für Mann und Frau» auf eine Art vorgegriffen, die zu Optimismus Anlass bot. Mit den Entscheiden, die zwischen Oktober 1977 und 1979 zur Gleichbehandlung der Geschlechter in Lohn- und anderen Fragen ergangen sind, hat sich jedenfalls die allgemeine Rechtsüberzeugung v.a. bezüglich des Anspruchs auf gleichen Lohn von Frauen und Männern im öffentlichen Arbeitsverhältnis verfestigt, aber auch in andern Rechtsbereichen zu interessanten Entwicklungen geführt. Noch wichtiger aber war für eine Weiterentwicklung der Gesetzgebung wie der Rechtsprechung die neue Gleichberechtigungs- und Gleichstellungsvorschrift. Die Frage ist, ob die bundesgerichtliche Rechtsprechung als «ebenso neu wie kühn» auch nach 1981 bezeichnet werden kann. Das Bundesgericht hat in den vergangenen zwanzig Jahren in seiner Praxis dazu vor allem der Gesetzgebung zahlreiche Impulse in verschiedensten Rechtsbereichen vermittelt. Es hat aber auch – neben enttäuschenden Entscheiden – dazu beigetragen, die rechtliche Stellung der Frauen zu verändern. In seiner Rechtsprechung hat es auch verschiedene Grundsätze – ähnlich dem Vorgehen zum alten Gleichstellungsgebot – aus der neuen Verfassungsbestimmung hergeleitet; ob immer zum Wohl oder auch zum Nachteil der Frauen, das wird die Frage sein, der in den nächsten Kapiteln nachgegangen wird.

2. Kapitel: Die allgemeine Rechtsgleichheit und die Gleichbehandlung der Geschlechter: Zusammenspiel und Abgrenzung in der bundesgerichtlichen Praxis; Grundsätze der Anwendung und des Verfahrens

§ 1 Einleitung

Mit der Annahme einer das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot ergänzenden Bestimmung durch die Stimmberechtigten am 14. Juni 1981 erhielt die Auseinandersetzung um die rechtliche und tatsächliche Gleichstellung der Frauen in einer traditionell auf den Mann ausgerichteten Rechtsordnung eine neue Dimension. Es liess sich nicht mehr länger übersehen, dass es weitherum an Gleichheit der Chancen für Frauen fehlt, dass es ein Übermass an rechtlichen, gesellschaftlichen, politischen, wirtschaftlichen und kulturellen Defiziten und Benachteiligungen für Frauen gab und noch gibt.⁶⁴ Der Durchsetzung der rechtlichen und tatsächlichen Gleichstellung standen und stehen verfassungsrechtliche und gesetzliche Schranken, aber auch Behinderungen tatsächlicher Art – traditionelle Vorverständnisse, unterschiedliche Sozialisation in Familie und Schule, Segregation der Frauen in Fragen der Bildung sowie der beruflichen Betätigung, benachteiligende Arbeitsbedingungen für Frauen, schwierige Vereinbarkeit von Beruf und Familie mangels geeigneter Strukturen usw. – entgegen. Wie schwierig sich Gleichberechtigung für Frauen durchsetzen liess und lässt, hat der geschichtliche Rückblick gezeigt und wird sich auch aus Kapitel 3 ergeben. 55

Seit 1981 enthält die Schweizerische Bundesverfassung nunmehr in Art. 4 aBV/Art. 8 BV einen neuen Absatz, welcher mit einer besonderen, auf Frauen bezogenen Gleichberechtigungsregel die genannten Ungleichheiten, Defizite und Benachteiligungen für Frauen beheben sollte. Diese Bestimmung umfasst in *Satz 1* das Gebot rechtsgleicher Behandlung von Frauen und Männern sowie das Verbot ihrer Diskrimi- 56

⁶⁴ Vgl. Bericht der Eidg. Kommission für Frauenfragen, Viel erreicht – wenig verändert? Zur Situation der Frauen in der Schweiz, Bern 1995; INTERDEPARTEMENTALE ARBEITSGRUPPE/EIDG. BÜRO FÜR DIE GLEICHSTELLUNG VON FRAU UND MANN, Gleichstellung von Frau und Mann, Aktionsplan der Schweiz, Bern 1999.

nierung und von geschlechtsbezogener Differenzierung; Satz 2 – zusammen mit der die Gesetzgebung anweisenden Pflicht, für die rechtliche und tatsächliche Gleichstellung der Frauen und Männer und für deren Chancengleichheit in allen Rechts- und Lebensbereichen zu sorgen – beinhaltet ein die gesellschaftlichen Defizite ausgleichendes *Egalisierungsgebot*. Satz 3 dieser geschlechtsbezogenen Gleichheitsbestimmung schliesslich schreibt die *Lohnleichheit* für gleichwertige Arbeit vor.

57 Dass es gelang, diese Bestimmung in der Verfassung zu verankern, war nicht allein die Folge der unbefriedigenden rechtlichen Stellung der Frauen, sondern auch der Tatsache, dass Art. 4 aBV im Unterschied der Geschlechter einen wesentlichen Grund für unterschiedliche rechtliche Ausgestaltungen stets zugelassen hat. Von einer neuen Auslegung dieser Verfassungsbestimmung durch die Gerichte war daher kaum viel zu erwarten.⁶⁵ Erst die Öffnung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Jahre 1977 führte zur Auffassung, der Rechtsgleichheitssatz verbiete, Frauen bei gleicher Erwerbsarbeit einen tieferen Lohn auszuzahlen und bedeutete einen ersten Schritt in die richtige Richtung⁶⁶. Allerdings waren damit – wie die Rechtsprechung ab 1981 zeigt – noch keineswegs klare Regeln gegen eine generelle, geschlechtsbezogen diskriminierende Haltung von Politik und Wirtschaft gesetzt. Frauen erwarben teilweise einfach die Möglichkeit, sich den Lebensumständen der Männer anzugleichen. Das aber war noch nicht Umsetzung des Gerechtigkeitsgedankens, der vom Grundsatz der Gleichwertigkeit beider Geschlechter in ihrer jeweiligen Verschiedenheit ausgeht – ganz im Gegenteil.⁶⁷

58 Bevor im dritten Kapitel die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den unter dem Gesichtspunkt der *Geschlechtergleichheit* wesentlichsten Sachbereichen näher dargestellt wird, soll im Folgenden kurz auf die Teilgehalte des *allgemeinen und des geschlechtsbezogenen Gleichheitsgrundsatzes* und ihr Zusammenspiel in der Rechtsprechung eingegangen sowie auf einige der immer wiederkehrenden Anwendungs- und Verfahrensfragen hingewiesen werden. Es geht hier im Wesentlichen um die Frage, wie die allgemeine Rechtsgleichheitsbestimmung mit der neuen Vorschrift zur Gleichbehandlung der Geschlechter zusammenwirkt, wie sie sich gegenseitig ergänzen oder von einander unterscheiden.

65 Vgl. Botschaft Gleiche Rechte, S. 54 ff.

66 Vgl. Botschaft Gleiche Rechte, S. 54 ff.; GEORG MÜLLER in BV-Kommentar, Rz. 3 zu Art. 4 m. Hinw. auf die Lehre; BGE 103 Ia 517 = Pra 67 Nr. 138; 118 Ia 1 E. 3a = Pra 82 Nr. 208; 112 Ia 240 E. 4a; 106 Ib 182 E. 4c; u.a..

67 Vgl. dazu hinten Rz. 194 ff.; JÖRG P. MÜLLER, Grundrechte, S. 415.

§ 2 Die Gebote rechtlicher Gleichstellung von Frau und Mann und die Schwierigkeiten in ihrer Umsetzung

I. Das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot

1. Grund- und Menschenrecht: Diskriminierungsverbot

Art. 4 aBV/Art. 8 Abs. 1 BV sagt, alle Menschen seien vor dem Gesetze 59 gleich. Diese Bestimmung enthält das allgemeine Gebot, alle Menschen, ohne Rücksicht auf Herkunft, Staatsangehörigkeit oder Geschlecht, grundsätzlich rechtlich gleich zu behandeln. Nach der immer wieder verwendeten Formel in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung soll Gleiches gleich, Ungleiches aber nach Massgabe seiner Ungleichheit vom Gesetzgeber und von den rechtsanwendenden Behörden und Gerichten rechtlich differenziert behandelt werden.⁶⁸ Wird tatsächlich Gleiches ungleich und wesentlich Ungleiches grundlos gleich behandelt, kann Diskriminierung vorliegen.

2. Relativität des allgemeinen Gleichheitsgebots: Willkürverbot

Das Gebot rechtsgleicher Behandlung im Sinne dieser grundlegenden 60 Verfassungsregel wird nach geltender Auffassung von der *Gesetzgebung* verletzt, wenn ein Erlass, ein Beschluss oder eine Verordnung rechtliche Unterscheidungen trifft, für die sich in den zu regelnden Verhältnissen kein sachlicher, ernsthafter oder vernünftiger Grund finden lässt oder wenn eine Unterscheidung unterlassen wird, obwohl sich eine solche aufgrund der konkreten Verhältnisse gerade aufdrängen würde.⁶⁹ In der *Rechtsanwendung* wird gesagt, ein Entscheid oder eine Verfügung verstosse gegen dieses Gebot rechtsgleicher Behandlung, wenn zwei gleiche tatsächliche Situationen ohne sachlichen Grund unter-

68 Beispielsweise BGE 118 Ia 1 E. 3a = Pra 82 Nr. 208; BGE 121 I 279 E. 5b und c; 122 I 130; u.a.

69 Vgl. BGE 125 V 221 E. 3b; 125 II 326 E. 10b; 125 I 1 E. 2b/aa; 124 I 170 E. 2g = Pra 87 Nr. 148; BGE 124 I 297 E. 3b = Pra 88 Nr. 1; BGE 123 II 9 E. 3; 123 II 16 E. 6a; 123 III 1 E. 3b/bb; 123 I 1 E. 4a; 122 II 113 E. 2b; 121 III 301 E. 5b; u.a.

schiedlich beurteilt und behandelt oder zwei grundlegend verschiedene Sachverhalte ohne Grund gleich beurteilt werden.⁷⁰

- 61 Es geht hier somit um ein *relatives Gleichbehandlungsgebot*.⁷¹ Art. 4 aBV/Art. 8 Abs. 1 BV nimmt Rücksicht auf die zeitbedingte, allgemeine Rechtsüberzeugung und auf bestimmte Unterschiede in den tatsächlichen Verhältnissen. Gleichheit in diesem relativen Sinne ist daher nur geboten, wenn sich die unterschiedlichen Merkmale als nicht derart stark und überzeugend erweisen, dass eine (Un-)Gleichbehandlung geradezu willkürlich wäre. *Willkür* liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn ein Entscheid mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsempfinden zuwiderläuft.⁷²

- 62 Diese Definition von Willkür hat sich im ersten Lohngleichheitsfall von 1977⁷³ als hilfreich erwiesen. Der zu beurteilende Sachverhalt – ungleiche Entlohnung für genau die gleiche Arbeit in einem öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis – hat zu jenem Zeitpunkt dem Gerechtigkeitsgedanken, wie er in verschiedenen von der Schweiz unterzeichneten und zum Teil auch ratifizierten internationalen Übereinkommen seit längerem Ausdruck gefunden⁷⁴ und sich auch in der Mehrheit kantonaler Personalgesetze der 70er Jahre niedergeschlagen hatte, krass widersprochen. Die zeitbedingte, vorherrschende Auffassung der massgebenden Kreise in Staat und Recht ertrug eine derart ungerechte *Ungleichbehandlung* nur wegen des unterschiedlichen Geschlechts nicht mehr.

3. Beachtung konkreter Lebenssituationen und der tatsächlichen Ungleichheit der Menschen

- 63 Die rechtliche Gleichbehandlung grundsätzlich aller Menschen ohne Rücksicht auf soziale, körperliche oder Geschlechtsmerkmale ist heute weitgehend eine Selbstverständlichkeit. Aber es gilt auch Unterschiede zu beachten, um dem Vorwurf der Diskriminierung und Willkür ent-

70 BGE 125 I 166, 121 I 102, 123 II 248 E. 3c; 122 I 61 E. 3a; u.a.; vgl. auch 112 Ia 193 E. 2b.

71 Vgl. BGE 121 I 102 E. 4.

72 Vgl. BGE 124 I 170 E. 2g = Pra 87 Nr. 148; 124 I 297 E. 3b = Pra 88 Nr. 1; 123 III 1 E. 3b/bb; 123 I 1 E. 4a; 122 III 130 E. 2a = Pra 85 Nr. 190; BGE 122 III 316 E. 4a; 122 I 61 E. 3a; 121 III 13 E. 2b = Pra 84 Nr. 179; u.a.

73 BGE 103 Ia 517 = Pra 67 Nr. 138: erster Lohngleichheitsprozess.

74 Vgl. BGE 103 Ia 517 E. 4f. = Pra 67 Nr. 138 und hinten Rz. 161 ff.

gehen zu können. Dem Recht sind denn auch differenzierende Regelungen eigen, um den konkreten Umständen und Lebenssituationen Rechnung zu tragen und mögliche Diskriminierungen auszuschalten oder den Wertungen des Verfassungsgebers Ausdruck zu verleihen: Auf Verfassungsstufe neben den Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 BV etwa in Art. 8 Abs. 4 BV (Schutz und Förderung von Behinderten), in Art. 18 aBV/Art. 59 BV (Wehrdienst) und in Art. 22^{bis} Abs. 5 aBV/Art. 61 Abs. 3 Satz 1 BV (Zivilschutzdienst); auf Gesetzesstufe z.B. im Steuerrecht mit dem Abstellen auf die unterschiedliche *wirtschaftliche Leistungsfähigkeit* der Steuersubjekte, sodann bezüglich der Regelung von *Mindest- und Maximalrente* in der AHV und IV, aber auch mit Bezug auf die (neuerdings aber in Frage gestellte⁷⁵) unterschiedliche Regelung der *Witwen- und Witwerrenten* des AHVG oder das bis vor kurzem für Frauen gültige, stark eingeschränkte Nacht- und Sonntagsarbeitsverbot.⁷⁶ Solche Differenzierungen sind nach dem allgemeinen Rechtsgleichheitsgebot zulässig, weil sachlich begründbar. Aber hinsichtlich der Belange der Frauen werden sie teilweise in Frage gestellt, wie noch zu zeigen sein wird.

4. Exkurs: Grundsätze des allgemeinen Gleichheitssatzes

Die Rechtsprechung hat sich – wie die reiche Gerichtspraxis zu Art. 4 aBV aufzeigt – bezüglich der *allgemeinen Rechtsgleichheit* zumeist als originell und phantasiereich erwiesen. Sie hat über das materielle Rechtsgleichheitsgebot im Sinne eines Willkürverbots hinaus aus dem Grundsatz, dass «alle Menschen vor dem Gesetze gleich» sind, eine Anzahl von wichtigen Grundsätzen hergeleitet und aufgezeigt, was durch Auslegung und Verständnis für die sozial unterschiedliche Stellung der Menschen aus der Verfassung herausgelesen werden kann. Dem Art. 4 aBV (neu Art. 7, 8, 9, 29 BV) wird über den Wortlaut hinaus eine Fülle von *allgemeinen Prinzipien* zur Rechtsgleichheit im Sinne eines Gebots der Fairness im Verfahren entnommen: Neben das Gebot, Gleiches rechtlich gleich zu behandeln und das Verbot, grundlos Unterscheidungen im Recht zu treffen,⁷⁷ treten das *Verbot formel-*

75 Vgl. z.B. RIEMER-KAFKA, S. 298; dazu die Beratungen um die 11. AHV-Revision, vgl. BSV, Soziale Sicherheit 6/2000, S. 307f.

76 BGE 116 Ib 270 E. 7. Siehe nun das rev. Arbeitsgesetz vom 20.3.1998, in Kraft seit 10.5.2000, Art. 16ff.

77 BGE 123 II 9 E. 3; 123 II 16 E. 6a m.Hinw.; 125 IV 1 E. 5b; vgl. Botschaft Gleiche Rechte, S. 51.

ler Rechtsverweigerung⁷⁸, das Verbot eines überspitzten Formalismus⁷⁹, desgleichen ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf rechtliches Gehör⁸⁰, den Vertrauensschutz der Bürger und Bürgerinnen gegenüber dem Leistungsstaat⁸¹, den Grundsatz gleich langer Spiesse im Sinne des auf dem Prinzip der «Waffengleichheit» beruhenden Anspruchs auf unentgeltliche Rechtspflege finanziell benachteiligter Rechtsuchender.⁸² Die Teilnahmerechte im Beweisverfahren werden ebenfalls aus dem Gebot der gleichen Rechte für alle Menschen herausgelesen.⁸³ Es sind Grundsätze, die – soweit es sich um allgemeine prozessuale Rechte und Pflichten handelt – für Abs. 1 und 2 der alten resp. Abs. 3 der neuen Verfassungsbestimmung gleichermaßen gelten.

5. Fehlende Drittwirkung⁸⁴

- 65 Charakteristisch für Grund- oder Menschenrechte ist, dass eine Drittwirkung im Sinne der Wirkung auch auf das Verhältnis privater Personen und Organisationen nach wie vor verneint wird. Grundrechte gelten lediglich im Verhältnis zwischen Mensch und Staat; d.h. ihr Schutzzweck richtet sich an staatliche Behörden. Ein Grundrecht lässt sich gegen Erlasse – Gesetz, Beschluss, Verordnung – oder Verfügungen und Urteile anrufen, wenn diese in die Rechtsstellung von Rechtsunterworfenen eingreifen, in konkreten Streitfällen Personen oder Personengruppen in ihren verfassungsmässigen Rechten verletzen, sie rechtswidrig oder herabmindernd, also diskriminierend behandeln. Werden aber Private, so etwa im Arbeits- oder Mietrecht, grundlos ungleich behandelt, lässt sich dies nicht unter direkter Anrufung der Verfassung

78 BGE 121 I 177 E. 2b/aa.

79 BGE 121 I 177 E. 2b/aa.

80 Nunmehr ausdrücklich Art. 29 BV; BGE 122 I 109 E. 2a; 122 I 153 E. 3 = Pra 85 Nr. 233; 122 V 157 E. 1a; 122 V 351 E. 5b.

81 Nunmehr ausdrücklich Art. 5 Abs. 3 BV; vgl. BGE 124 V 215 zum Anspruch aus der Arbeitslosenversicherung.

82 Nunmehr ausdrücklich Art. 29 Abs. 3 BV; z.B. BGE 122 I 8 E. 2a; 122 I 44 E. 2a; 122 I 203 E. 2a; 122 I 267 E. 1b; 122 I 322 E. 2b; u.a.

83 Z. B. BGE 122 I 18 E. 2b/cc; 123 II 16 E. 6a; vgl. dazu HAEFLIGER, S. 42.

84 Vgl. EMMENEGGER, S. 82, 94, 107, 145, 190. BGE vom 11.5.1999, zit. in SJZ 1999, S. 481. Unbefriedigend ist, dass die nachgeführte Verfassung vom 18.12.1998 in Art. 35 Abs. 3 nur gerade «den Behörden auferlegt, dafür zu sorgen, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden». Im Entwurf war eine direkte Drittwirkung von Grundrechten auf Private noch vorgesehen.

beheben.⁸⁵ Abhilfe bietet gegebenenfalls eine verfassungskonforme Auslegung von privaten Verträgen und Vereinbarungen oder auch von Rechtserlassen, sofern sich nicht ein Eingreifen des Gesetzgebers aufdrängt.⁸⁶ Das bedeutet in der Praxis, dass sich gestützt auf diese Bestimmung keine rechtsgleiche Behandlung im Verhältnis zwischen Einzelnen, etwa zwischen Vereinen und Beitrittswilligen, oder im Vertragsrecht, z.B. zwischen Käufern und Käuferinnen, erzwingen lässt. Das ist unbefriedigend und hat sich gerade auch im Verhältnis der Geschlechter gleichstellungshindernd ausgewirkt. In der Praxis bedeutet dies z.B., dass sich zwar eine Hochschulprofessorin gestützt auf Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 BV darauf berufen kann, sie dürfe gleichermaßen wie ihre Kollegen erst mit 65 Jahren und nicht schon mit 62 Jahren in den Ruhestand geschickt werden. Aber eine privatrechtlich angestellte Frau hat sich mit ihrem Wunsch, über das 60. oder 62. Altersjahr hinaus arbeiten zu dürfen, die Vertragsfreiheit entgegenhalten zu lassen.⁸⁷ In aller Regel ist es Sache der Gesetzgebung, für eine horizontale Umsetzung der verfassungsmässigen Grundrechte zu sorgen.

Welche Schwierigkeiten für die Einzelnen damit gelegentlich verbunden sind, zeigt der Entscheid BGE 117 Ia 107.⁸⁸ Es ging um die Wiederaufnahme einer Frau, welche als ledig dank ihres Namens Mitglied einer Korporation war, aber die Mitgliedschaft nach ihrer Heirat wegen des neuen Namens verloren hatte. Ihr wurde zugemutet, im Sinne des Art. 8b SchlT ZGB (zu rev.Art. 160 und 30 Abs. 2 ZGB) eine Namensänderung zu beantragen. Das hätte bedeutet, dass sie ihren früheren Ledigennamen dem Ehenamen hätte voranstellen müssen. Die Korporation stellte sich auf den Standpunkt, ihr stünde das Recht zu, eine solche Bedingung zu stellen; sie wollte sich zudem als privatrechtliche Organisation verstanden wissen, auf welche Art. 4 aBV nicht anzuwenden sei. Wäre dieser Auffassung gefolgt worden, hätte die betroffene Frau

85 GEORG MÜLLER in BV-Kommentar, N 2f., 12 zu Art. 4; DERS., Vertragsfreiheit, S. 645. JÖRG P. MÜLLER, Die Diskriminierungsverbote, S. 129. Sodann beispielsweise BGE 118 Ia 1 E. 3a = Pra 82 Nr. 208; BGE 121 I 279 E. 5b und c; 122 I 130; u.a. Nur gerade in Bezug auf das Lohnungleichbehandlungsgebot des Art. 4 Abs. 2 Satz 3 aBV/Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV ist eine unmittelbare Wirkung auch auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse gegeben. Vgl. zur Praxis BGE 111 II 245 mit einer gewissen Öffnung bezüglich des Streikrechts. Sodann auch BGE 120 V 312; anders BGE 125 III 368 E. 2 bez. Lohnungleichheit.

86 Vgl. EMMENEGGER, S. 152 f., 187 f., 194 ff., 217 ff.

87 Vgl. BGE 117 Ia 262; 114 Ia 329; vgl. auch EMMENEGGER, S. 59 ff., 203 ff.: Eine gewisse Korrektur bringt nun Art. 35 BV.

88 Siehe hinten Rz. 293.

sich nicht mit der Begründung, sie werde allein als Frau diskriminiert, an das Bundesgericht wenden können. In einem Verfahren nach dem allgemeinen Gleichheitssatz hätte sie sich vielmehr nur auf Willkür berufen können – ob dies trotz der Verletzung ihres Persönlichkeitsrechts aussichtsreich gewesen wäre, wäre unsicher gewesen.

II. Die drei besonderen, auf das Verhältnis der Geschlechter bezogenen Gleichstellungsgebote

67 Der 1981 in die Verfassung aufgenommene Grundsatz der Gleichheit (Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 BV) der Geschlechter vor dem Recht und in der gesellschaftlichen Wirklichkeit beinhaltet *drei Teilbereiche* des Gleichstellungsgebots:

68 In *Satz 1* wird festgehalten, Frau und Mann seien gleichberechtigt. Dieser Grundsatz gilt als grundlegendes Menschenrecht; d.h. der Staat hat nach höchststrichterlicher Auffassung die Pflicht, die bisher im Recht enthaltenen Differenzierungen gegenüber Frauen zu beseitigen und jegliche Diskriminierung allein auf Grund von Merkmalen zu untersagen, welche nur oder vor allem Frauen zugesprochen werden. In diesem Sinne wird der *Geltungsbereich* des allgemeinen Gleichstellungsgebots und des Diskriminierungsverbots in Art. 4 Abs. 1 aBV/Art. 8 Abs. 1 und 2 BV konkretisiert. In dieser Bestimmung wird ein gerichtlich durchsetzbares – auch international⁸⁹ anerkanntes Grundrecht erblickt, das mit bestimmten Ausnahmen nach dem Geschlecht differenzierende Rechtsregeln verbietet.⁹⁰ Diese Bestimmung enthält somit – wie Art. 4 Abs. 1 aBV/Art. 8 Abs. 1 und 2 BV – ein *unmittelbar anwendbares Recht* auf Durchsetzung des Diskriminierungs- und des Differenzierungsverbots in allen Rechtsbereichen im Verhältnis der Geschlechter.

69 In *Satz 2* des geschlechtsbezogenen Gleichheitsprinzips wird festgehalten, der *Gesetzgeber* habe für die rechtliche und tatsächliche *Gleichstellung* von Frau und Mann in allen Rechtsbereichen, insbesondere aber in *Familie, Ausbildung und Arbeit*, zu sorgen.⁹¹ Der Gesetzgeber wird somit ausdrücklich – neben den rechtsanwendenden Behör-

den und Organen auf allen Stufen der staatlichen Hierarchie – in Pflicht genommen.⁹² Nach der Rechtsprechung ergibt sich daraus die *staatliche Aufgabe*, den Gehalt der Grundrechte auch zwischen Privaten gelten zu lassen (Drittwirkung) und neben der rechtlichen auch tatsächliche Gleichheit in der sozialen Wirklichkeit zu schaffen.⁹³ Staatliche Aufgabe ist es somit, *effektive, tatsächliche Gleichstellung* von Frau und Mann in allen Bereichen herzustellen. Das bedeutet unter Umständen, allenfalls durch Erlass sog. *positiver Massnahmen* oder kompensatorischer Regeln dafür zu sorgen, dass die bisher bestehenden Defizite im Recht und in der Lebensrealität, die zulasten der Frauen bestehen, ausgeglichen oder tatsächliche Gleichheit gefördert und durchgesetzt wird. Nach Auffassung des Bundesgerichts lässt sich aus diesem zweiten Satz der geschlechtsbezogenen Gleichheitsbestimmung grundsätzlich kein unmittelbar durchsetzbares Grundrecht herleiten, es wäre denn, der Zeitablauf und die zu regelnde Materie lassen ein Eingreifen der Rechtsprechung als unumgänglich und (sachlich) möglich erscheinen.⁹⁴

In *Satz 3* der geschlechtsbezogenen Gleichstellungsbestimmung wird ausdrücklich erklärt, Frau und Mann müssten für gleichwertige Arbeit *gleich entlohnt* werden. Damit wird auf ein altes, immer noch ungelöstes Problem hingewiesen, wonach Frauen im Allgemeinen – ganz abgesehen von andern Diskriminierungen im Wirtschaftsleben – für gleiche oder gleichwertige Arbeit praktisch durchwegs weniger Lohn erhalten. Sie haben diesen Nachteil u.a. einer traditionell, oft geradezu als naturgegeben betrachteten *geschlechtsdifferenzierenden Aufgabenteilung* (Gratisarbeit im Haus für die Frau, bezahlte Arbeit draussen für den Mann) und *beruflicher Segregation* in sog. typische Frauenberufen zu verdanken, aber auch ihrer biologischen Möglichkeit, schwanger und Mutter und damit zum Unsicherheitsfaktor (Unterbruch oder Aufgabe ihrer Erwerbsarbeit) und Kostenfaktor für die Arbeitgeberschaft zu werden.⁹⁵ Satz 3 ist als ein gegenüber der öffentlichen Hand anwendbares Grundrecht ausgestaltet, gilt aber auch als ein direkt gegenüber

92 BGE 117 V 194; 116 Ib 260 = Pra 80 Nr. 27; BGE 116 Ib 270 E 7b.

93 BGE 116 Ib 270 E. 7b; 125 I 21 E. 3a; nunmehr verstärkt durch die Neufassung des Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV. Dazu AUER, AJP 1993, S. 1342 m.Hinw. auf die einhellige Lehre in FN 52.

94 Vgl. BGE 123 I 152 E. 3a und 5b; 125 I 21 E. 3a.

95 Vgl. BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Berufliche Gleichstellung – ein Mythos? Geschlechtersegregation in der schweizerischen Berufswelt, Bern 1995; dazu auch z.B. STEINER, Verbot, S. 9 ff., 25 ff., 32 ff.; EIDG. KOMMISSION FÜR FRAUENFRAGEN, Viel erreicht – wenig verändert? Zur Situation der Frauen in der Schweiz, Bern 1995.

89 Vgl. das Übereinkommen vom 18. 12. 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, von der Schweiz in Kraft gesetzt am 26. 4. 1997; Botschaft Übereinkommen Diskriminierung.

90 BGE 121 I 97 E. 2a; BGE 123 I 152 E. 3a; 125 I 21 E. 3a m. Hinw.

91 BGE 121 I 97 E. 2a; BGE 123 I 152 E. 3a; Solothurner Quotenentscheid; 125 I 21 E. 3; Urner Quotenentscheid.

Privaten in Privatrechtsverhältnissen anwendbarer Satz des Bundesrechts.⁹⁶

III. Bedeutung der geschlechtsbezogenen Rechtsgleichheit

1. Zweck und Ziel der geschlechtsbezogenen Rechtsgleichheit

- 71 *Zweck und Ziel* der geschlechtsbezogenen Gleichheitsbestimmung ist es, wie die historischen Darlegungen aufgezeigt haben, die bisherige rechtliche, gesellschaftliche, wirtschaftliche und politische Zurücksetzung der Frauen und jede direkte und indirekte Diskriminierung zu beseitigen, die zulasten des weiblichen Geschlechts in Recht und Gesellschaft bestehen.⁹⁷

2. Konkretisierung des Gleichheitsgebots

- 72 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts seit Inkrafttreten der geschlechtsbezogenen Gleichheitsbestimmung ist es dem kantonalen und eidgenössischen Gesetzgeber grundsätzlich verwehrt, Normen zu erlassen, die Mann und Frau ungleich behandeln; Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 BV schliesse die Geschlechtszugehörigkeit als taugliches Kriterium für rechtliche Differenzierungen aus.⁹⁸ Vorbehalten bleiben einzig *biologische und funktionale Gründe*, die grundsätzlich ein Abweichen von der *formalen Gleichstellung* der beiden Geschlechter gestatten. Die geschlechtsbezogene Gleichheitsbestimmung hebt nach dieser Rechtsprechung die Pflicht für die Rechtsanwendenden auf, nach weiteren Unterschieden für die Berechtigung einer differenzierenden Behandlung von Frau und Mann zu suchen. Damit wird dem Grundsatz nach auch die Möglichkeit zu differenzieren ausgeschlossen.

3. Gleichheit in der sozialen Realität

- 73 Das Gleichbehandlungsgebot der Geschlechter wird somit in Rechtsprechung und Lehre zumeist im Sinne *absoluter Gleichheit* verstan-

96 BGE 124 II 436 E. 10d; 125 III 368 E. 2.

97 Vgl. auch AUER, AJP 1993, S. 1340; CHAPONNIÈRE, Geschichte.

98 Z. B. BGE 106 Ib 182; 108 Ia 22 = Pra 71 Nr. 144; 116 Ia 359; 120 V 312; 123 I 56; 125 I 21. Vgl. BGE vom 11.2.1994 i.S. U. P. H. c. Finanzdirektion Bern, publ. in ZBl 1994 (95), S. 375 m.v.Hinw. auf die immer gleiche Formel.

den.⁹⁹ Doch eine *absolute, formale Gleichheit der Geschlechter* beruht auf einem zu engen Verständnis des Gleichheitsartikels. Eine solche Einschränkung ist angesichts der Verschiedenheit der Lebenssituation und der unterschiedlichen individuellen, aber auch sozialen Verhaltensmuster höchstens für bestimmte einzelne Rechtsbereiche denkbar: So etwa bezüglich der *politischen Rechte* für Mann und Frau, der Voraussetzungen für die Einbürgerung oder bezüglich des *Gebots gleicher Entlohnung* für gleiche und gleichwertige Arbeit. Eine nur formal verstandene Umsetzung der «Gleichheit des Menschenantlitzes»¹⁰⁰ im Rahmen des geschlechtsbezogenen Gleichheitsgebots verkehrt sich angesichts der fehlenden tatsächlichen Gleichheit in der sozialen Realität in ihrer Absolutheit – je nach Sachbereich – in Ungerechtigkeiten, in Willkür und vor allem – wie die neueste Rechtsentwicklung zeigt – zu stärkerer Belastung der bisher benachteiligten Frauen und damit gerade zu dem, was mit Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 BV hat vermieden werden wollen, nämlich zur Verfestigung der traditionellen Rollen.^{101, 102}

4. Zulässigkeit von Unterschieden

Die bundesgerichtliche Unterscheidung¹⁰³ zwischen *formaler und materieller Gleichheit* bezieht sich auf die Frage, welche Eigenschaften, Situationen und Verhältnisse als Unterscheidungsmerkmale wesentlich für eine Gleich- oder auch Ungleichbehandlung der Geschlechter sein dürfen und zu welchem *Ziel die Gleichstellung* führen soll. Das Bundes-

74

99 Vgl. BGE 121 I 97 E. 2a m.Hinw.

100 Botschaft Gleiche Rechte, S. 51.

101 Vgl. 124 I 170 E. 2g = Pra 87 Nr. 148; BGE 124 I 297 E. 3b = Pra 88 Nr. 1; BGE 123 III 1 E. 3b/bb und 4a; 122 III 130 E. 2a = Pra 85 Nr. 190; BGE 122 III 316 E. 4a; 122 I 61 E. 3a; 121 III 13 E. 2b = Pra 84 Nr. 179; u.a.

102 Vgl. bereits den Bericht von HELD/LEVY, S. 23 ff., 57 ff., 197 ff.; auch BUNDESAMT FÜR STATISTIK, «Unbezahlt – aber trotzdem Arbeit»; «Monetäre Bewertung der unbezahlten Arbeit», beide Untersuchungen aus dem Jahr 1999; Eidg. KOMMISSION FÜR FRAUENFRAGEN, Viel erreicht – wenig verändert?, Bern 1995.

103 GEORG MÜLLER sagt, diese Gegenüberstellung von formaler und materieller Gleichheit sei nicht richtig, bezweckten doch sowohl die Bemühungen um sozialen Ausgleich als auch das Gebot, Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich zu behandeln, die Realisierung inhaltlicher Ziele und Werte (GEORG MÜLLER in BV-Kommentar, Rz. 4 FN 12 zu Art. 4). Allerdings ist dazu der 2. Teil dieser Formel mitzubeachten: Ungleiches ist auch nach Massgabe seiner Ungleichheit verschieden zu behandeln. Vgl. TOBLER, Quoten, S. 115 ff.; EMMENEGGER, S. 59 ff.; nunmehr speziell zum IVG: BAUMANN/LAUTERBURG, Knappes Geld, Rz. 499 ff., S. 151 ff.

gerichtet präzisiert im Zusammenhang mit Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 BV, das Prinzip der Rechtsgleichheit fordere nur, dass die *relevanten Tatsachen* im Hinblick auf die zu erlassende oder anzuwendende Norm völlig gleich seien.¹⁰⁴ Das *allgemeine Gleichheitsgebot* lässt daher stets Einschränkungen oder Ausnahmen zu, soweit sie sich mit Bezug auf die zu beurteilenden Sachverhalte ernsthaft begründen lassen und daher willkürfrei sind.

- 75 Diese *Möglichkeit der Differenzierung* gilt nach der Rechtsprechung nicht im gleichen Masse für das *geschlechtsbezogene Gleichheitsgebot*.¹⁰⁵ Das unterschiedliche Geschlecht darf grundsätzlich nicht mehr Anlass zu differenzierender Behandlung im Recht geben. Aber auch dieses Gleichstellungsgebot kann nicht ohne Ausnahmen auskommen. Es muss gewisse Ungleichbehandlungen zulassen, soll gegenüber den Frauen, deren Rechts- und tatsächliche Gleichheit es zu *verbessern* gilt, nicht Unrecht geschehen.¹⁰⁶ Als solche *Ausnahme* gelten unbestritten *biologische Gründe*. Schwangerschaft und Mutterschaft sind Sachverhalte, die eine unterschiedliche Behandlung z.B. im Arbeitsrecht zwingend erfordern.¹⁰⁷ Die Praxis des Bundesgerichts lässt auch sog. *funktionale Gründe* für ein Abweichen vom absolut verstandenen geschlechtsbezogenen Gleichstellungsgebot zu.¹⁰⁸ Damit soll grundsätzlich auf die besonderen Funktionen und Aufgaben, die den Angehörigen des einen oder andern Geschlechts zukommen, Rücksicht genommen werden. Bei dieser Gratwanderung dürfen solche funktionale Gründe aber nach der Rechtsprechung nur mit Zurückhaltung angerufen werden, um nicht wieder die *überlieferten Rollenzuweisungen* an Frauen und Männer zu verfestigen. Denn sonst würde gerade die zentrale Aufgabe des geschlechtsbezogenen Gleichheitsgebots, die traditionelle Rollenverteilung zu durchbrechen, unterlaufen.¹⁰⁹

104 Vgl. BGE 112 Ia 193 E. 2b.

105 Vgl. HANGARTNER, Geschlechtergleichheit, S. 836; BGE 108 Ia 22 = Pra 71 Nr. 144; Waadtländer Schultenscheid; BGE 123 I 152; Solothurner Quotenentscheid; BGE 106 Ib 182 E. 4a; 116 V 198 E. 2a/bb.

106 Vgl. z.B. BGE vom 31.5.1991 i.S. A. G. c. Einwohnergemeinde H., der aufzeigt, dass die formale Betrachtungsweise nicht immer ausreicht: Das Bundesgericht stellt hier erstmals die Frage nach zusätzlichen Massnahmen als Ausgleich der Situation von Frauen. Vgl. dazu ANDREAS AUER, Besprechung dieses Entscheides in AJP 1992, S. 252ff., insbes. 258; auch TOBLER, Quoten, S. 115ff.; bereits HANS HUBER, Gleiche Rechte, ZBJV 1982, S. 161ff.

107 Art. 35 aArG; Art. 35 und 35 a-b rev.ArG; Botschaft Arbeit, S. 30f.; allgemein Art. 116 Abs. 3 BV (Mutterschaftsversicherung).

108 Vgl. hinten Rz. 172, 268ff.

109 HAEFLIGER, S. 82; Botschaft Gleiche Rechte, S. 53.

5. Chancengleichheit

Die Rechtspraxis zeigt, dass es bei der Herstellung von Rechtsgleichheit zwischen den Geschlechtern um mehr geht als nur um *formale Gleichheit*. Mit der neuen Bestimmung sollte einerseits die Ausgangslage für die volle Persönlichkeitsverwirklichung der historisch und gesellschaftlich benachteiligten, oft auch diskriminierten Frauen im Sinne von *Chancengleichheit* in sozialer, kultureller, wirtschaftlicher und politischer Hinsicht geschaffen werden. Andererseits geht es aber auch darum (und in dieser Hinsicht lässt die Rechtsprechung noch oft zu wünschen übrig), dass diese *gleichen Chancen* für beide Geschlechter zu einer *materiellen Gleichstellung* führen müssen. Als Folge einer formalen Gleichberechtigung darf beispielsweise nicht eine *Doppelbelastung* – etwa in der Ehe – oder eine stärkere, eventuell finanzielle Belastung in andern Rechtsbereichen in Kauf genommen werden. Darin läge nur eine neue – allenfalls indirekte – Diskriminierung.

Was das Bundesgericht unter *Chancengleichheit* versteht, hat es in BGE 108 Ia 22 erstmals umschrieben: Es sollen für Frauen *Bedingungen zu einer besseren Ausgangslage* für die volle Entfaltung ihrer Persönlichkeit im sozialen, wirtschaftlichen und politischen Leben geschaffen werden.¹¹⁰ Damit schränkt das Bundesgericht das Gleichheitsgebot auf die *«Startbedingungen»* ein, ohne Rücksicht darauf, dass es nicht allen Frauen gelingt, diese Startbedingungen zu nutzen, stehen dem doch zu oft noch die traditionellen Überlieferungen und gesellschaftliche oder finanzielle Schranken wie auch fehlende Strukturen zur erleichterten Aufteilung der Familienarbeit im alltäglichen Leben entgegen. Chancengleichheit im Sinne gleicher Ausgangs- oder Startbedingungen ist deshalb zwar schon viel, aber bedeutet noch nicht die Erreichung des Ziels einer *tatsächlichen Gleichheit*. Es wird denn auch in der Lehre und der jüngeren Rechtsprechung¹¹¹ anerkannt, dass unter Umständen Defizite abbauende, ausgleichende oder kompensierende Massnahmen erforderlich sein müssen, um das Ziel *materieller Gleichheit* zu verwirklichen.¹¹²

110 Vgl. auch Botschaft Gleiche Rechte, S. 2, 49ff.; Bericht über das Rechtsetzungsprogramm von 1986, S. 8f.; TOBLER, Quoten, S. 54, 113ff.; WEBER-DÜRLER, FS Ulrich Häfelin, S. 205–222.

111 BGE 125 I 21 E. 2d; 123 I 152.

112 Vgl. Art. 3 Abs. 3 GlG; BGE vom 31.5.1991 i.S. A. G. c. Einwohnergemeinde H., E. 6c; BGE 125 I 21; Urner Quotenentscheid; GEORG MÜLLER in BV-Kommentar, Rz. 4, 137b zu Art. 4; JÖRG P. MÜLLER, Grundrechte, S. 410ff., 438ff.

- 78 Doch wie schwierig sich die Realisierung dieser Grundsätze in der Rechtswirklichkeit und noch mehr in der Politik erweist, hat sich im Zusammenhang mit der Nachführung der Verfassung im Jahre 1999 wieder konkret gezeigt.¹¹³ Die ausdrückliche Ergänzung des Gebots im neuen Art. 8 Abs. 3 BV, die Geschlechter nicht nur rechtlich, sondern auch *tatsächlich* gleich zu behandeln, war einmal mehr nicht unbestritten, obwohl in dieser Hinsicht die Rechtsprechung längst klare Hinweise darauf gegeben hat, dass dies der Meinung des Art. 4 Abs. 2 aBV entspreche.¹¹⁴ Der neue Verfassungsartikel zur Gleichstellung der Frauen wollte nichts anderes ausdrücken. Doch wurde eine solche Ergänzung von verschiedenen Parlamentariern als «überflüssig» bezeichnet, die nur unerfüllbare Hoffnungen für Frauen wecken würde.¹¹⁵

IV. Rechtsgleichheit, rechtliche Gleichbehandlung und tatsächliche Gleichstellung

- 79 Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 BV steht gleichwertig neben dem allgemeinen Grundsatz der *Rechtsgleichheit* in Abs. 1 dieser Bestimmung. Die beiden Grundrechte sind aufeinander bezogen und zugleich unabhängig voneinander.¹¹⁶ Rechtsgleichheit als Begriff deckt sich mit dem Begriff *rechtlicher Gleichbehandlung*. Ihr Inhalt ist in *materieller Hinsicht* weitgehend derselbe; beide Bestimmungen, der *allgemeine und der geschlechtsbezogene Gleichheitssatz*, verlangen die diskriminationsfreie Durchsetzung des Gleichheitsgebots im gesamten Bereiche der Rechtsordnung.
- 80 Aber Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 BV *konkretisiert* den Gleichheitsgedanken insofern, als er zugunsten einer Bevölkerungsgruppe, jener der Frauen, nicht nur Rechtsgleichheit, Freiheit von Diskriminierung, Verbot von Differenzierung aufgrund geschlechtstypischer Merkmale, sondern darüber hinaus auch *tatsächliche Gleichstellung* herzustellen beabsichtigt. In Abs. 2/3 dieser Verfassungsbestimmung wird die *Zielgruppe* der beiden Bestimmungen eingeschränkt, aber nicht am Grundsatz gerüttelt, wonach *Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit*

gleich zu behandeln sei und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit rechtlich verschieden behandelt werden müsse, wobei gegebenenfalls *Massnahmen* zum Ausgleich tatsächlicher Benachteiligungen anzuordnen sind.¹¹⁷

81 Während nach der Rechtsprechung dem Verbot der *Geschlechterdiskriminierung* bereits entsprochen wird, wenn die Gesetzgebung formal «neutrales» Recht schafft,¹¹⁸ zeigt die Lebenswirklichkeit, dass damit zwar dem *Differenzierungsverbot nach Geschlecht* entsprochen wird (was in der Praxis v.a. zu Erfolgen für Männer geführt hat¹¹⁹), dass aber die tatsächliche, reale, den Unterschieden Rechnung tragende Gleichheit von Frau und Mann an ihren traditionell gesellschaftlich immer noch verschiedenen Funktionen scheitert. Auch wenn Frauen beispielsweise in geschlechtsneutralem Recht, etwa im Vertrags- oder besonders im Arbeitsvertragsrecht, formal gleicherweise wie Männer als Vertragssubjekte angesprochen sind oder wenn sie formal zu allen Berufen zugelassen werden, verschleiert dies die Tatsache, dass Frauen immer noch im Wesentlichen untergeordnete, «einfache» Arbeit leisten und sich vorwiegend in «Frauenberufen» betätigen, dass an sie andere Erwartungen gestellt werden, denen sie zumeist zu entsprechen trachten, dass ihnen ferner auch – bewusst oder unbewusst – (scheinbar biologisch begründete) Vorurteile entgegenstehen, die zu schlechteren *Arbeitsbedingungen* oder dem Ausschluss aus machtbeseetzten Stellungen führen. Diese spezielle, versteckte Form von *Differenzierung* und *Diskriminierung* trotz *formaler rechtlicher Gleichstellung* hat die bisherige Erfahrung mit dem geschlechtsbezogenen Gleichheitsartikel aufgezeigt. Ihr sollte die Rechtsprechung – neben der Gesetzgebung – vermehrt durch den Einbezug der unterschiedlichen tatsächlichen Lebensverhältnisse in die Auslegung des verfassungsrechtlichen Gleichstellungsgebots Rechnung tragen.

113 Vgl. AmtlBull NR 1998, S. 465 f.; Votum NR Dettling.

114 GEORG MÜLLER in BV-Kommentar, Rz. 4, 137b zu Art. 4 m. Hinw.

115 AmtlBull NR 1998, S. 153 ff., 409 ff., 465 ff. Vgl. z.B. Votum von NR Dorle Vallerder, S. 466.

116 Vgl. BGE 125 I 21 E. 3a; TOBLER, Quoten, S. 68.

117 Vgl. TOBLER, Quoten, S. 95; auch JÖRG P. MÜLLER, Grundrechte, S. 421 ff., 441 ff.

118 BGE 123 I 56 E. 2; 120 V 312 E. 2a; 117 V 318 E. 2a; 116 Ib 270 E. 7a und b; 116 V 198 E. 2a/bb; 109 Ib 81 E. 4d = Pra 72 Nr. 289.

119 Z. B. BGE 109 Ib 81 = Pra 72 Nr. 289; 116 V 189 E. 4; 117 V 318; 119 II 314; 121 I 97; ZBl 1987 (88), S. 306; ZBl 1990 (91), S. 275.

V. Probleme um die allgemeine und geschlechtsbezogene Diskriminierung

1. Begriff der Diskriminierung

- 82 *Diskriminierung* ist die unsachgemässe, nicht begründbare Anders- oder Geringerbehandlung gleicher oder gleichartiger und gleichwertiger Sachverhalte resp. die ungerechtfertigte Gleichbehandlung unterschiedlicher Tatbestände.¹²⁰ Sie beruht zumeist auf einer *negativen Wertung* und beinhaltet stets den Ausdruck einer gewissen Abwertung hinsichtlich bestimmter Wesensmerkmale, die zu ungerechtfertigten Benachteiligungen führen, aber gleichstellungsrechtlich unbeachtlich sind. Die Merkmale, die oft auch zu Ausgrenzungen als «Minderheiten» führen, sind – wie dies der nachgeführte Art. 8 Abs. 2 BV nunmehr auf modernere Weise ausdrückt – Herkunft, Rasse, *Geschlecht*, Alter, Sprache, soziale Stellung, die verschiedenen Lebensformen, religiöse, weltanschauliche oder politische Überzeugung; sie können aber auch in einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung bestehen.

2. Willkürverbot und Differenzierungsgebot

- 83 Solch *unterschiedliche Wesensmerkmale*, welche für die Individualität der Menschen oder von Gruppen und deren Lebensumstände stehen, lassen sich indessen nicht immer nach einheitlichen rechtlichen Gesichtspunkten regeln, denn das könnte je nach dem Grad der Verschiedenheit auch wieder zu Ungerechtigkeiten führen. Unterschiede sind im Rahmen des allgemeinen Gleichheitsgebots zu beachten, weil die tatsächlichen Auswirkungen formal rechtsgleicher gesetzlicher Regelungen oft nicht dem besonderen Schutzgedanken und der eigentlichen Zielsetzung des verfassungsrechtlichen allgemeinen Gleichstellungsgebots entsprechen.¹²¹ Das «Menschenantlitz» ist zwar vor dem Gesetz gleich, aber die persönlichen, sozialen und weiteren Umstände, in welchen die einzelnen Gruppen und Individuen leben, sind teilweise höchst unterschiedlich. Dem hat das allgemeine Gleichheitsgebot nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in differenzierender Weise Rechnung zu tragen, soll nicht in Willkür verfallen werden. Das *Willkürver-*

¹²⁰ BGE 106 Ib 182 E. 4a.

¹²¹ Vgl. BGE 117 V 194 E. 4; 119 Ia 178 E. 7c. Dazu JÖRG P. MÜLLER, Grundrechte, S. 415f.

bot einerseits und ein entsprechendes *Differenzierungsgebot* andererseits sind daher im Rahmen des allgemeinen Grundsatzes des Art. 4 Abs. 1 aBV/Art. 8 Abs. 1 BV zu beachten.

3. Das Diskriminierungsverbot des geschlechtsbezogenen Gleichstellungsgebots

a) Persönlicher Geltungsbereich

Das *Diskriminierungsverbot* des geschlechtsbezogenen Gleichheitssatzes untersagt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts grundsätzlich jede Regelung und Entscheidung, die sich einzig am unterschiedlichen Geschlecht orientiert.¹²² Im Bereich der Geschlechtergleichheit gilt grundsätzlich und im Gegensatz zum allgemeinen Gleichheitsgebot ein absolutes *Differenzierungsverbot* im Verhältnis zwischen *Frauen und Männern*.¹²³ Diskriminiert sind Frauen, wenn sie unter Berufung auf das unterschiedliche Geschlecht, den Zivilstand oder auf besondere Merkmale, die ausschliesslich oder vorwiegend ihrem Geschlecht zugeschrieben werden, rechtlich oder tatsächlich anders als Männer behandelt werden. Das kann darin bestehen, dass ihnen Rechte wie etwa auf Selbstbestimmung in der Lebensgestaltung, Ansprüche auf gleichen Zugang zu allen Arbeitsplätzen, Anspruch auf gleichen sozialen Schutz unabhängig vom Zivilstand, auf gleiche Vertretung in allen politischen Gremien verweigert oder anders – einschränkend – zugestanden werden. Das *Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts*, das in der Lehre auch als *Differenzierungsverbot* umschrieben wird,¹²⁴ aber auch zum Differenzierungsgebot werden kann oder muss, gibt den Frauen als Einzelpersonen oder auch als Gruppe einen unbedingten Anspruch darauf, je nach dem zu regelnden Sachverhalt *gleich oder gleichwertig* als eigene Persönlichkeit neben den Männern anerkannt, und in ihrer Andersartigkeit ernst genommen und mit gleichen Rechten und Ansprüchen ausgestattet zu werden.¹²⁵

¹²² BGE 126 I 1 m.Hinw.

¹²³ Darüber hinaus auch das Verbot in zahlreichen internationalen Übereinkommen: so z.B. der Europäischen Menschenrechtskonvention von 1950 oder dem Übereinkommen von 1979 zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau.

¹²⁴ Vgl. etwa ARIOLI, Wirksame Mittel, S. 66; DIES., Frauenförderungsmassnahmen, S. 73ff.; BAUMANN/LAUTERBURG, Knappes Geld, Rz. 491.

¹²⁵ HAEFLIGER, S. 24ff., 41. Vgl. BGE 124 I 170 E. 2g = Pra 87 Nr. 148; BGE 124 I 297 E. 3b = Pra 88 Nr. 1; BGE 123 II 9 E. 3; 123 II 16 E. 6a; 123 III 1 E. 3b/bb; 123 I 1 E. 4a; 122 II 113 E. 2b; 121 III 301 E. 5b u.a.

V. Probleme um die allgemeine und geschlechtsbezogene Diskriminierung

1. Begriff der Diskriminierung

- 82 *Diskriminierung* ist die unsachgemässe, nicht begründbare Anders- oder Geringerbehandlung gleicher oder gleichartiger und gleichwertiger Sachverhalte resp. die ungerechtfertigte Gleichbehandlung unterschiedlicher Tatbestände.¹²⁰ Sie beruht zumeist auf einer *negativen Wertung* und beinhaltet stets den Ausdruck einer gewissen Abwertung hinsichtlich bestimmter Wesensmerkmale, die zu ungerechtfertigten Benachteiligungen führen, aber gleichstellungsrechtlich unbeachtlich sind. Die Merkmale, die oft auch zu Ausgrenzungen als «Minderheiten» führen, sind – wie dies der nachgeführte Art. 8 Abs. 2 BV nunmehr auf modernere Weise ausdrückt – Herkunft, Rasse, *Geschlecht*, Alter, Sprache, soziale Stellung, die verschiedenen Lebensformen, religiöse, weltanschauliche oder politische Überzeugung; sie können aber auch in einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung bestehen.

2. Willkürverbot und Differenzierungsgebot

- 83 Solch *unterschiedliche Wesensmerkmale*, welche für die Individualität der Menschen oder von Gruppen und deren Lebensumstände stehen, lassen sich indessen nicht immer nach einheitlichen rechtlichen Gesichtspunkten regeln, denn das könnte je nach dem Grad der Verschiedenheit auch wieder zu Ungerechtigkeiten führen. Unterschiede sind im Rahmen des allgemeinen Gleichheitsgebots zu beachten, weil die tatsächlichen Auswirkungen formal rechtsgleicher gesetzlicher Regelungen oft nicht dem besonderen Schutzgedanken und der eigentlichen Zielsetzung des verfassungsrechtlichen allgemeinen Gleichstellungsgebots entsprechen.¹²¹ Das «Menschenantlitz» ist zwar vor dem Gesetz gleich, aber die persönlichen, sozialen und weiteren Umstände, in welchen die einzelnen Gruppen und Individuen leben, sind teilweise höchst unterschiedlich. Dem hat das allgemeine Gleichheitsgebot nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in differenzierender Weise Rechnung zu tragen, soll nicht in Willkür verfallen werden. Das *Willkürver-*

bot einerseits und ein entsprechendes *Differenzierungsgebot* andererseits sind daher im Rahmen des allgemeinen Grundsatzes des Art. 4 Abs. 1 aBV/Art. 8 Abs. 1 BV zu beachten.

3. Das Diskriminierungsverbot des geschlechtsbezogenen Gleichstellungsgebots

a) Persönlicher Geltungsbereich

Das *Diskriminierungsverbot* des geschlechtsbezogenen Gleichheitssatzes untersagt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts grundsätzlich jede Regelung und Entscheidung, die sich einzig am unterschiedlichen Geschlecht orientiert.¹²² Im Bereich der Geschlechtergleichheit gilt grundsätzlich und im Gegensatz zum allgemeinen Gleichheitsgebot ein absolutes *Differenzierungsverbot* im Verhältnis zwischen *Frauen und Männern*.¹²³ Diskriminiert sind Frauen, wenn sie unter Berufung auf das unterschiedliche Geschlecht, den Zivilstand oder auf besondere Merkmale, die ausschliesslich oder vorwiegend ihrem Geschlecht zugeschrieben werden, rechtlich oder tatsächlich anders als Männer behandelt werden. Das kann darin bestehen, dass ihnen Rechte wie etwa auf Selbstbestimmung in der Lebensgestaltung, Ansprüche auf gleichen Zugang zu allen Arbeitsplätzen, Anspruch auf gleichen sozialen Schutz unabhängig vom Zivilstand, auf gleiche Vertretung in allen politischen Gremien verweigert oder anders – einschränkend – zugestanden werden. Das *Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts*, das in der Lehre auch als *Differenzierungsverbot* umschrieben wird,¹²⁴ aber auch zum Differenzierungsgebot werden kann oder muss, gibt den Frauen als Einzelpersonen oder auch als Gruppe einen unbedingten Anspruch darauf, je nach dem zu regelnden Sachverhalt *gleich oder gleichwertig* als eigene Persönlichkeit neben den Männern anerkannt, und in ihrer Andersartigkeit ernst genommen und mit gleichen Rechten und Ansprüchen ausgestattet zu werden.¹²⁵

122 BGE 126 I 1 m.Hinw.

123 Darüber hinaus auch das Verbot in zahlreichen internationalen Übereinkommen: so z.B. der Europäischen Menschenrechtskonvention von 1950 oder dem Übereinkommen von 1979 zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau.

124 Vgl. etwa ARIOLI, Wirksame Mittel, S. 66; DIES., Frauenförderungsmassnahmen, S. 73 ff.; BAUMANN/LAUTERBURG, Knappes Geld, Rz. 491.

125 HAEFLIGER, S. 24 ff., 41. Vgl. BGE 124 I 170 E. 2g = Pra 87 Nr. 148; BGE 124 I 297 E. 3b = Pra 88 Nr. 1; BGE 123 II 9 E. 3; 123 II 16 E. 6a; 123 III 1 E. 3b/bb; 123 I 1 E. 4a; 122 II 113 E. 2b; 121 III 301 E. 5b u.a.

120 BGE 106 Ib 182 E. 4a.

121 Vgl. BGE 117 V 194 E. 4; 119 Ia 178 E. 7c. Dazu JÖRG P. MÜLLER, Grundrechte, S. 415 f.

b) Unmittelbare oder direkte Diskriminierung

- 85 Die Rechtsprechung verbietet jede unmittelbare – offene oder versteckte (implizite¹²⁶) – Benachteiligung von Frauen. Eine solche liegt vor, wenn eine Rechtsfolge an die Unterschiedlichkeit des Geschlechts anknüpft und die entsprechende Regel Mann und Frau grundlos verschieden behandelt. Ob eine *direkte* oder implizite Diskriminierung in einem konkret zu beurteilenden Sachverhalt vorliegt, ist in der Regel leicht feststellbar. Wenn allein den Frauen – wie in BGE 116 Ia 359 – die politischen Rechte, die dem Mann zustehen, vorenthalten werden, liegt darin eine klar gegebene Diskriminierung, die auf nichts weiter beruht als auf dem ungleichen Geschlecht. Oder der Adoptivvater, dem aufgrund eines Gesetzes, das ausdrücklich nur Frauen einen Adoptionsurlaub zuerkennt, kein Elternurlaub zukommt, fühlt sich mit Recht direkt als Vater benachteiligt.¹²⁷ *Direkte Diskriminierung* findet sich in der Rechtsordnung nur noch selten; sie wird zumeist durch geschlechtsneutrale Regelungen beseitigt. Das Bundesgericht betrachtet damit grundsätzlich das Erfordernis des sich aus Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 BV herleitbaren Diskriminierungs- und Differenzierungsverbots als erfüllt.¹²⁸

c) Mittelbare oder indirekte Diskriminierung

- 86 Direkte Diskriminierung ist im Verlaufe der letzten Jahre weitgehend behoben worden, teils durch materielle Änderungen in der Gesetzgebung (z.B. 10. AHV-Revision, Revision des Eherechts), teils aber auch nur durch eine geschlechtsneutrale Fassung der Gesetze (z.B. kantonale Familienzulagen, vgl. Rz. 104). Geschlechtsneutrale Formulierungen können verschleiern, dass sich die Rechtsnorm unter Umständen für das eine oder andere Geschlecht nachteilig auswirkt.¹²⁹ Aus dieser Erkenntnis heraus hat die schweizerische Lehre und Rechtsprechung – in Übernahme der im amerikanischen und europäischen Recht entwickelten Gedanken – das Rechtsinstitut der *indirekten Diskriminie-*

rung adoptiert. Eine indirekte Diskriminierung liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn eine formal geschlechtsneutrale Regelung oder Massnahme im Ergebnis wesentlich mehr bzw. überwiegend Angehörige des einen Geschlechts erheblich benachteiligt, ohne dass dafür rechtsgenügende Rechtfertigungsgründe angeführt werden können.¹³⁰ *Indirekte Diskriminierungen* beruhen somit auf Regelungen, die objektiv gesehen beide Geschlechter gleich behandeln und sie auch *formal* in ihren Rechten gleich treffen. Aber die *Auswirkungen* solcher Regelungen können tatsächlich und *statistisch* die eine Bevölkerungsgruppe zuungunsten der andern bevorzugen oder zugunsten der andern benachteiligen, ohne dass diese Folge gleichheitsbetonten Rechts immer sichtbar wird. Da geschlechtsneutral formulierte Regelungen in der Lebenswirklichkeit vielfach Frauen benachteiligen, kann die Rechtsfigur der *indirekten Diskriminierung* Mittel dazu sein, Gesetze, Verordnungen, Verfügungen und Entscheide auf *tatsächlich* bestehende geschlechtsspezifische Ungleichheiten kritisch zu hinterfragen. Dies stellt aber hohe Anforderungen vor allem an die rechtsanwendenden Organe, auch an das Bundesgericht, das während langer Zeit die Rechtsfigur der indirekten Diskriminierung vom Anwendungsbereich des Art. 4 Abs. 2 Satz 1 aBV zu Unrecht ausgeklammert¹³¹ und zumeist auf den Gesetzgeber verwiesen hat.^{132, 133}

130 Botschaft GlG, S. 48 ff. Vgl. STEINER, Verbot, S. 89; ELISABETH FREIVOGEL, Rz 11 ff., insb. 13 zu Art. 3 GlG; ARIOLI, Rechtsfigur, S. 1327; STAMPE, S. 112 ff., 171 ff.; auch BGE 126 I 1 m.Hinw. Die übliche Formel umfasst alle in Betracht kommenden Benachteiligungen rechtlicher und tatsächlicher Art. BGE 113 Ia 384 = Pra 77 Nr. 74; 124 II 409; 124 II 436; 124 II 529; 125 II 530 als typische Beispiele indirekter Diskriminierung in Lohngleichheitsfragen.

131 Vgl. ARIOLI, Rechtsfigur, S. 1329 und BAUMANN/LAUTERBURG, Knappes Geld, Rz. 509, 547, 549 ff., die mit Recht den Grundrechtscharakter der indirekten Diskriminierung betonen.

132 Vgl. ARIOLI, Rechtsfigur, S. 1330 ff. m.Hinw.; diese Autorin hat als erste darauf hingewiesen, dass der Ursprung dieser Rechtsfigur sich aus der Verhinderung der Rasendiskriminierung im amerikanischen Recht herleiten lässt. In der Rechtsprechung haben erst die Lohngleichheitsverfahren zur Beschäftigung mit der Rechtsfigur der indirekten Diskriminierung geführt: vgl. noch abwehrend BGE 121 I 97; sodann aber BGE 124 II 409 E. 7 m.Hinw.; 125 I 71 E. 2; 125 II 385 E. 3 a und b m.Hinw.; wieder weniger klar im BGE vom 20.11.2000 i.S. L. F.-Z. und SSP c. Tamm Ticino E. 3c: Anspruch auf Dienstaltersstufe trotz verlängertem unbezahltem Mutterschaftsurlaub. Vgl. auch JÖRG P. MÜLLER, Grundrechte, S. 441 f., der eine Beachtung indirekter Diskriminierungen auf substantielle Benachteiligungen beschränken und durch verfassungskonforme Auslegung beheben will.

133 Der Rechtsfigur der indirekten Diskriminierung gegenüber eher ablehnend vgl. WEBER-DÜRLER, Aktuelle Aspekte, S. 369; zurückhaltender DIES., Rechtsgleichheit, S. 670 f. Rz. 30.

126 Vgl. BAUMANN/LAUTERBURG, Knappes Geld, Rz. 495.

127 Vgl. nicht publ. Entscheid i.S. J.-P. B c. Commission de recours du personnel des établissements hospitaliers de Genève; dazu weitere Entscheide wie BGE 103 Ia 517 = Pra 67 Nr. 138; erster Lohngleichheitsprozess; BGE 108 Ia 22 = Pra 71 Nr. 144; gleicher Zugang zu Mittelschulen; auch BGE 113 Ia 107 E. 4 = Pra 76 Nr. 254.

128 Z. B. BGE 125 I 21 E. 3a; BGE vom 10.10.1986 in ZBl 1987 (88), S. 306 ff.; bereits BGE 108 Ia 22 = Pra 77 Nr. 144; u.a.

129 Vgl. z.B. BGE 123 I 152; 121 I 97. Anders Art. 13 Abs. 2^{bis}, 14 Abs. 2 AVIG.

§ 3 Abgrenzungen des allgemeinen und des geschlechtsbezogenen Gleichheitssatzes in der Rechtsprechung

- 87 Mit der Einführung des geschlechtsbezogenen Gleichheitssatzes hat das allgemeine Rechtsgleichheitsprinzip des Art. 4 Abs. 1 aBV/Art. 8 Abs. 1 BV seine Bedeutung in Bezug auf die Gleichbehandlung der Geschlechter und eine diskriminierende Ungleichbehandlung durch alleinige Anknüpfung an das Geschlecht verloren. Der allgemeine Grundsatz behält seine Bedeutung in vielen, vom Geschlecht zumeist unabhängigen Konstellationen. Aber es gibt immer wieder Entscheide, welche die tatsächliche Stellung von Frau und Mann betreffen und die eine Abgrenzung des allgemeinen vom geschlechtsbezogenen Gleichstellungsgebot nicht immer einfach erscheinen lassen. Die Gemeinsamkeiten und Unterschiede des allgemeinen und des geschlechtsbezogenen Gleichheitssatzes haben nach der Rechtsprechung grundsätzlich lediglich zur (verfahrensrechtlichen) Folge, dass es sich in unklaren Sachverhalten aufdrängt, sich jeweils – trotz der Anwendung des Rechts von Amtes wegen¹³⁴ und der qualifizierten richterlichen Prüfungspflicht – auf beide Vorschriften zu berufen.¹³⁵ Es ist Sache der rechtsanwendenden Gerichte¹³⁶ zu entscheiden, ob die allgemeine Gleichheitsregel des Art. 4 Abs. 1 aBV mit ihrer relativen, auf Willkür reduzierten Bedeutung oder die formal auf das Verhältnis von Frau und Mann bezogene Gleichstellungsregel des Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 BV als Grundlage für die Entscheidung zu berücksichtigen ist, oder ob ein Sachverhalt vorliegt, welcher das Zusammengehen beider Vorschriften erfordert und rechtfertigt.

I. Rechtliche Ungleichbehandlung gleicher Lebensverhältnisse und Geschlechterdiskriminierung

- 88 Es gilt zunächst zu unterscheiden, ob in den konkreten Fällen eine eigentliche *Diskriminierung der Geschlechter* in Frage steht oder ob die

134 BGE 121 V 204 E. 6c; 122 V 157 E. 1a.

135 Vgl. z.B. BGE 114 II 13 E. 5 i.f.; nicht publ. BGE vom 31.5.1991 i.S. A. G. c. Einwohnergemeinde X.

136 BGE 125 III 368 E. 3; 124 II 529 E. 6a; 118 Ia 35 E. 2d/e; 117 Ia 262 E. 4.

angefochtene Regelung Männer und Frauen gleicherweise betrifft, also «geschlechtsneutral» ist. Art. 4 Abs. 1 aBV/Art. 8 Abs. 1 BV¹³⁷ und nicht etwa Abs. 2 resp. 3 dieser Bestimmung ist rechtliche Grundlage beispielsweise für die gerichtliche Auseinandersetzung zwischen *Ehepaaren* und *Paaren in eheähnlichen Verhältnissen* um eine Gleichbehandlung im *Steuerrecht*.¹³⁸ Weil Ehegatten (jedenfalls noch im Zeitpunkt des Abschlusses dieser Arbeit) nach dem Grundsatz der *Familieneinheit* besteuert werden, wird etwa beanstandet, Ehepaare würden gegenüber Paaren in eheähnlichen Verhältnissen ungerechtfertigterweise benachteiligt, was der allgemeinen und der geschlechtsbezogenen Gleichheitsbestimmung widerstrebe.¹³⁹ Das Bundesgericht hat diese Fälle, die erst nach 1981 zur Diskussion gestellt worden sind, nicht als Verletzung des Gebots der Gleichbehandlung der Geschlechter betrachtet. Der Steuergesetzgeber habe nicht zur Aufgabe, gesellschaftsverändernd zu wirken; er dürfe mit Hilfe des Steuerrechts nicht etwa das eheähnliche Verhältnis bekämpfen und die Ehe bevorzugen. Der kantonale Gesetzgeber dürfe daher im Rahmen des Art. 4 Abs. 1 aBV – so das Bundesgericht – durchaus in einem gewissen, verhältnismässigen Rahmen verheiratete Paare anders (d.h. in der Praxis je nach Konstellation der Einkommensverhältnisse auch etwas schlechter, die Verf.) behandeln als Paare in eheähnlichen Verhältnissen, wenn es nicht möglich sei, eine absolute Gleichheit herzustellen.¹⁴⁰

Diese vergleichbaren Lebensverhältnisse sind somit nach der Rechtsprechung allein unter dem Gesichtspunkt der *allgemeinen Rechtsgleichheit* zu beurteilen. Dass die unterschiedliche rechtliche Behandlung solch gleicher oder vergleichbarer Lebensverhältnisse letztlich auf dem *Gedanken des Schutzes des Versorgers* beruht und dass die Benachteiligung der erwerbstätigen Ehefrauen eine – allenfalls indirekte – geschlechtsbezogene Ungleichheit i.S.v. Art. 4 Abs. 2 Satz 1 aBV/Art. 8

137 Heute Art. 8 Abs. 1 und Abs. 3 der nachgetragenen BV.

138 Z. B. BGE 110 Ia 7; 108 Ia 126.

139 Vgl. KLETT, ZSR 1992 II, S. 129 ff.; MARKUS REICH, Das Leistungsfähigkeitsprinzip, ASA 53, S. 5 ff., insb. 13 FN 37; BGE 118 Ia 1 = Pra 82 Nr. 208: Bestätigung der Rechtsprechung seit BGE 108 Ia 126: Abzug für verheiratete und unverheiratete Paare; 117 Ib 1 E. 2d; auch nicht publ. BGE vom 24.6.1996 i.S. H. c. Finanzdirektion Zürich; auch BGE 119 Ia 241 = Pra 83 Nr. 105: Abzugsmöglichkeit der Privatvorsorge nur für Erwerbstätige; BGE 123 I 241 E. 2b = Pra 87 Nr. 19; BGE 122 I 139 E. 4c/aa und bb: Ungleichheit der Besteuerung von Ehegatten und Kollektivgesellschaft.

140 BGE 118 Ia 1 E. 3c = Pra 82 Nr. 208 m.Hinw. auf BGE 112 Ia 240 und den nicht publ. Entscheid vom 8.12.1988 i.S. A. M. c. canton du Valais.

Abs. 3 Satz 1 BV sein könnte, wollte das Bundesgericht nicht anerkennen.¹⁴¹ Es ging davon aus, geltend gemacht werde nur, dass *Ehefrauen* benachteiligt seien, da ihnen durch die Art der Besteuerung die Aufnahme oder Beibehaltung einer Erwerbstätigkeit erschwert werde. Doch dadurch werde Art. 4 Abs. 2 aBV nicht berührt. Die behauptete Diskriminierung – nämlich die steuerliche Höherbelastung – betreffe Frauen und Männer mit einem Doppelverdienst gleichermaßen. Dass faktisch häufiger Frauen auf die Erwerbstätigkeit verzichten würden, und dass dem geltenden Steuersystem immer wieder eine gewisse Ehefeindlichkeit nachgesagt wird, darauf wollte das Bundesgericht nicht näher eingehen.¹⁴²

II. Familienrechtliche Überlegungen im staatlichen Leistungsrecht

1. Das eheähnliche Verhältnis als der Ehe «vergleichbares Lebensverhältnis»

- 90 Der konstanten Praxis des Bundesgerichts entspricht, dass das *Familienrecht* Voraussetzung und Massstab für die rechtlichen Regelungen des Sozialversicherungsrechts ist. Das bringt der Rechtsprechung dann etliche Probleme, wenn sie sich mit der besonderen Form eheähnlichen Zusammenlebens auseinanderzusetzen hat, welches rechtlich (noch) nicht geregelt ist. Diese Form freiwilligen Zusammenlebens darf nach ständiger Rechtsprechung nicht einer Ehe gleichgestellt werden. Dennoch drängen sich rechtliche Lösungen auf, wenn es um Behauptungen diskriminierender Behandlung durch den Gesetzgeber geht. So wurde seit BGE 110 V 1 die nichterwerbstätige unverheiratete Partnerin bezüglich der *AHV-Beitragspflicht* – anders als die nichterwerbstätige Ehefrau – als eine Art «Hausangestellte» ihres Partners betrachtet, der ihr demnach als «Arbeitgeber» AHV-Beiträge auf Kost und Logis zu bezahlen hatte. Das wirkte sich zwar positiv auf den *sozialen Schutz* der nichterwerbstätigen Lebenspartnerin aus, wurde aber dennoch als Persönlichkeitsverletzung beanstandet und auch als Verletzung des Grundsatzes der Gleichberechtigung empfunden.

141 Vgl. BGE 108 Ia 126; 118 Ia 1 = Pra 82 Nr. 208; BGE 119 Ia 241 = Pra 83 Nr. 105; BGE 122 I 101; 123 I 241 = Pra 87 Nr. 19; nicht publ. Entscheid vom 24.5.1996.

142 BGE 110 Ia 7; 108 Ia 126.

In einem Grundsatzurteil vom 18. Juni 1999¹⁴³ schloss sich das EVG der Meinung an, es bestünden keine Gründe, die im Wesentlichen der Ehe *vergleichbare Lebenssituation* von eheähnlichen Verhältnissen bezüglich der Beitragspflicht der AHV anders als diejenige von Ehepaaren mit nichterwerbstätiger Hausfrau zu behandeln. Dies war nach Auffassung des Gerichts deswegen zu verantworten, weil der mit dieser neuen Rechtsprechung wegfallende soziale Schutz durch die 10. AHV-Revision etwas gemildert werde (Anrechnung von Erziehungszeiten). Nicht verheiratete Lebenspartnerinnen werden nunmehr als Nichterwerbstätige erfasst. Damit wird dem eheähnlichen Verhältnis durch Auslegung, gestützt auf das allgemeine und nicht das geschlechtsbezogene Gleichstellungsgebot, als einem der Ehe «vergleichbaren Lebensverhältnis», rechtliche Bedeutung zugemessen.

2. Beitragspflicht von Ehepaaren und Paaren in eheähnlichem Verhältnis in AHV und IV

Die rechtliche Situation der Paare in eheähnlichen Verhältnissen im Beitragsrecht der AHV/IV bot auch unter einem andern Gesichtspunkt Anlass zu Kritik. In BGE 125 V 221 wurde die Frage neu beurteilt, ob Ehepaare bezüglich der *Beitragspflicht* in der AHV gegenüber Paaren in eheähnlichen Verhältnissen benachteiligt seien und ob deshalb der allgemeine, aber auch der geschlechtsbezogene Gleichheitssatz verletzt werde. Es ging um einen vorzeitig pensionierten Ehemann, dessen Ehefrau nicht erwerbstätig war. Ihre Beitragspflicht, die gemäss Art. 3 AHVG in der neuen Fassung von 1997 beide Ehegatten (gleich wie ein Paar in eheähnlichen Verhältnissen) trifft, wurde gemäss Art. 28 Abs. 4 AHVV i.V.m. Art. 10 AHVG (wonach die sozialen Verhältnisse massgebend sind) je auf dem halben ehelichen Vermögen und Einkommen bemessen.

Die gegenüber Paaren in eheähnlichen Verhältnissen unterschiedliche Bemessung der *sozialen Verhältnisse* durch Abstellen auf das gesamte eheliche Einkommen und Vermögen versties nach Auffassung des rekurrierenden Ehepaares gegen den Grundsatz der allgemeinen

143 BGE 125 V 205; zur Problematik dieser bisher unterschiedlichen Erfassung im AHV-Recht vgl. BAUMANN/LAUTERBURG, Sind eins und eins wirklich zwei?, S. 29 ff. Vgl. auch BGE 127 V 244 E. 3: Bei Ansprüchen auf Ergänzungsleistungen gilt nach wie vor, dass ein Naturallohn der haushaltführenden Person als Einkommen angerechnet wird. Hier geht es um einen andern Zweck als im Beitragsrecht.

wie auch der geschlechtsbezogenen Gleichberechtigung. Das EVG aber befand in alleiniger Anwendung des Art. 4 Abs. 1 aBV, trotz vergleichbarer Lebensverhältnisse dränge sich keine absolute Gleichbehandlung auf. Es seien vielmehr die jeweiligen Regelungsbereiche und deren rechtliche Ausgestaltung zu beachten und entsprechende Lösungen zu finden. In diesem besondern Fall ergäbe sich nur bei sehr gut gestellten Ehepaaren eine höhere Gesamtbelastung, bei geringerem Vermögen seien verheiratete gegenüber unverheirateten Paaren indessen bevorzugt. Das sei mit Art. 4 Abs. 1 aBV vereinbar.

3. ... und weitere Problembereiche

- 94 Einem andern Fall lag die Frage zugrunde, ob das *Gebot rechtsgleicher Behandlung* eine kantonale Regelung zulasse, welche mit Bezug auf die *Alimentenbevorschussung* einen wiederverheirateten Elternteil anders behandelte als den im eheähnlichen Verhältnis lebenden sorgeberechtigten Elternteil. Das Bundesgericht befand in BGE 112 Ia 251 E. 4, weder liege eine Rechtsungleichheit gemäss Art. 4 Abs. 1 noch gemäss Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 BV vor. Mann und Frau seien gleichermaßen von einer solchen Regelung betroffen. Ob allenfalls eine indirekte Diskriminierung im Sinne des geschlechtsbezogenen Gleichbehandlungsgebots vorgelegen hätte, wurde nicht geprüft.
- 95 Ebenso wenig kann sich nach ständiger Rechtsprechung eine in einem eheähnlichen Verhältnis lebende Frau, die im Geschäft oder Betrieb ihres Partners mitarbeitet, auf das Gebot der Gleichbehandlung der Geschlechter berufen, wenn sie – analog zur *mitarbeitenden Ehefrau* – als «mitarbeitendes Familienmitglied» i.S.v. Art. 22 Abs. 2 lit. c UVV der obligatorischen Unfallversicherung unterstellt werden will, wie dies in BGE 121 V 125 entschieden wurde.
- 96 Frauen, die nach Auflösung ihres eheähnlichen Verhältnisses eine Erwerbsarbeit aufzunehmen wünschen und sich i.S.v. Art. 14 Abs. 2 AVIG als *Arbeitslose* beim Arbeitsamt melden, können sich nicht sinngemäss – als Ausfluss des Gebots der Rechtsgleichheit – auf das in dieser Norm festgehaltene Privileg von Verheirateten berufen. In BGE 123 V 219 hat das EVG erklärt, die Auflösung eheähnlicher Gemeinschaften sei nicht dem «ähnlichen Grund» im Sinne dieser Vorschrift gleichzusetzen. Diese Bestimmung enthalte ein Privileg zugunsten von nichterwerbstätigen Eheparteien und meine deshalb auch ausschliesslich die Auflösung einer rechtlich geregelten Ehe.

III. Das Problem der Gleichbehandlung der Geschlechter im Bereich kantonalen Familien- und Kinderzulagenordnungen

Das Abstützen des Bundesgerichts auf die *familienrechtliche Ordnung* und die Einheit der Familie bot immer wieder Anlass, sich mit dem allgemeinen und geschlechtsbezogenen Gebot der rechtlichen Gleichstellung und deren Zusammenspiel auseinanderzusetzen. Dazu erwiesen sich die föderalistisch geordneten Familienzulagen verschiedener Kantone als geeignetes Mittel. Insbesondere im Falle einer Scheidung oder auch bei getrenntem Wohnsitz der Ehegatten konnten sich aus der kantonal unterschiedlichen Regelung dieser Zulagen insbesondere für arbeitende Mütter gar Anspruchsverluste ergeben.¹⁴⁴

In aller Regel galt im Bereiche der Familienzulagen-Ordnung der Grundsatz: *Eine Familienzulage für jede Familie*. War aber – entgegen dem dieser Ordnung zugrunde liegenden Familienbild des ehemännlichen Versorgers und der Ehefrau als Versorgte – nicht nur der Ehemann, sondern auch die Ehefrau voll oder teilweise erwerbstätig und waren beide bei verschiedenen Arbeitgebern, unter Umständen gar in verschiedenen Kantonen tätig, konnten Schwierigkeiten unter Gleichberechtigungsgesichtspunkten entstehen.

Das Bundesgericht anerkannte bereits im ersten der Entscheide zum Anspruch auf Familienzulagen¹⁴⁵, dass solche Zulagen *Lohn* i.S.v. Art. 4 Abs. 2 Satz 3 aBV sind. Allfällige Familienzulagen kommen zum individuellen Lohn hinzu und werden damit zum Lohnbestandteil, obwohl sie nicht leistungs-, sondern bedarfsbezogen resp. als soziale Zusatzleistungen einzustufen sind. Sie sind daher Teil des Grundsatzes, wonach Frauen und Männer gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit beanspruchen können.

Nach den kantonalen Regelungen waren Männer ohne weitere Voraussetzung zulageberechtigt, wenn sie beim Staat oder – in den meisten Kantonen – bei Privaten eine unselbständige Erwerbstätigkeit ausübten. Erwerbstätige Frauen hingegen hatten nur Anspruch auf Familienzulagen, wenn sie «überwiegend», d.h. mehr als zur Hälfte für die Lasten der Familie aufkamen. Diese Voraussetzung konnten Frauen

144 Vgl. BGE vom 9.12.1986 i.S. Th. S.-Sp. c. Commission de recours en matière d'allocations familiales de Genève; vom 31.10.1985 i.S. M. R.-R. und A. St. c. Regierungsrat und VerwG des Kantons Bern; zum Ganzen SCHWEIZER., ZBl 1992 (93), S. 1.

145 Nicht publ. BGE vom 31.10.1985 i.S. M. R.-R. c. Kanton und VerwG Bern, E. 3.

mit ihren in aller Regel geringeren Einkünften aus unselbständiger Erwerbsarbeit nur ganz ausnahmsweise erfüllen. Es schien somit auf der Hand zu liegen, dass sich in dieser Ordnung eine *geschlechtsspezifische Ungleichbehandlung* verberge.

101 Doch das Bundesgericht hielt – in den Jahren vor der Revision des Ehe- und Familienrechts im Jahre 1988 und auch darüber hinaus – daran fest, die Familienzulage für Verheiratete geniesse nicht den Schutz der geschlechtsbezogenen Gleichstellungsvorschrift, dies vor allem dann nicht, wenn beide Ehegatten Vollverdiener seien, sei es im Staatsdienst oder sei es in der Privatwirtschaft.¹⁴⁶ Obwohl ein Bezug zum Grundrecht der Gleichbehandlung von Mann und Frau gegeben sei, gehe es nicht um eine an das Geschlecht anknüpfende Ungleichbehandlung, sondern um eine solche von Zweiverdiener-Ehepaaren in bestimmten Erwerbskonstellationen gegenüber andern Ehepaaren. Das Bundesgericht erblickte darin nicht einen Anwendungsfall der geschlechtsbezogenen, sondern der allgemeinen Gleichheitsbestimmung. Es überprüfte diese Rechtslage deshalb nur unter dem Gesichtspunkt der Willkür, wobei jedenfalls vor 1988 in aller Regel im Blick auf die für das Bundesgericht verbindliche Bestimmung des Art. 160 aZGB die unterschiedliche Anspruchsvoraussetzung nicht als völlig unhaltbar betrachtet wurde.

102 Grössere Probleme boten freilich «gemischtwirtschaftlich» (teils im Staatsdienst, teils bei privatem Arbeitgeber ohne Familienzulagen) tätige Zweiverdiener-Ehepaare. Doch auch in diesen Fällen entschied sich das Bundesgericht, den Grundsatz der *Familieneinheit* hochzuhalten: Die Familie als solche hatte Anspruch auf eine Familienzulage. Diese werde als Beitrag an die Kosten des gemeinsamen Haushalts ausgerichtet und käme der *Ehe* als wirtschaftlicher (Erwerbs- und Verbrauchs-)Gemeinschaft und nicht jedem erwerbstätigen Gatten je individuell zugute.¹⁴⁷ Es sei Sache des Gesetzgebers, für diese Fälle zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen die Ausrichtung der Familienzulage dem Staat als Arbeitgeber des einen Ehepartners und wann sie dem Arbeitgeber des andern Ehepartners obliege bzw. ob sie in dessen Lohnzahlung inbegriffen sei. In solchen Konstellationen erblickte das Bundesgericht ebenfalls keinen Anwendungsfall des Gebots der

¹⁴⁶ Nicht publ. BGE vom 31.10.1985 i.S. M. R.-R. c. Kanton und VerwG Bern, E. 4 b.

¹⁴⁷ Vgl. nicht publ. BGE vom 30.9.1988 i.S. A. S. c. Département de prévoyance sociale et des assurances du canton de Vaud; vom 13.3.1991 i.S. J. B. c. Regierungsrat und AppG Basel-Stadt; vom 2.11.1994 i.S. D. O.-S. c. Kanton und VerwG Solothurn; auch nicht publ. BGE vom 23.12.1988 i.S. M. L.-R. c. Regierungsrat und VerwG Kanton Bern. Vgl. hinten RZ 129 ff.

Geschlechtergleichbehandlung, sondern einen solchen des Art. 4 Abs. 1 aBV/Art. 8 Abs. 1 BV.¹⁴⁸

Lediglich im Falle eines Ehepaares, das ein neues Ehemodell durch Übernahme von Teilzeitstellen versuchen wollte, hat das Bundesgericht – aber auch wieder gestützt auf Art. 4 Abs. 1 aBV – eine unzulässige Ungleichbehandlung festgestellt.¹⁴⁹ Es erkannte, es verstosse gegen das Diskriminierungsverbot, wenn nur dem *teilzeitbeschäftigten Ehemann* eine (Teil-)Zulage ausgerichtet, diese der ebenfalls *teilzeitbeschäftigten Ehefrau* aber verweigert werde. Denn damit werde das gesetzliche Ziel, *jeder Familie* eine Zulage zu gewähren, gerade nicht erreicht. Familien mit traditioneller Rollenverteilung würden so gegenüber Familien, in denen beide Ehepartner ausserhalb der Familie *Teilzeit* arbeiteten, privilegiert, was vor Art. 4 Abs. 1 aBV unhaltbar sei.

Auch in diesem eindeutig die *teilzeitbeschäftigte Ehefrau als Frau diskriminierenden* Sachverhalt vermochte das Bundesgericht trotz seiner geschlechterbezogenen Argumentation nach wie vor keinen Verstoss gegen das Gleichbehandlungsgebot der Geschlechter zu erblicken.¹⁵⁰ Dass in den nach 1988 (mit der Einführung des partnerschaftlich ausgerichteten Eherechts) geschlechtsneutral gestalteten gesetzlichen Regelungen über die Familienzulagen ein eigentlicher, allenfalls versteckter Verstoss gegen das geschlechtsbezogene Rechtsgleichheitsgebot liegen könnte, ist nur selten und erst in neuerer Zeit angetönt worden.¹⁵¹

IV. Ein weiterer Problembereich

Im Fall einer Lehrerstellvertreterin sind beide Bestimmungen, das allgemeine und geschlechtsbezogene Rechtsgleichheitsgebot, angewendet

¹⁴⁸ Vgl. nicht publ. BGE vom 31.10.1985 i.S. M. R.-R. c. Kanton und VerwG Bern, E. 4c.

¹⁴⁹ Nicht publ. BGE vom 23.12.1988 i.S. M. L.-R. c. Regierungsrat und VerwG Kanton Bern.

¹⁵⁰ Vgl. nicht publ. BGE vom 29.10.1987 i.S. Y. A. und L. E. c. CCR des allocations familiales du Canton de Genève.

¹⁵¹ So etwa im nicht publ. Entscheid i.S. D. vom 25.10.1994 c. CC de recours d'allocations familiales du Canton de Genève, E. 2c: Es ging dem Gesetzgeber grundsätzlich um eine Gleichstellung der Eltern, indem «mère salariée» durch «parent salarié» ersetzt wurde, wobei aber Väter dennoch praktisch bevorzugt behandelt wurden, was vom Bundesgericht leider (noch) nicht thematisiert wurde. Es fand die Lösung über eine diskriminierungsfreie Interpretation des kantonalen Rechts.

trifft – ein stark *konservatives Moment*: Selbst starke ideelle und politische Gegenströmungen gegen geltendes, als unbefriedigend empfundenes Recht müssen nach Auffassung des Bundesgerichts ein gewisses Mass an Überzeugung und Akzeptanz im Staat und in der Rechtswissenschaft erreicht haben, um ihren Niederschlag in der Gesetzgebung und vor allem in der Rechtsprechung finden zu können. Für die Beurteilung des *Massstabes* der «vorherrschenden Auffassung» sind bis heute die Meinungen vor allem von männlichen Entscheidungsträgern massgebend.

109 Demgegenüber sollte sich das *geschlechtsbezogene Gleichstellungsgebot* (Rechtsgleichheit; Diskriminierungs- und Differenzierungsverbot resp. -gebot; rechtlicher und tatsächlicher Gleichstellungsauftrag primär zuhanden der Gesetzgebung; Lohngleichheitsgebot) als zukunftsgerichtete Bestimmung erweisen.¹⁵⁶ Ihr Massstab ist die Gleichheit und *Gleichwertigkeit* der beiden Bevölkerungshälften, die einen unbedingten Anspruch auf *Gleichheit der Chancen* im Sinne von gleichen Startbedingungen und auf Akzeptanz der *Gleichwertigkeit in der tatsächlichen Differenz* haben. Entgegen verschiedenen Lehrmeinungen geht es bei dieser auf die Besserstellung der Frauen zugeschnittenen Bestimmung nicht nur um die Herstellung von formaler Rechtsgleichheit zwischen einzelnen Frauen und Männern; sie wirkt vielmehr – da sie eine Verbesserung der allgemeinen Stellung der Frauen anzustreben hat – als eigentliche system- und gesellschaftsverändernde Norm, die auch auf neue Beziehungen zwischen Frauen und Männern im Recht und in der Gesellschaft ausgerichtet ist.¹⁵⁷

110 Hier unterscheidet sich die allgemeine von der geschlechtsbezogenen Rechtsgleichheit vor allem durch die unterschiedliche Kognition: einerseits *Willkürverbot* und andererseits *freie Prüfung der vorgetragenen*

Rügen. Willkürfreiheit liegt dem allgemeinen Rechtsgleichheitsgebot zugrunde und beinhaltet das Verbot, Regelungen oder Entscheidungen zu treffen, die sich nicht vernünftig begründen lassen oder die krass gegen das Prinzip der Gerechtigkeit verstossen.¹⁵⁸ Das Gebot rechtsgleicher Behandlung von Frauen und Männern lässt sich demgegenüber nicht auf den Begriff der *Willkür* beschränken. Es hat der Verwirklichung der rechtlichen und tatsächlichen Gleichstellung zu dienen. Die Frage ist nur, welche Faktoren, weil wesentlich, eine Gleichbehandlung zwingend erfordern und unter welchen tatsächlichen Gegebenheiten ein Abweichen vom Gebot der Gleichheit zugunsten einer Ungleichbehandlung der beiden Geschlechter im Sinne einer Differenzierung zugelassen ist. Das wäre vom Bundesgericht frei zu prüfen. Doch in dieser Hinsicht gesteht es den Behörden und dem Gesetzgeber nach ständiger Rechtsprechung einen weiten *Ermessensspielraum* zu. Das Ermessen spielt in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Geschlechtergleichheit denn auch eine grosse Rolle und schränkt die Kognitionsbefugnis des Bundesgerichts erheblich ein.

II. Zur Kognitionsbefugnis des Bundesgerichts

Beschwerden, mit denen eine Ungleichbehandlung der Geschlechter 111 beanstandet wird, werden vom Bundesgericht – anders als bei Beschwerden, die sich auf das *allgemeine Rechtsgleichheitsgebot* und *Willkürverbot* des Art. 4 aBV/Art. 8 Abs. 1 BV stützen –, grundsätzlich *frei* geprüft. Allerdings gilt dies nur für *Rechtsfragen*, etwa ob das kantonale Gericht die richterliche Prüfungspflicht richtig gehandhabt hat, ob es um eine Gleichbehandlungsfrage geht, die sich zwischen Frau und Mann und nicht im geschlechtsneutralen Raum abspielt, ob der Rahmen des vom Bundesgericht zugestandenen Ermessensspielraums (also das Willkürverbot und das Rechtsgleichheitsgebot) eingehalten worden ist, ob keine direkt oder indirekt diskriminierende Kriterien und Merkmale bei der Prüfung von Lohngleichheitsklagen verwendet worden sind oder neu auch, inwiefern kantonale Instanzen Fachgutachten zu beurteilen haben.¹⁵⁹ Das Bundesgericht ist oberste Rechtsüberprüfungsinstanz. Es hat daher jede behauptete Verletzung von Bundes-

156 GEORG MÜLLER in BV-Kommentar, Rz. 2f., 12 zu Art. 4; BGE 118 Ia 1 E. 3a m.Hinw. = Pra 82 Nr. 208; 117 Ia 97 E. 2b m.Hinw. Vgl. auch beispielsweise BGE 125 I 1 E. 2b/aa; 124 I 170 E. 2e = Pra 87 Nr. 148; BGE 124 II 193 E. 8d; 124 V 12 E. 2

157 Vgl. dazu die seit dem Bericht des Bundesrates vom 26.2.1986 über das Rechtssetzungsprogramm «Gleiche Rechte für Mann und Frau» eingeleiteten und allmählich auch durchgeführten Gesetzesrevisionen, beginnend vom Eherecht (1988) über das Bürgerrecht (1990/1993) bis hin zur 10. AHV-Revision von 1995/1997; zur Lehrmeinung beispielsweise YVO HANGARTNER, der in AJP 1992, S. 836 von «einem fundamentalen Missverständnis» spricht, die Geschlechtergleichheit i.S.v. Art. 4 Abs. 2 aBV nicht auf die Individuen, sondern auf Personengruppen oder Kollektiva zu beziehen. Vgl. auch BAUMANN/LAUTERBURG, Knappes Geld, Rz. 551 m.Hinw. auf Rz. 503. Diese Sichtweise ist aber m.E. zu eng.

158 BGE 110 Ia 7; 114 Ia 221 E. 2 u.a.; HÄFELIN/MÜLLER, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, 2. A. 1993, Rz. 397 ff., 402; HAEFLIGER, S. 78 ff.

159 Vgl. BGE 126 II 217 nicht publ. E. 5.

recht mit Einschluss des Verfassungsrechts zu überprüfen und – falls es eine Verletzung feststellt – einzuschreiten, sei es materiell durch Nichtanwendung der erfolgreich beanstandeten Norm, sei es durch Feststellung einer Bundesrechts- oder gar einer Verfassungsverletzung.

- 112 Bundesrecht ist nach der Rechtsprechung auch verletzt, wenn das kantonale Gericht in Missachtung des geschlechtsbezogenen Gleichstellungsgebots gleiche Sachverhalte ungleich oder ungleiche Sachverhalte unbegründet gleich beurteilt hat.¹⁶⁰ Wird hingegen die Verletzung prozessualer Regeln oder tatbeständlicher Feststellungen behauptet, so geht es um Fragen, die dem kantonalen Recht oder der Beweiswürdigung unterliegen, die das Bundesgericht lediglich unter dem Gesichtspunkt der *Willkür* überprüft. Es prüft dann nur, ob die festgestellten Tatsachen oder die *Beweiswürdigung*, so z.B. die Würdigung einer Expertise, offensichtlich falsch, widersprüchlich, grund- und haltlos oder in Verkennung der bundesgerichtlichen Grundsätze zur Beweiswürdigung und zum rechtlichen Gehör erfolgt seien. Ermessensfragen kann es grundsätzlich nur auf Überschreitung oder Missbrauch überprüfen, was praktisch wiederum einer Willkürprüfung gleichkommt. Feststellungen des Sachverhaltes prüft es nur i.S.v. Art. 105 OG von Amtes wegen frei, wenn die letzte kantonale Instanz kein Gericht, sondern eine politische Behörde war. Das sind die Grundregeln; doch in Sachen geschlechtsbezogener Gleichstellung ist einiges anders.

III. Ermessensspielraum

- 113 Das *Ermessen* spielt in der Rechtsprechung zum geschlechtsbezogenen Gleichheitssatz eine (zu) grosse Rolle. Das Bundesgericht verweist teilweise Fragen, wie etwa die Bewertung von Arbeit i.S.v. Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV oder die Prüfung von Gleichwertigkeit der Arbeit in Lohngleichheitsverfahren, in den Bereich des Ermessens, obwohl es sich dabei im Wesentlichen um eigentliche Rechtsfragen handelt. Das hat zur Folge, dass es bezüglich der Beurteilung der Rechtsfragen, die sich gerade in Streitigkeiten um die Geschlechtergleichberechtigung nicht immer ganz klar von tatsächlichen Fragen unterscheiden lassen, den kantonalen Behörden grosse Freiheit zugesteht, sich selbst (zu) stark zurücknimmt und die ihm zustehende freie *Prü-*

¹⁶⁰ Dazu einlässlich BGE 125 II 385 E. 5c.

fung praktisch durch eine Willkürprüfung ersetzt. Ermessen bedeutet, einen Entscheid nach Recht und Billigkeit zu treffen, wobei sämtliche Umstände des konkreten, einzelnen Falles zu würdigen sind, und deren Überprüfung läuft so, wie das Bundesgericht damit umgeht, auf eine Willkürprüfung hinaus.¹⁶¹

Soweit Ermessen nicht durch den Gesetzeswortlaut vorgegeben ist, wie etwa in Art. 4 ZGB, Art. 104 lit. a OG, Art. 151 Abs. 1 und 152 aZGB, in den eherechtlichen Bestimmungen oder auch bei der Beurteilung von Ansprüchen auf Schadenersatz und Genugtuung, lässt die bundesgerichtliche Rechtsprechung somit selbst dort den kantonalen Behörden oder Gerichten ein breites Ermessen, wo es freie Prüfungsmöglichkeit hätte. Das gilt für den gesamten Bereich der Anwendung von Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 BV.¹⁶² Da als Schranke der Ermessensüberprüfung nur das *Willkürverbot* und das Gebot der *Rechtsgleichheit* gilt, engt die bundesgerichtliche Rechtsprechung die Kognition des Gerichts selbst ein und erschwert damit die Durchsetzung des Geschlechtergleichheitsgebots. Dessen Verständnis wird eingeschränkt durch das Zulassen von Ausnahmen irgendwelcher Art, die der Rechtfertigung von – grundsätzlich diskriminierenden – Ungleichbehandlungen oder von indirekt benachteiligenden Gleichbehandlungen dienen. Vorausgesetzt wird nach dieser Rechtsprechung einzig, dass sachlich haltbare, einleuchtende Gründe vorgetragen werden. Damit wird die Entscheidungsebene über das Vorliegen einer Geschlechterdiskriminierung letztlich auf die kantonalen Instanzen oder die Verwaltung verlegt.

Es ist im Zusammenhang mit dem in der Rechtsprechung grundsätzlich als *formal* verstandenen Gleichbehandlungsgebot gegenüber Frauen und Männern wenig verständlich, dass sich das Bundesgericht immer wieder hinter diesen Ermessensspielraum zurückzieht und damit je nach konservativer oder progressiver Grundausrichtung der kantonalen Gerichte eine Vielzahl von unterschiedlichen Lösungen zulässt.¹⁶³

¹⁶¹ Art. 4 Abs. 2 ZGB; BGE 123 III 193 E. 2c/cc.

¹⁶² Vgl. etwa nicht publ. BGE vom 11.2.1994 i.S. U. P. H. betr. Vaterschaftsurlaub; umgekehrt BGE 116 II 657 E. 5 betr. Wiedereinbürgerung als Gegenbeispiel, in welchem trotz gesetzlich den Behörden zustehendem Ermessen das Bundesgericht das Ermessen der Verwaltung eingeschränkt bzw. gar aufgehoben hat. Auch BGE 117 V 177: Ausgestaltung der Hilfsmittellisten in IV und AHV. Besonders häufig verweist das Bundesgericht in Lohngleichheitsfällen auf das Ermessen der politischen Behörden.

¹⁶³ Vgl. JÖRG P. MÜLLER, Grundrechte, S. 457 ff.; BGE 125 I 21 E. 3a: Urner Quotenentscheid; 117 V 194 E. 4 Invaliditätsbemessung; 117 V 318: Alterspension; 121 V 229 = Pra 85 Nr. 194: Rentenalter; BGE 123 V 189: Witwerrente; u.a.

Freilich könnte diese Praxis auch Möglichkeiten zu gleichstellungs-freundlicheren Lösungen öffnen, welche den unterschiedlichen Lebens-verhältnissen vieler Frauen besser Rechnung trägt. Das zeigt sich etwa im Bereich der eherechtlichen Beistandspflicht, der Gleichstellung von Haus- und Berufsarbeit in eherechtlichen oder invalidenrechtlichen Sachverhalten¹⁶⁴, im Scheidungsrecht; in Bereichen also, die den unterschiedlichsten kantonalen Lösungen offen stehen.¹⁶⁵ Doch statt dessen bleiben die Ungleichheiten bestehen und wird insbesondere nicht ausgeschlossen, dass in dem genannten Rechtsbereich wie auch in anderen Bereichen, z.B. in der Problematik der Abgrenzung von Gleichheit und Gleichwertigkeit der Arbeit und deren Bewertung in Lohngleichheits-fragen, gerade dank der Ermessensrechtsprechung des Bundesgerichts Unsicherheiten bestehen bleiben.¹⁶⁶ Das ist für die Durchsetzung der rechtlichen und vor allem auch der tatsächlichen Gleichheit der Geschlechter alles andere als erfreulich.^{167, 168}

116 Dieser weite Ermessens- und Beurteilungsspielraum im Rahmen des Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 BV bewirkt somit kantonal ungleiche Ergebnisse, die im Blick auf die umfassende Geltung des Gleichstel-lungsgebots kaum zu befriedigen vermögen. Das Bundesgericht, das für die einheitliche Anwendung von Bundesrecht zu sorgen hat, stellt zwar in verschiedener Hinsicht allgemein gültige Regeln auf, zeigt aber in andern Bereichen ein zu enges Verständnis dem eigenen Ermessen und damit der eigenen Kognition gegenüber und wird damit dem Sinn und Zweck des Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 BV nicht immer gerecht.¹⁶⁹

164 Vgl. BGE 126 III 8 als löbliche Ausnahme; desgleichen BGE 117 V 287 = Pra 82 Nr. 62. Demgegenüber etwa BGE 121 I 97. Vgl. Rz. 355–366.

165 BINKERT/WYSS, S. 33 ff.

166 Das gilt in besonderem Masse bei den Entscheiden zur Lohngleichheit, vgl. etwa BGE 125 I 71 E. 3 sowie 126 II 217 nicht publ. E. 5a.

167 BGE 125 I 14: Kindergärtnerinnen, Arbeits- und Hauswirtschaftslehrerinnen Basel-Stadt; 117 Ia 270: Berner Arbeitslehrerinnen; 124 II 409: Zürcher Handarbeits-lehrerinnen.

168 Vgl. Botschaft Eherecht, S. 3; Botschaft Gleiche Rechte, S. 52 ff.; WEBER-DÜRLER, Rechtsgleichheit, S. 102 ff.; GEORG MÜLLER, Der Gleichheitssatz, in: REINHOLD ZIPPELIUS/GEORG MÜLLER, Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung im Leistungs-recht, Berlin/New York 1989, S. 42; HAEFLIGER, S. 24 ff.; auch BGE 100 Ia 322; schon BGE 6, 171.

169 Vgl. BGE 126 II 217; siehe hinten Rz. 171 ff.

IV. Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung

Rechtsnormen sind nicht immer klar. Sie bedürfen daher oft einer *Auslegung*. Das gilt in Gleichstellungsfragen zwischen Frauen und Männern in besonderem Masse sowohl bezüglich des Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 BV selbst als auch der Bundesgesetze und -verordnungen wie des kantonalen Rechts. 117

Für die Frauen war und ist es immer schwierig, durch *Auslegung vor-erst des allgemeinen und nunmehr auch des geschlechtsbezogenen Gleichheitssatzes* materiell zu ihrem Recht zu kommen. Ihnen standen zunächst die Prinzipien der Staats- und Rechtsordnung und die all-gemein dominierende (männlich geprägte) *Werteordnung* entgegen, auf die in Gleichstellungsfragen nach der bundesgerichtlichen Rechtspre-chung abgestellt werden musste. Dem «historischen» Verfassungsgeber wurde stets ein übermässiges Gewicht eingeräumt, obwohl das Bundes-gericht in andern Rechtsbereichen vielfach – angesichts der Methoden-vielfalt, die es für die Auslegung zulässt – anderen Grundsätzen den Vorrang für die Auslegung von Verfassungs- und Gesetzesbestimmun-gen einräumt.¹⁷⁰ 118

Das Bundesgericht hat in einer reichen Praxis zur Auslegung von Verfassungs- und Gesetzesrecht immer wieder betont, um Sinn und Zweck einer Verfassungs- oder Gesetzesnorm zu verstehen, seien ver-schiedene Methoden anwendbar (Methodenpluralismus).¹⁷¹ Stets aber sind zunächst der *Wortlaut* der umstrittenen Bestimmung und die ihr zugrunde liegenden *Wertungen* Ausgangspunkt der Überlegungen.¹⁷² Der Sinn einer Norm kann sich im Verlaufe der Jahre verändern.¹⁷³ Das dürfte aber bezüglich der Auslegung des Geschlechtergleichheits-satzes kaum mehr zutreffen, handelt es sich dabei doch um einen Grundrechtsanspruch auf Gleichheit und Gleichwertigkeit von Frau und Mann in ihrer Differenz. Dennoch wird zugelassen, dass der *his-torische Gesetzgeber* bemüht wird, vor allem soweit dessen Absichten 119

170 Vgl. BGE 125 II 113 E. 3a; 124 II 193 E. 5a; 124 V 310 E. 6b/aa; 124 II 372 E. 5 u.a. Besonders zur Bedeutung des historischen Gesetzgebers vgl. u.a. BGE 125 I 119 E. 4 = Pra 88 Nr. 165; 125 IV 17 E. 2b/cc; 124 III 149 E. 4b; Bereits BGE 83 I 173 = Pra 46 Nr. 136: Auslegung des Begriffs «Schweizer» als Voraussetzung für die poli-tischen Rechte; auch nicht publ. BGE vom 13.2.1963 i.S. G. Heinzelmann und vom 13.10.1965 i.S. E. Kammacher et al.

171 BGE 110 Ib 1.

172 BGE 124 III 229; 123 V 290 E. 6a; 125 IV 1 E. 5b; 125 V 177 E. 2a; 125 IV 1 E. 5b; 126 II 71 E. 6c; 126 III 49 E. 2c; u.a.

173 BGE 115 Ia 127 E. 3b/dd = Pra 80 Nr. 6; BGE 104 Ia 284.

und Überlegungen im Gesetzestext Ausdruck gefunden haben und zeitlich noch nicht allzu weit zurückliegen.¹⁷⁴

120 Nach der Rechtsprechung sind Normen in einer Weise anzuwenden, die den *gegenwärtigen Gegebenheiten* und Anschauungen möglichst entspricht. Das gilt im Besonderen für die Anwendung der *allgemeinen Gleichberechtigungsbestimmung* im konkreten Einzelfall. Doch auch der *geschlechtsbezogene Gleichberechtigungsgrundsatz* will untergeordnetes Recht (Gesetze, Verordnungen) verfassungskonform und auch zeitbezogen ausgelegt wissen. Das kann Anlass zur Änderung einer traditionellen Auslegung geben.¹⁷⁵ Bei der Prüfung der Verfassungsmässigkeit einer Gesetzes- oder Verordnungsnorm oder einer Verfügung ist nach der Rechtsprechung überdies zu fragen, ob der umstrittenen Norm ein Sinn beigemessen werden kann, welcher mit den angerufenen Verfassungsgarantien, also etwa dem Gleichstellungsgebot, zu vereinbaren ist.¹⁷⁶ Gesetze, Verordnungen und Verfügungen auf allen staatlichen Ebenen sind bei ihrer Auslegung auf die übergeordneten Wertentscheidungen auszurichten, wie sie in der Verfassung Ausdruck finden. Sie haben m.a.W. nicht nur formal, sondern dem Sinn und Zweck nach verfassungskonform zu sein.¹⁷⁷ Das gilt jedoch nur, wenn nicht bereits aufgrund von aus der Norm selbst herleitbaren Kriterien ein schlüssiges Ergebnis erzielbar ist.¹⁷⁸

121 Eine Auslegung *gegen den klaren Wortlaut* von Verfassung oder Gesetz ist nach Auffassung des Bundesgerichts grundsätzlich nicht zulässig. Aber ausnahmsweise ist dies dennoch möglich, wenn eine Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots auf der Hand liegt.¹⁷⁹ In einem Entscheid von 1987 hat sich das Bundesgericht z.B. zugunsten einer Auslegung gegen den *klaren Wortlaut* des zur Diskussion stehenden Gesetzes (des Art. 19 BüG) ausgesprochen. Es erklärte, diese Bestimmung in der damals geltenden Fassung, die gegen das *Wiedereinbürgerungsgesuch*

174 BGE 112 Ib 465 = Pra 76 Nr. 124; BGE 109 Ia 273 E. 12c; 105 Ia 127 E. 3a = Pra 68 Nr. 241; auch BGE 123 V 290 E. 6; 123 V 310 E. 4; 124 V 185ff.; 125 II 238 E. 4a und 5b; 125 IV 17 E. 2b/cc; 125 V 177 E. 2c; 125 V 480 E. 4a; u.a.

175 Vgl. BGE 103 Ia 517 = Pra 67 Nr. 138; erster Lohnungleichheitsprozess; Rz. 46 ff.

176 BGE 116 Ia 359 E. 5 und 6.

177 HÄFELIN/HALLER, 5. A. Rz. 76 ff.; 130 ff. m.Hinw. auf BGE 83 I 173 = Pra 46 Nr. 158 (vgl. vorne Rz. 29 ff.).

178 BGE 126 V 57 E. 5.

179 Grundlegend BGE 116 Ia 359 E. 5; 125 V 355; 121 V 125; 126 V 57 E. 3 m.Hinw. auf BGE 125 II 196 E. 3a; 125 II 238 E. 5a; 125 V 130 E. 5; 125 V 177 E. 2a; 115 II 193; 115 Ib 97 E. 3b; 124 III 229; 123 V 290 E. 6 S. 301; 119 II 183 = Pra 84 Nr. 257; BGE 116 II 525; 116 II 721; 115 Ia 120 = Pra 80 Nr. 6.

einer gebürtigen Schweizerin mit einem italienischen Ehemann angeführt worden war und mit ihren einschränkenden Voraussetzungen allein Frauen treffen konnte, verstosse offensichtlich gegen das Gebot der Geschlechtergleichbehandlung.¹⁸⁰ Denn nach der massgebenden Bestimmung wurde ausschliesslich von wieder einzubürgernden Frauen der Nachweis besonders tiefer Verbundenheit mit der Schweiz verlangt. Das Bundesgericht hat im zitierten Entscheid entgegen dem völlig klaren Wortlaut des Gesetzes – sogar eines Bundesgesetzes – zugunsten des Gebots der Rechtsgleichheit von Frau und Mann entschieden – trotz der Schranke des Art. 113 Abs. 3 und 114^{bis} Abs. 3 aBV – und damit jenen Artikel praktisch ausser Kraft gesetzt. Eine geschlechtsneutral formulierte Fassung des Bürgerrechtsgesetzes ist trotzdem erst am 23. März 1990 erlassen worden und steht nunmehr seit 1. Januar 1992 in Kraft.

Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen ist eine Methode, mit deren Hilfe der Grundsatz der Gleichberechtigung verwirklicht werden soll: Das war denn auch z.B. im Zusammenhang mit der Frage des *Einbezugs von ausländischen Ehegatten* in die Heimschaffung i.S.v. Art. 10 f. ANAG oder in die Verweigerung oder Entziehung einer Aufenthaltbewilligung i.S.v. Art. 7 Abs. 2 ANAG der Grund dafür, dass in dieser Hinsicht das ANAG geändert und Frauen und Männer einander gleichgestellt worden sind.¹⁸¹ Geschlechtsspezifische *Rechtsungleichheiten* wurden denn auch zunächst vielfach durch richterliche Auslegung beseitigt, so etwa mit BGE 103 Ia 517 und 109 Ib 183 (gestützt auf Art. 8 EMRK), bevor der Verfassungs- und Gesetzgeber eingegriffen hat.¹⁸²

V. Exkurs: Lückenfüllung

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob das oberste Gericht im Bereiche der Geschlechtergleichheit nicht vermehrt zur Methode der *Lückenfüllung* greifen könnte. Art. 1 ZGB stellt diese relativ wenig oder doch mit grösster Zurückhaltung genutzte Möglichkeit den Gerichten zur Verfügung. Voraussetzung wäre eine nicht durch den klaren Willen des Gesetzgebers beabsichtigte und erklärbare Ungleichbehandlung von Frauen und Männern, sondern eine ungewollte Benachteiligung

180 Entscheid vom 5.2.1987 i.S. F. R. C.-F. c. EJPD.

181 BG über den Aufenthalt und die Niederlassung von Ausländern vom 26.3.1931, rev. 20.6.1986 und am 23.3.1990, in Kraft seit 1.1.1992; vgl. hinten Rz. 300 ff. zum gleichstellungswidrigen innerstaatlichen Bürgerrecht.

182 Vgl. dazu BGE 122 II 289 E. 2a; 122 II 1; 121 II 1 E. 2a = Pra 84 Nr. 163; BGE 120 Ib 6 E. 3b; 119 Ib 91; 118 Ib 145 E. 3 und 4; 116 Ib 353.

ligung des einen oder andern Geschlechts,¹⁸³ die sich weder durch verfassungskonforme Auslegung noch mittels einer Interessenabwägung und in Beachtung des Prinzips der Verhältnismässigkeit¹⁸⁴ regeln liesse. Denkbar wäre ein solches Vorgehen bei zu grosser zeitlicher Verzögerung der Anpassung von Gesetzen und Verordnungen an das Gebot der Geschlechtergleichstellung durch die Gesetzgebung; und denkbar wäre die Anwendung der Methode der Lückenfüllung vor allem, wenn eine diskriminierungsfreie Regelung ohne weiteres im Kompetenzbereich des Gerichts läge und sich durch die Annahme einer Lücke im Gesetz eine gleichstellungsfreundliche Regelung finden liesse.¹⁸⁵ Je mehr Zeit bis zur Herstellung der Gleichberechtigung für Frauen und Männer verstreicht, desto eher müsste sich das Bundesgericht ausser zu einer *geltungszeitlichen* Auslegung (unter Umständen selbst gegen die Verfassung) mehr als bisher zu eigener Rechtschöpfung i.S.v. Art. 1 Abs. 2 ZGB durchringen. Ein Hinderungsgrund könnte nur in besonders komplexen, politisch schwierigen oder unterschiedlich regelbaren Rechtsbereichen und – leider immer noch – in der durch die Art. 113 Abs. 3 aBV/Art. 191 BV eingeschränkten Verfassungskontrolle – liegen.¹⁸⁶

VI. Konnexität von Verordnungsrecht des Bundes sowie von kantonalem Verfassungs- und Gesetzesrecht mit Bundesgesetzrecht

- 124 Geht es um untergeordnetes Bundes(verordnungs)recht und um kantonales Recht, das im Wesentlichen mit bundesrechtlichen Rahmengesetzen übereinstimmt, also *konnex mit Bundesrecht* ist, hat es das Bundesgericht in den früheren Jahren seiner Rechtsprechung wegen seiner verfassungsmässig vorgeschriebenen Bindung an Bundesrecht abge-

183 Vgl. zum Problem echter und unechter Lücken: BGE 121 III 219; 122 I 253 E. 6a; 124 V 271 E. 2a = Pra 87 Nr. 178; BGE 124 V 346 E. 3b/aa; 125 III 425 E. 3a = Pra 2000 Nr. 31; 125 V 8 E. 3a; 126 II 1 E. 3.

184 Zum Verhältnismässigkeitsprinzip bei Gleichstellungsfragen siehe YVO HANGARTNER, Zur Beschränkung des Gleichstellungsgebots, AJP 1992, S. 836; GEORG MÜLLER in BV-Kommentar, Rz. 133 ff., 137c zu Art. 4; BGE 123 I 152 und 125 I 21; Quotenentscheide; 118 V 1; 118 V 129; Verstoss gegen Ehefreiheit bei AHV-Bemessungsregeln; 119 Ia 178; Schwimmunterricht bei religiös begründeter Abwehr.

185 Vgl. dazu TOBLER, Quoten, S. 116 ff., auch EMMENEGGER, S. 75 ff., 83 ff.; BGE 116 Ia 359; neuerdings JÖRG P. MÜLLER, recht 2000, S. 119 ff.

186 Vgl. z.B. BGE 111 Ib 1, 112 Ia 311; 117 II 523 = Pra 81 Nr. 109; BGE 117 V 318; 116 V 198 E. 3b; speziell zur Frage der Überprüfung von Verordnungen des Bundesrates vgl. BGE 126 V 70 E. 4. Vgl. SCHULZ, AJP 1993, S. 1320 ff., insb. 1322 ff.

lehnt, solches untergeordnetes Recht auf seine Übereinstimmung mit Bundesverfassungsrecht zu prüfen.¹⁸⁷

Das traf erstmals zu bei der Frage des *unterschiedlichen Pensionierungsalters* für Mann und Frau nach Art. 23 der EVK-Statuten: Es liegt auf der Hand, dass das unterschiedliche Pensionierungsalter formal gegen das Gebot rechtsgleicher Behandlung verstösst. Weil sich die Voraussetzungen der Beruflichen Vorsorge für den Eintritt in das Pensionierungsalter aber auf das AHVG stützten, meinte das Bundesgericht damals – 1982 und 1985 – wegen der Konnexität mit unüberprüf- 125
barem Bundesrecht nicht eingreifen zu können.¹⁸⁸

Bereits in BGE 109 Ib 81 E. 5 entschied das Bundesgericht allerdings anders: Hier ging es um eine für Frauen und Männer unterschiedlich lange *Beitragsdauer in der Beruflichen Vorsorge*, welche für die Auslösung von Ansprüchen im Alter notwendig war. In diesem Fall wurde nun ein Verstoss gegen das Gleichbehandlungsgebot bejaht. Eine Berufung auf das AHVG konnte deswegen nicht greifen, weil dieses für den Anspruch auf eine Altersrente nicht eine für Frauen und Männer unterschiedliche Beitragsdauer, sondern eine unterschiedliche Altersgrenze vorsieht. Dieser Entscheid führte in der Folge zu einer – geschlechtsneutral gefassten – Neuordnung der EVK-Statuten. 126

Frauen konnten bei ihrer Verheiratung nach aArt. 30 Abs. 2 lit. c BVG die Auszahlung ihrer Beiträge an die *Berufliche Vorsorge* verlangen, Männer aber nicht.¹⁸⁹ Ein Versicherter berief sich auf diese Bestimmung sowie auf Art. 331c OR und machte einen Verstoss gegen das Gebot der Geschlechtergleichheit geltend. Die kantonalen Instanzen teilten seine Auffassung und versagten der beanstandeten kantonalen Regelung die Anwendung. Das EVG hob indessen den von der Vorsorgeeinrichtung angefochtenen Entscheid auf. Es befand, die enge Konnexität mit Bundesrecht (dem BVG und OR) verbiete es im Blick auf die Bindung des Bundesgerichts an Bundesrecht, das – an sich klar verfassungswidrig – konnexe kantonale Recht nicht anzuwenden.¹⁹⁰ Das Bundesgericht hielt der kantonalen Instanz den Vorrang des – selbst 127

187 BGE 106 Ib 182 E. 5; 109 Ib 81 E. 4a und 5 = Pra 72 Nr. 289; BGE 126 I 68 E. 4.

188 Vgl. BGE 106 Ib 182 E. 5; 109 Ib 81 E. 5 = Pra 72 Nr. 289.

189 BGE 113 V 120 = Pra 77 Nr. 119; 117 V 318 E. 5. Art. 30 Abs. 2 lit. c BVG ist erst mit der Einführung des Freizügigkeitsgesetzes vom 17.12.1993, in Kraft seit 1.1.1995, aufgehoben worden.

190 Vgl. zu dieser Problematik MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, Fragen zur Stellung der Frau in der Beruflichen Vorsorge, in MATHIAS HALLER (Hrsg.), Zur Verwirklichung der Zweiten Säule, St. Gallen 1981, S. 115 f.

verfassungswidrigen – Bundesrechts und die Schranke des Art. 113 Abs. 3 und 114^{bis} Abs. 3 aBV entgegen.¹⁹¹

- 128 In BGE 126 I 1 E. 2 grenzte das Bundesgericht diese Rechtsprechung ein und schloss die Überprüfung von kantonalem Recht nur noch aus, wenn dieses in einem *besonders engen Konnex* mit einer bundesgesetzlichen, für die Gerichte verbindlichen Regelung steht¹⁹² oder eine finanzielle Mehrbelastung des einen Ehegatten abgelten will, die sich aus einer im Zivilrecht enthaltenen geschlechtsspezifischen Regelung ergibt.¹⁹³ Wo jedoch kein zwingender Konnex mit einer für das Bundesgericht massgebenden bundesrechtlichen Regelung vorliegt, gestattet das Bundesgericht nunmehr, ohne Zurückhaltung verfassungswidriges kantonales Recht aufzuheben.¹⁹⁴ Im zitierten Entscheid 126 I 1 E. 2g hat das Bundesgericht zwar einen solchen inhaltlichen Zusammenhang zwischen der bundesrechtlichen Regelung und einer kantonalen Gebühr für eine Namensänderung von Ehegatten festgestellt, die sich auf die Art. 178f. ZStVO stützte. Diese Gebühr wurde im Bewilligungsverfahren nach Art. 30 Abs. 2 ZGB erhoben, zulasten einer Frau, die im Einverständnis mit dem Ehemann ihren Ledigennamen als Familiennamen führen wollte. In diesem Sachverhalt wurde dann aber kein derart enger und zwingender Zusammenhang mit dem Bundesrecht erblickt, der die Überprüfung der klar verfassungswidrigen kantonalen Gebührenordnung verwehrt hätte.

VII. Das Problem der Übergangsfrist und beschränkte Möglichkeiten bundesgerichtlichen Eingreifens

- 129 Den kantonalen und den Bundesbehörden musste in den ersten Jahren nach Einführung des geschlechtsbezogenen Gleichheitssatzes eine gewisse *Frist* zur Anpassung verfassungswidrigen Rechts zugestanden werden.¹⁹⁵ Das Bundesgericht nahm auf die Langsamkeit der demokrati-

schen Gesetzgebungsarbeit Rücksicht. Über Jahre hinweg gestand es den kantonalen (und dem Bundes-)Gesetzgebern eine «Gnadenfrist» für die Anpassung der Gesetze und Verordnungen an Art. 4 Abs. 2 aBV zu, die sich zunächst auf fünf bis sieben Jahre belief.¹⁹⁶ Später – im Stimmrechtsentscheid gegen Appenzell IR in BGE 116 Ia 359 – beanstandete das Bundesgericht eine Frist von neun Jahren als zu lange. Es hielt sich daher für befugt, trotz der politischen Brisanz dieses Entscheides, selbst einzugreifen.

Das Bundesgericht hat in späteren Entscheiden präzisiert, mit dem Ablauf der «Schonfrist» werde kantonales und kommunales Recht, das nach 1981 erlassen worden ist und mit der Bundesverfassung in Widerspruch stehe, mit der Annahme des Art. 4 Abs. 2 aBV ausser Kraft gesetzt und zwar i.S.v. Art. 2 UeB-aBV. Kantonale Gerichte sind seit dem Inkrafttreten des Art. 4 Abs. 2 aBV verpflichtet, verfassungswidriges Recht nicht anzuwenden.¹⁹⁷ Eine annähernd 14 Jahre andauernde Nachlässigkeit des kantonalen resp. kommunalen Gesetzgebers hinsichtlich der Anpassung einer als verfassungswidrig erkannten kommunalen Feuerwehrrordnung lässt sich nach Auffassung des Bundesgerichts nicht mehr hinnehmen und lasse sich auch nicht mehr mit unausweichlichen Schwierigkeiten einer Gesetzesanpassung rechtfertigen.¹⁹⁸ Gar nicht auf eine solche Übergangsfrist konnten und können privat- und öffentlichrechtliche Arbeitgebende in Lohnstreitigkeiten zählen.¹⁹⁹

Doch nicht immer ist die Nichtanwendung oder gar die Aufhebung einer verfassungswidrigen (kantonalen) Norm, einer dem geschlechtsbezogenen Gleichheitssatz widersprechenden Verfügung oder eines entsprechenden Entscheides kantonalen Gerichte durch Richterspruch möglich und zulässig. Das Bundesgericht weicht von einer solchen radikalen Folge – trotz festgestellter Verfassungswidrigkeit – zunächst bei (kantonalen) Gesetzen ab, welche auf die Zeit *vor* 1981 zurückgehen. Aber auch Erlasse, die erst nach 1981 in Kraft getreten sind, kann es

191 BGE 113 V 120 = Pra 77 Nr. 119 zu aArt. 30 Abs. 2 lit. c BVG.

192 Vgl. BGE 106 Ib 182 E. 5; 109 Ib 81 E. 4a und 5 = Pra 72 Nr. 289; auch BGE 113 V 120 E. 2d = Pra 77 Nr. 119.

193 Nicht publ. Entscheid vom 2.11.1994 i.S. O., E. 3: Die Belastung ergab sich aus einer im ZGB enthaltenen geschlechtsspezifischen Regelung.

194 BGE 116 V 198 E. 3c: geschlechtsspezifische Regelung von Witwen- und Witwerrenten; WEBER-DÜRLER, Grenzen des Rechtsschutzes, S. 344.

195 An der Übergangsbestimmung, die eine 5-jährige Frist vorsah, ist die Volksinitiative von 1975 gescheitert, siehe Botschaft Gleiche Rechte, S. 66. Das ist als «Missbrauchsbekundung» der InitiantInnen betrachtet worden!

196 Vgl. nicht publ. BGE vom 18.1.1985 i.S. A. Z. c. VPOD Luzern betr. ein Erziehungsgesetz, in ZBl 1985 (86), S. 492: Fristablauf als noch zu kurz bezeichnet; BGE vom 10.10.1986 i.S. B. c. Basel-Stadt: sofortiges Einschreiten durch das Gericht als möglich betrachtet; 116 V 198, wo 7 Jahre Ungleichheit zwischen Witwen und Witwern als zu lange betrachtet wurden, im Gegensatz zu BGE 119 V 277 = Pra 83 Nr. 288!

197 BGE 110 Ia 7; 112 Ia 311: verfassungswidriges Steuergesetz, das eine um 25% höhere Besteuerung von Ehepaaren im Vergleich mit Paaren in eheähnlichen Verhältnissen zulässt.

198 Entscheid vom 23.4.1997 i.S. A. R. C. c. Gemeinde Sils im Domleschg.

199 Vgl. hinten Rz. 201–207 m.Hinw. auf die Rechtsprechung.

zunächst weiter gelten lassen. Das betrifft zunächst das mit Bundesrecht konnexe Recht. Bei anderen verfassungswidrigen Regelungen gilt als Voraussetzung, dass deren Aufhebung zu andern stossenden Ungleichbehandlungen führen würde oder dass die zu regelnde Gleichstellungsfrage politisch heikel oder derart komplex ist, dass es die sachliche Kompetenz von Gerichten, auch des Bundesgerichts, übersteigen und damit auch das Prinzip der Gewaltentrennung verletzen würde.²⁰⁰ Eine Aufhebung kantonalen verfassungswidrigen Rechts durch die Rechtsprechung ist somit unzulässig, wenn ein solches Vorgehen nicht bloss ein verhältnismässig unbedeutendes Regelungsdefizit zur Folge hat, sondern wenn ein eigentlicher *rechtsfreier* Raum geschaffen würde. Das Bundesgericht will vermeiden, dass eine komplexe Regelungsmaterie durch Aufhebung einer Norm infolge Zeitablaufs insgesamt aus den Angeln gehoben und eine Lücke hinterlassen würde, welche der Richter aufgrund seiner *beschränkten funktionellen und sachlichen Eignung* nicht fallbezogen auszufüllen vermöchte. Als Beispiel nennt das Bundesgericht die Notwendigkeit einer tiefgreifenden Änderung des Finanzierungssystems etwa bei Angleichung des Rentenalters²⁰¹ oder die Regelung eines Witwerrentenanspruchs, wenn der Kanton oder die einzelne Vorsorgeorganisation in diesem Bereich überhaupt noch nicht legiferiert hat.²⁰² Das Bundesgericht ist indessen frei, eine Verfassungsverletzung nicht nur gegenüber kantonalem Recht, sondern trotz Art. 113 Abs. 3 aBV/Art. 191 BV auch gegenüber Bundesrecht *festzustellen* und den Ball der Gesetzgebung zuzuspielen.

132 Wenn aber keine derart weitgehenden Konsequenzen mit der *Nichtanwendung* einer verfassungswidrigen Norm oder Verfügung verbunden sind, und wenn die Durchsetzung der Geschlechtergleichheit nicht eine grundlegende Neu- oder Umgestaltung einer komplexen Regelungsmaterie erfordert, kann das Bundesgericht sofort den verfassungsmässigen Zustand herstellen, soweit es dies zur Vermeidung eines rechtsfreien Raumes oder einer noch grösseren Ungerechtigkeit²⁰³ als unumgänglich

und sachlich möglich betrachtet.²⁰⁴ Das Bundesgericht hat in solchen Fällen in Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen nach einer verfassungskonformen Lösung zu suchen.²⁰⁵ Es tut dies allerdings nur mit entsprechender Zurückhaltung und verweist zumeist auf die *Gesetzgebung*. Nach der Rechtsprechung geht die Zuständigkeit der gesetzgebenden Organe richterlichen Anordnungen immer vor, vor allem wenn komplexe Regelungsmaterien anstehen. Das verlangt nach der Rechtsprechung von den Gerichten – mit Einschluss des Bundesgerichts – eine gewisse Zurückhaltung beim Versuch, selbst Regelungen zur Gleichstellung von Frau und Mann zu treffen. Sie haben grundsätzlich die Prinzipien der *Gewaltentrennung und des Föderalismus* zu beachten. Das ist für Rechtssuchende, die Recht erhalten, aber dennoch nicht Recht bekommen, nicht immer befriedigend.²⁰⁶

Das Bundesgericht hat in verschiedenen Entscheiden indessen ohne besondere Zurückhaltung, so etwa zugunsten der Ausdehnung von Feuerwehr-Ersatzabgaben auf Frauen²⁰⁷, in die gesetzgeberische Hoheit der Kantone und Gemeinden eingegriffen. Desgleichen hat es sich nicht gescheut, die in BGE 116 V 198 E. 3b beurteilte Beschwerde eines Witwers nicht zuletzt unter Hinweis auf den *Zeitablauf* gutzuheissen und einen Anspruch des Mannes auf eine gleiche Rente zuzuerkennen, wie sie das kantonale Recht für die Witwen regelt.

Eingeschränkt wird die Rechtsprechung im weiteren, wenn kantonales Recht in einem besonders engen Zusammenhang mit einer bundesrechtlichen, für die Gerichte wegen der Schranke der Art. 113 Abs. 3 und 114^{bis} Abs. 3aBV/Art. 191 BV verbindlichen Regelung stehen. Diese Praxis lässt, wie bereits dargelegt worden ist, in Einzelfällen sogar zu, gleichstellungswidriges (kantonales und Bundes-)Recht aufrechtzuerhalten.²⁰⁸

200 Vgl. BGE 110 Ia 7; 112 Ia 311; 118 Ia 1 = Pra 82 Nr. 208; Steuergerechtigkeit zwischen Ehepaaren und eheähnlichen Gemeinschaften; BGE 117 V 318; Witwerrente; 109 Ib 81 E. 4 = Pra 72 Nr. 289; gleiche Altersgrenze; BGE vom 10. 10. 1986 in ZBl 1987 (86), S. 306; Feuerwehr.

201 BGE 117 V 318 E. 6; 123 I 56.

202 BGE 117 V 318; nicht publ. BGE vom 26. 7. 1991 i.S. K. St. c. AK des Kantons Zürich; 120 V 312; vgl. nunmehr auch BGE 123 V 189.

203 BGE 110 Ia 7; 109 Ib 81 = Pra 72 Nr. 289; nicht publ. BGE vom 31. 10. 1985 i.S. R. und S. bzw. vom 10. 10. 1986 i.S. B.; vgl. WEBER-DÜRLER, Gleichberechtigung, S. 21 f.; vgl. vorne Rz. 129 ff.

204 BGE 116 Ia 359; 116 V 198 E. 3b; 123 I 56 E. 3c; 124 II 436 E. 10 c/dd; 125 I 24 E. d; auch WEBER-DÜRLER, Grenzen des Rechtsschutzes, S. 349 ff. Vgl. vorne Rz. 129 ff.

205 BGE 116 Ia 359; Stimmrecht für die Appenzellerinnen, wobei das Bundesgericht den Eingriff in die kantonale Hoheit bezüglich politischer Rechte u.a. wegen der langen Dauer der Verweigerung für gerechtfertigt hielt. BGE 125 I 21; Urner Quotenentscheid.

206 Vgl. z.B. BGE 110 Ia 14; 109 Ib 89 E. 5; 106 Ib 182 E. 5; 126 II 399 E. 4a.

207 Z. B. ZBl 1987 (88), S. 306; ZBl 1991 (92), S. 418.

208 Vgl. vorne Rz. 124 ff.; hinten Rz. 159 und FN 183. Z. B. BGE 113 V 120 zu Art. 30 Abs. 2 BVG (Barauszahlung nur für Frauen) = Pra 77 Nr. 119; 117 V 318. Auch BGE 122 II 446 E. 4a; 125 II 152 E. 5; 127 II 1; 127 II 113 E. 9. Anders als zur strengen Praxis zu Art. 4 Abs. 2 aBV ist die Rechtsprechung zu Art. 4 Abs. 1 aBV großzügiger bei Rechtsmissbrauch (z.B. BGE 114 Ia 209 E. 3 = Pra 78 Nr. 76), zu über-

VIII. Die verfassungsrechtliche Schranke der Art. 113 Abs. 3 und 114^{bis} Abs. 3 aBV/Art. 191 BV

- 135 Bei der Anwendung von Bundesrecht hat das Bundesgericht ganz allgemein, aber im Besonderen auch in seiner Rechtsprechung zur Gleichberechtigung der Geschlechter, die verfassungsrechtlichen Schranken der Art. 113 Abs. 3 und 114^{bis} aBV/Art. 191 BV zu beachten.²⁰⁹ Diese Vorschriften untersagen dem Bundesgericht, Bundesgesetze auf ihre Übereinstimmung mit der Verfassung und mit Völkerrecht, etwa der Europäischen Menschenrechtskonvention, zu überprüfen. Mit dieser verfassungsrechtlichen Schranke ist freilich nur die Aufhebung von Bundesrecht (Gesetzes- und z.T. Verordnungsrecht) untersagt, nicht aber von verfassungs- oder konventionswidrigem kantonalem Recht, soweit es nicht mit Bundesrecht konnex ist. Damit werden die bundesgerichtlichen Korrektur- und Rechtfortbildungsmöglichkeiten mit Bezug auf geschlechterdiskriminierendes Recht (zu) stark eingeschränkt. Es besteht für das Bundesgericht aber die Möglichkeit, allenfalls verfassungswidriges Bundesrecht verfassungskonform auszulegen, wo dies nach den allgemeinen Auslegungsregeln zu einem schlüssigen Ergebnis führt.²¹⁰ Trotz des Überprüfungsverbots bleibt zudem die – allerdings unbefriedigende – Möglichkeit, einen Verstoß gegen das Rechtsgleichheitsgebot einfach festzustellen.²¹¹

spitztem Formalismus (z.B. BGE 115 Ia 12 E. 3b) oder gar zum Problem des «Anspruchs auf Gleichbehandlung im Unrecht» (z.B. BGE 122 II 446 E. 4a m.Hinw.; 127 I 1).

209 Vgl. BGE 115 II 193; 116 II 657; 118 V 129; 125 III 209; 126 I 1. Vgl. z.B. auch die Entscheide zur Frage des Nachzugs von Familienangehörigen i.S.v. Art. 17 Abs. 2 ANAG in der Fassung vor 1990, BGE 109 Ib 183; 110 Ib 201; 111 Ib 1; 115 Ib 97 E. 3b. Art. 17 Abs. 2 ANAG ist mit der Revision vom 23.3.1990 geschlechtsneutral gefasst worden; vgl. auch den interessanten Entscheid BGE 118 V 129. Dazu auch die Bemerkung in FN 144.

210 BGE 126 V 57 E. 5; vgl. vorne Rz. 117 ff.

211 BGE 124 II 409, insbes. E. 9d mit einer gewissen Relativierung; 124 II 241 E. 3; 124 II 581 E. 2a; 123 II 42 E. 2b; 123 II 472 E. 4c; 123 V 81 E. 4a; 123 V 161 E. 3a; 121 II 465 E. 2a; vgl. zu diesem Problembereich die interessanten Ausführungen von STEINER, Verbot, S. 334 ff. Dieser Autor vertritt m.E. zu Recht die Auffassung, dass zumindest das GIG angesichts seiner zwingenden Natur und seiner Abstützung durch die Verfassung allgemeinen Vorrang vor anderem, allenfalls verfassungswidrigem Bundesrecht genießt.

§ 5 Verfahrensfragen²¹²

I. Rechtsmittel

Die Fragen der Gleichstellung der Geschlechter mit Einschluss des verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Anspruchs auf Lohngleichheit müssen nach gefestigter Rechtsprechung einer richterlicher Überprüfung unterstellt werden können und sind auch je nach Art und Zugehörigkeit der geltend gemachten Rügen und des angefochtenen kantonalen Entscheides auf verschiedenen Wegen vom Bundesgericht zu überprüfen: Die aus Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV hergeleiteten Gleichheitsstreitigkeiten sind als unmittelbar vor Gericht durchsetzbare *Grund- oder Menschenrechte* mittels einer *staatsrechtlichen Beschwerde* i.S.v. Art. 84 OG wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte durchzusetzen, sofern nicht – wie beim Bestehen eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses und der Berufung auf Bundesrecht, etwa das Gleichstellungsgesetz – eine *Verwaltungsgerichtsbeschwerde* i.S.v. Art. 97 ff. OG zur Verfügung steht oder – bei privatrechtlichen Vertrags-, insbesondere Arbeitsverhältnissen und entsprechendem Streitwerterfordernis – eine *Berufung* i.S.v. Art. 43 ff. OG wegen Verletzung von Bundesrecht mit Einschluss des Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV oder von Staatsverträgen erhoben werden kann.

1. Staatsrechtliche Beschwerde

Die *staatsrechtliche Beschwerde* ist ein subsidiäres Rechtsmittel, das zulässig ist sowohl bei Anfechtung einer individuellen Verfügung oder eines Entscheides in Einzelfällen (inzidente Normenkontrolle) als auch zur Überprüfung einer Norm (abstrakte Normenkontrolle von kantona-

212 Die hier aufgeführten Verfahrensfragen beziehen sich sowohl auf das Vorgehen gemäss Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 BV als auch grundsätzlich gemäss dem GIG in arbeitsrechtlichen Rechtsstreitigkeiten. Beide Rechtsgrundlagen haben materiell denselben Inhalt (BGE 125 III 368 E. 2; 124 II 409 E. 1a) und werden zumeist auch gemeinsam angerufen. Die Verfahrensgrundsätze und die Rechtsmittel sind daher grundsätzlich dieselben, weshalb es sich rechtfertigt, auch aus Platzgründen, sie zusammenfassend gleichzeitig abzuhandeln, soweit es nicht um besondere, sich aus dem GIG ergebende Probleme geht. Der Beschwerdeweg soll gemäss Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege (BB1 2001 V 4202 ff.) durch eine Einheitsbeschwerde u.a. im öffentlichen und im Zivilrecht erleichtert werden. Vgl. FRANZ, KELLERHALS in SJZ 98 2002, S. 29 ff.

len Gesetzen und Verordnungen), wenn die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt wird,²¹³ sofern kein anderer Rechtsbehelf zur Verfügung steht. Ausschliesslich die staatsrechtliche Beschwerde ist zu wählen, wenn es gilt, selbständiges kantonales Recht, also generell-abstrakte Erlasse der Kantone, anzufechten. So kann z.B. die Rüge eines Verstosses gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 8 Abs. 3 Satz 3 nBV erhoben werden, weil typische Frauenberufe generell bei kantonalen Besoldungsrevisionen tiefer eingestuft werden oder zukünftig mit einem tieferen Mindestlohn zu rechnen haben.^{214, 215} Gleiches gilt für private Klägerinnen, deren Ansprüche die Streitwertgrenze für die Erhebung einer Berufung nicht erreichen.²¹⁶ Ebenso gilt, dass stets die staatsrechtliche Beschwerde zur Verfügung steht, wenn nicht eine geschlechtsbedingte, sondern eine allgemeine Ungleichbehandlung gemäss Art. 4 Abs. 1 aBV/Art. 8 Abs. 1 BV geltend gemacht wird, also wenn beispielsweise Steuererleichterungen zwischen Ehepaaren und Paaren in eheähnlichen Verhältnissen oder *Lohnunterschiede* zwischen gleichartigen, nicht als geschlechtstypisch zu bezeichnenden Berufen beanstandet werden, die geschlechtsneutral definiert sind und Frauen wie Männer gleicherweise treffen.²¹⁷

138 Die Voraussetzung für die Anhebung einer staatsrechtlichen Beschwerde ist stets, dass die Beschwerdeführenden die Verletzung eigener, sie in ihren persönlichen Verhältnissen treffenden Rechte darlegen können. Das hat dazu geführt, dass den Kantonen, die sich gegen die Zuspprechung höherer Löhne an ihr weibliches Personal beim Bundesgericht beklagen wollten, die Beschwerdelegitimation aberkannt worden ist, weil sie in öffentlichrechtlichen Arbeitsstreitigkeiten, insbesondere in Besoldungsfragen, die öffentliche Hoheit verkörpern und nicht in einer Privaten vergleichbaren Stellung mit eigenen persönlichen Rechten auftreten.²¹⁸

213 Vgl. nicht publ. BGE vom 10.7.1986 i.S. A. B. c. Kanton Nidwalden, publ. in ZBl 1987 (88), S. 167; Gleichheit resp. Gleichwertigkeit in schulischer Hinsicht betreffend.

214 Vgl. BGE 125 I 71 E.1a; nicht publ. BGE vom 5.10.1999 i.S. R. H. und Mitbet. c. Kanton Thurgau, E. 1b; Kindergärtnerinnen des Kantons Thurgau.

215 BGE 124 II 529 E. 1b; zum Ganzen auch MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, Rz. 8–32 zu Art. 12 GlG; ARIOLI/FURRER ISELI, Rz. 464 ff.

216 Art. 343 Abs. 2 OR.

217 Siehe dazu z.B. BGE 124 II 529 E. 5d und e; nicht publ. BGE vom 19.11.1998 i.S. L. B. c. Stadt Zürich, E. 1a; vom 19.06.1995 i.S. M. G. c. Primarschulpflege Affoltern a.A.; nicht publ. BGE vom 31.5.1991 i.S. A. G. c. Einwohnergemeinde X.; u.a.

218 BGE 120 Ia 95; Kanton Basel-Stadt c. Kindergärtnerinnen.

2. Exkurs: Die Besonderheit der Beschwerdelegitimation der privatrechtlichen Arbeitgeberschaft

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung gesteht der privatrechtlichen Arbeitgeberschaft die Befugnis zu, dann mit staatsrechtlicher Beschwerde in *Lohngleichheitsfällen* gemäss Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV und im Sinne des Gleichstellungsgesetzes eine Streit-sache dem Bundesgericht zu unterbreiten, wenn das Streitwerterfordernis keine zivilrechtliche Berufung i.S.v. Art. 46 OG zulässt.²¹⁹ Für diese Besonderheit, die sich streng genommen über das Eintretenserfordernis der persönlichen Betroffenheit in eigenen verfassungsmässig geschützten Rechten hinwegsetzt und damit die Stellung der betroffenen Frauen im Grunde erheblich erschwert²²⁰, war für das Bundesgericht der Doppelleffekt des Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV und die Rechtslogik entscheidend. Diese Bestimmung stellt sowohl ein (für die Arbeitnehmenden) verfassungsmässiges subjektives Recht als auch eine zwingende Vorschrift des Privatrechts dar. Diese Besonderheit hat leider Anlass dafür geboten, dass der Arbeitgeberschaft – in concreto ging es um eine einfache Gesellschaft in einem Verfahren gegen eine Schauspielerin mit klar diskriminierender Gage – die Legitimation zur Erhebung einer staatsrechtlichen Beschwerde zuerkannt worden ist, obwohl diese nur «in gewisser Weise» in ihren persönlichen Rechten betroffen gewesen sei. Der Arbeitgeberschaft dürfe die Befugnis zur Ergreifung einer staatsrechtlichen Beschwerde weder leichthin verweigert werden noch ginge es an, sie auf die Willkürzüge des Art. 4 aBV/Art. 8 Abs. 1 BV zu verweisen, währenddem den Arbeitnehmenden sämtliche Rechtsmittel zu Verfügung stünden. Ob konsequenterweise auch ein öffentlichrechtliches Organ in privatrechtlichen Arbeitsstreitigkeiten zur Erhebung einer staatsrechtlichen Beschwerde zugelassen würde, ist bisher vom Bundesgericht offen gelassen worden, könnte sich aber mit der Änderung des Beamtenstatuts – wohl zum Nachteil der betroffenen Frauen – ernsthaft stellen.²²¹

219 BGE 113 Ia 107 = Pra 76 Nr. 254; dies entgegen der langjährigen Praxis, siehe BGE 124 II 409 E. 1 m. Hinw.; 125 I 71 E. 1a und b.

220 Siehe dazu die diesbezüglich allein berechnete Kritik von SANDOZ, S. 304 ff.

221 BGE 120 Ia 95 E. 1c/cc; vgl. für den Bund nunmehr Bundespersonalgesetz (BPG) vom 24.3.2000, in Kraft seit 1.1.2001 (SR 172.220.1), welches das Beamten-gesetz vom 30.6.1927 (SR 172.221.10) abgelöst hat.

3. Verwaltungsgerichtsbeschwerde

- 140 Soweit es um Gleichstellungsfragen und Lohneinreihungen nach öffentlichem Recht des Bundes geht, steht die *Verwaltungsgerichtsbeschwerde* an das Bundesgericht zur Verfügung, sofern sich die Beschwerde auf Art. 4 Abs. 2 Satz 3 aBV/Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV und/oder Art. 3 GIG stützt (Art. 97 i.V.m. Art. 58 Abs. 2 Ziff. 3 BtG).²²² Das gilt auch für öffentliche Organe, wenn die Streitigkeit auf dem Gleichstellungsgesetz beruht.²²³
- 141 Desgleichen kann mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde eine kantonale Verfügung, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützt oder stützen sollte, angefochten werden, sofern diese von einer der in Art. 98 OG genannten Vorinstanzen erlassen worden und keiner der in Art. 99–102 OG oder in der Spezialgesetzgebung vorgesehenen Ausschlussgründe gegeben ist. Die Vorschriften des Gleichstellungsgesetzes sind – wie Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV – auch öffentliches Bundes(verwaltungs-)recht.
- 142 Im Verfahren der *Verwaltungsgerichtsbeschwerde* sind auch auf unselbständiges kantonales Ausführungsrecht zum Bundesrecht gestützte Anordnungen zu überprüfen, die einen *hinreichend engen Sachzusammenhang* zu der im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu beurteilenden Frage des Bundesverwaltungsrechts aufweisen.²²⁴

II. Eintretensvoraussetzungen

- 143 Für die Ergreifung dieser Rechtsmittel zur Durchsetzung des allgemeinen und des geschlechtsbezogenen Gleichheitsgrundsatzes sind die *allgemeinen Verfahrensregeln* zu beachten. Sie sind unter Umständen für eine beschwerdeführende Person von entscheidender Bedeutung. Für – auf die allgemeine und geschlechtsbezogene Rechtsgleichheit gestützte – Rechtsvorkehren gilt in erster Linie, dass auf sie nur eingetreten werden kann, wenn die von einer Diskriminierung Betroffenen *persönlich* in ihren Rechten und Interessen verletzt sind (Art. 88 OG), durch den

angefochtenen Entscheid oder die Verfügung berührt sind und sie ein schutzwürdiges Interesse an einer Aufhebung der angefochtenen Norm, Verfügung oder Entscheidung haben (Art. 103 lit. a OG).

In BGE 108 Ia 126 ging es um die Frage, ob eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung von Ehepaaren resp. von Mann und Frau vorliege, weil das angefochtene kantonale Steuergesetz nur *erwerbstätigen Ehefrauen* bei der Ermittlung der Einkommenssteuer des Ehepaares einen Abzug auf ihrem Erwerbseinkommen zugestand, welcher erwerbstätigen Ehemännern mit nichterwerbstätigen Ehefrauen versagt worden ist. Auf dieses Argument trat das Bundesgericht nicht ein, soweit es um die Anwendung von Art. 4 Abs. 1 aBV ging. Es bestätigte seine ständige Praxis, wonach eine staatsrechtliche Beschwerde gegen eine kantonale Norm ein persönliches, unmittelbares oder allenfalls auch virtuelles (irgendwann mögliches) Betroffensein des Beschwerdeführers oder der Beschwerdeführerin erfordert. Konkret wurde eine Verletzung der persönlichen rechtlichen Interessen des Beschwerdeführers deshalb verneint, weil eine Aufhebung der angefochtenen Bestimmung ihm selbst, der sich nicht direkt, aus eigenem Betroffensein, auf die fehlende Abzugsmöglichkeit für erwerbstätige Ehemänner nichterwerbstätiger Frauen berufen konnte, nichts, anderen Ehepaaren aber Verluste gebracht hätte. Eine Beschwerde gegen Gesetze oder Verfügungen, die Dritte «privilegieren», ist nach ständiger Rechtsprechung nicht zulässig.²²⁵

In diesem Entscheid hatte sich der Beschwerdeführer auch auf eine Verletzung des Gebots der rechtlichen Gleichstellung der Geschlechter berufen. Es stellte sich daher erstmals die Frage, ob unter dem Gesichtswinkel des Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 BV in gleicher Weise über die Eintretensfrage zu entscheiden wäre. Anders gesagt: Es wurde gefragt, ob dieser – damals neue – Verfassungsgrundsatz den Rechtsunterworfenen nicht das Recht einräume, mit einer «formellen» Klage oder Beschwerde gegen eine vermeintliche Rechtsungleichheit zwischen den Geschlechtern vorzugehen, ohne dies durch ein zumindest «virtuelles» persönliches rechtliches Interesse rechtfertigen zu müssen. Das Bundesgericht verneinte im erwähnten Entscheid eine Verletzung des geschlechtsbezogenen Gleichheitsgebots, weil nicht eine Geschlechterdifferenzierung in Frage stehe, sondern der Grundsatz der Einheitsbesteuerung von Ehepaaren, bei welchen die Ehefrau über ein Erwerbs-

²²² Vgl. MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, Rz. 18 zu Art. 13 GIG; vgl. nunmehr zum Ganzen auch ARIOLI/FURRER ISELL, Rz 344 ff., Rz 420 ff.; BGE 123 II 289 E. 1a; 124 II 409 E. 1e.

²²³ Anders als in BGE 120 Ia 95 vgl. 124 II 409, insbes. E. 1e.

²²⁴ BGE 125 II 385; 125 II 541; 124 II 529 E. 1b; 124 II 409 E. 1b/d.

²²⁵ BGE 108 Ia 126 E. 2.

einkommen verfügte. Das sei eine soziale Massnahme zur Verminderung von Nachteilen der Familienbesteuerung und kein Verstoß gegen das Gebot der Gleichbehandlung von Frau und Mann.

- 146 Die Eintretensfrage in diesem besonderen Fall konnte somit zunächst offen bleiben. In späteren Entscheiden schien das Bundesgericht aber davon auszugehen, dass sich die Rechtssuchenden stets, also auch in Rechtsvorkehren zum Geschlechtergleichheitssatz, auf ein sie persönlich treffendes rechtliches Interesse oder persönliches Berührtsein berufen müssen, ohne indessen diese Frage grundsätzlich zu klären.²²⁶ Die Zulassung einer bloss «formellen» Beschwerde, sobald jemand sich über eine scheinbare oder echte Rechtsungleichheit zwischen Frau und Mann beklagt, wäre wohl nicht ungefährlich. Eine solche Öffnung könnte m.E. zu einer Art *Popularklage* führen, die unserem Recht jedenfalls im Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde unbekannt ist und für Frauen mit ihrem Nachholbedarf gegenüber direkten oder indirekten Diskriminierungen eher gefährliche Auswirkungen haben könnte.

III. Exkurs: Legitimation der Gleichstellungsbüros zur Erhebung von Beschwerden gegen gleichstellungswidrige Rechtserlasse?

- 147 Art. 13 Abs. 4 GIG schliesst die Legitimation zur Anfechtung von gleichstellungswidrigen Rechtserlassen im Bereich des Arbeitsrechts durch die Gleichstellungsbüros in den Kantonen und im Bund ausdrücklich aus. Das Gleichstellungsgesetz verweist in dieser Bestimmung auf Art. 103 lit. b OG und hält fest, diese Vorschrift sei auf Verfügungen letzter kantonaler Instanzen nicht anwendbar. Art. 103 lit. b OG i.V.m. Art. 13 Abs. 4 GIG schliesst somit die Beschwerdebefugnis des Eidg. Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann aus. Dies im Gegensatz zu einem in der Sache zuständigen Departement oder einer in der Sache zuständigen Dienstabteilung. Das Eidg. Büro wird damit in seinen Möglichkeiten, Gleichstellungsanliegen selbst vor Bundesgericht durchsetzen zu können, beschnitten. In der Legitimation zur Erhebung einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde hätte aber eine bedeutsame Massnahme zur Durchsetzung des Gebots der rechtlichen und tatsächlichen Gleichstellung von Frau und Mann gelegen. Das Bundesgericht gesteht dieser Dienststelle nur zu, Bemerkungen in Form eines Amts-

berichts einzureichen, dem Beweismittelfunktion zuerkannt wird und welcher damit der freien Beweiswürdigung unterliegt.²²⁷

IV. Richterliche Prüfungspflicht und die allgemeine Lebenserfahrung

Im Rahmen von Beschwerden zur Geschlechtergleichstellung spielt die *Abklärungs- und Prüfungspflicht* des Gerichts eine grosse und wichtige Rolle.²²⁸ Angesichts der für Klagende oder Beschwerdeführende zu- meist besonders schwierigen Beweislage geht es darum, die kantonalen Instanzen dazu zu verhalten, alle im Zusammenhang mit einer Gleichstellungsfrage auftretenden Probleme tatsächlicher Art genau abzuklären, allenfalls auch Gutachten einzuholen, wenn entsprechende Anträge gestellt werden oder dies die fehlende richterliche Sachkunde erfordert. Das gilt insbesondere – aber nicht nur – in Streitigkeiten aus dem Arbeitsrecht, so etwa bei Lohngleichheitsdifferenzen. Das Bundesgericht, das lediglich Rechts- und Wertungsfragen überprüfen kann, ist auf eine gründliche Abklärung des Sachverhalts angewiesen, um die geltend gemachte Diskriminierung beurteilen zu können.

Unter einem nur *formalen Verständnis* des Gleichstellungsgebots entfällt allerdings nach einem Teil der Lehre und der Rechtsprechung grundsätzlich für die gesetzgebenden und rechtsanwendenden Behörden die Pflicht, gesetzliche Regelungen oder den zu beurteilenden Einzelfall unter dem Gesichtspunkt zu prüfen, ob eine bestimmte Tatsache im Verhältnis zwischen Frau und Mann rechtserheblich und damit als Kriterium für eine zulässige rechtliche Ungleich- oder Gleichbehandlung brauchbar, d.h. mit sachlich überzeugenden Gründen vertretbar ist.²²⁹ Es genügt nach dieser Auffassung – ausser bei der Geltendmachung von indirekter Diskriminierung, die nach der gelegentlich vertretenen Auffassung des Bundesgerichts nicht zum Gehalt des Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV gehört²³⁰ – grundsätzlich eine sog.

227 Vgl. BGE 124 II 409 E. 2; 120 Ia 321 E. 1; aus heutiger Sicht nicht ganz zutreffend MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, Rz. 65 zu Art. 13 GIG.

228 BGE 125 III 368 E. 3; 124 II 529 E. 6a; 118 Ia 35 E. 2d/e; vgl. auch 117 Ia 262.

229 HAEFLIGER, S. 78f.; WEBER-DÜRLER, Aktuelle Aspekte, S. 358; GEORG MÜLLER in BV-Kommentar, Rz. 133 zu Art. 4.

230 Vgl. z.B. BGE 121 III 301; Fehlbetragsfälle im Trennungs- und Scheidungsrecht; anders wenigstens als Frage im nicht publ. BGE vom 31.5.1991 i.S. A. G. c. Einwohnergemeinde X.

226 Vgl. BGE 108 Ia 126 E. 3b.

geschlechtsneutrale Formulierung, um eine Geschlechterdiskriminierung i.S.v. Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV auszuschliessen. Für die Behebung faktischer Benachteiligungen ist in dieser formalen Sichtweise die Gesetzgebung gefordert.²³¹ Das Bundesgericht hat sich aber nicht immer an diese Auffassung gehalten. Es hat vielmehr die richterliche Aufgabe auch etwa darin gesehen, dem – positiven – Gebot rechtlicher Gleichstellung und dem – negativen – Verbot von Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts durch genaue Abklärung des Sachverhalts zum Durchbruch zu verhelfen.²³²

150 Hier setzt das Erfordernis der besonderen *richterlichen Prüfungspflicht* von Amtes wegen ein. Das Bundesgericht verlangt im Zusammenhang mit dem Geschlechtergleichheitsgebot gegenüber kantonalen Gerichten – einerseits in Lohngleichheitsprozessen, andererseits in der gleichstellungsrelevanten Anwendung von kantonalem Recht – eine *uneingeschränkte Prüfungspflicht*.²³³ Das bedeutet, dass die rechtsanwendenden Instanzen grundsätzlich nur auf die *allgemeine Lebenserfahrung* oder auf andere Gründe abstellen dürfen, sofern nicht Tatsachenfeststellungen anhand konkreter Beweismittel (Dokumente, Expertisen, Zeugen) möglich sind. Das Bundesgericht lässt z.B. in Lohngleichheitsfällen *subsidiär* das Abstellen auf die allgemeine Lebenserfahrung und die geschichtliche Aussagekraft zu, wenn sich die Frage, ob ein typischer Frauenberuf vorliege, nicht durch statistische Erhebungen abklären und feststellen lässt.²³⁴

151 Diese Anforderungen an die Sachgerichte machen es erst möglich, die Feststellungen der Behörden oder auch Expertisen zu hinterfragen und sorgfältig darauf hin zu prüfen, ob sich im konkreten Einzelfall – gegebenenfalls versteckte – Diskriminierungen verbergen.^{235, 236} Das Bundesgericht wie auch das EVG begnügen sich aber in Fällen, die auf Wertungen, Gewichtungen oder Schätzungen beruhen und damit notwendigerweise subjektiv gefärbt sind, mit dem Beweisgrad der grösst-

231 Die übrigen in der öffentlichen Meinung als völlig genügend für die Herstellung von Gleichheit zwischen Frauen und Männern betrachtet wird, eine Auffassung, die auch in der Lehre Fuss zu fassen beginnt: vgl. GRISEL, S. 537 ff., insbes. 541 ff.

232 Vgl. Botschaft Gleiche Rechte, S. 7.

233 BGE 116 V 198 E. 3c; ZBI 1986 (87), S. 482 E. 2b; auch WEBER-DÜRLER, Grenzen des Rechtsschutzes, S. 344.

234 Vgl. BGE 124 II 529 E. 5e und f m.Hinw. auf die Lehre; 124 II 409 E. 8a.

235 Vgl. BGE 125 III 368 E. 3; 124 II 529 E. 6a; 118 Ia 35 E. 2d/e; 117 Ia 262 E. 4.

236 Vgl. dazu auch HAEFLIGER, S. 55 ff.; BGE 109 II 95.

möglichen Wahrscheinlichkeit oder mit der Berufung auf den weiten Gestaltungsspielraum der politischen Behörden.²³⁷

Das Bundesgericht leitet die Notwendigkeit, trotz allfälliger *Beweis-schwierigkeiten* den Sachverhalt wegen behaupteter Diskriminierungen gründlich abklären zu lassen, einerseits aus dem Anspruch auf *rechtliches Gehör* her, und andererseits stützt es sie auch unmittelbar auf den sich aus Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 BV ergebenden Untersuchungsgrundsatz. Daraus ergibt sich der Umfang der *Anforderungen an die richterliche Feststellung des Sachverhalts* und der Umfang der richterlichen Fragepflicht.²³⁸ Dazu ist auch erforderlich, mit allen geeigneten *Beweisangeboten* gehört zu werden und sich an der *Beweisabnahme* beteiligen zu können.²³⁹

Das rechtliche Gehör ist nicht nur in Zivilverfahren, sondern ebenso sehr in Verwaltungsverfahren zu beachten, und zwar ohne Rücksicht auf die allenfalls geltende *Offizialmaxime*.¹⁵³

Neben die Prüfungspflicht gesellt sich auch die Pflicht, Gleichstellungsentscheide besonders gut zu begründen. Betroffene sind darauf angewiesen, nur schon deswegen eine einlässliche Begründung vom kantonalen Gericht oder der letzten kantonalen Behörde zu erhalten, damit eine sachgerechte Anfechtung der Verfügung oder Entscheidung möglich ist. Das erweist sich insbesondere in Gleichstellungsprozessen als wichtig. Aus der richterlichen Prüfungspflicht folgt daher in Verfahren um die Gleichbehandlung der Geschlechter auch eine qualifizierte Begründungspflicht. Sie verlangt, dass sich der oder die Betroffene über die Tragweite eines Entscheids und die Überlegungen, von denen sich die Behörde hat leiten lassen, Rechenschaft geben kann. Besonders die Schwierigkeit, indirekte Diskriminierungen aufzudecken, erfordert Klarheit darüber, auf Grund welcher Beweise der Sachverhalt festgehalten worden ist und wie Werturteile begründet werden.²⁴⁰ Der Umfang der erforderlichen Begründung ergibt sich im Einzelfall aus der Art der angefochtenen Verfügung und den konkreten Umständen.²⁴¹

237 BGE 117 V 194, 125 V 146 E. 2a; 124 II 529 E. 3b m.Hinw.

238 BGE 118 Ia 17 E. 1a; 116 Ia 52 E. 2 und 3d = Pra 81 Nr. 29; 115 Ia 8 E. 2a m.Hinw.; 110 Ia 99 E. 4; 109 Ia 217 E. 2d; 106 Ia 73 E. 2; 105 Ia 193 E. 4b.

239 BGE 109 Ia 217 E. 5c; 106 II 170 E. 6b.

240 Nicht publ. BGE vom 19. 11. 1998 i.S. L. B. c. Stadt Zürich, E. 2g m.Hinw. auf BGE 118 Ia 35 E. 2d/e; 117 Ia 262 E. 4c; BGE 124 II 529 E. 2a m.Hinw. auf 123 I 31 E. 2c.

241 BGE 124 II 529 E. 2a.

155 Die bundesgerichtliche Rechtsprechung lässt als Ausfluss der richterlichen Prüfungspflicht und des Anspruchs auf rechtliches Gehör grundsätzlich auch einen Anspruch auf Einholung einer wissenschaftlichen Begutachtung zu,²⁴² dies vor allem, wenn dem urteilenden Gericht die erforderliche Sachkunde abgeht oder wenn es um die Aufdeckung schwer durchschaubarer, verdeckter oder möglicher indirekter Diskriminierungen geht.²⁴³

156 Den Gerichten ist es somit bei der Beurteilung der ihnen unterbreiteten Gleichstellungsprobleme nur noch ausnahmsweise gestattet, sich auf die allgemeine *Lebenserfahrung* zu berufen. Das hat das Bundesgericht bereits in BGE 114 II 9 erklärt. In diesem Entscheid ging es um die Frage, ob eine durch die Scheidung in Bedürftigkeit fallende, bisher nicht erwerbstätige Frau in absehbarer Zeit in der Lage sei, sich beruflich derart zu integrieren, dass sie in Zukunft für den eigenen (den betriebsrechtlichen Notbedarf übersteigenden) Lebensunterhalt aufkommen könne. Das Bundesgericht begnügte sich im angefochtenen Urteil – anders als das kantonale Gericht – nicht mit allgemeinen, auf die Lebenserfahrung gestützten Hinweisen, sondern verlangte konkrete Tatsachen über die Erwerbsmöglichkeiten der betroffenen Frau in der konkreten wirtschaftlichen Umwelt.

157 Dies entspricht auch der Praxis des *Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, wie er in einem die Schweiz betreffenden Entscheid vom 24. Juni 1993 dargelegt hat. Es ging um die Frage, ob es im Rahmen einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde u.a. zur Rüge der Verletzung des Gleichheitsgebots der Geschlechter zulässig sei, sich anstelle näherer Abklärung des konkreten Sachverhalts auf die «allgemeine Lebenserfahrung» zu berufen und damit einen Anspruch auf Weiterdauer der Invalidenrente abweisen zu dürfen.²⁴⁴ Margrit S.-Z. stand zunächst wegen praktisch vollständiger Erwerbsunfähigkeit eine volle IV-Rente zu. Nach der Geburt ihres Kindes verfügte die zuständige Ausgleichskasse die Streichung dieser Rente, weil die Invalide zu 60–70% imstande sei, sich um Haushalt und Kind zu kümmern. Das EVG bestätigte diesen Entscheid und wies die Beschwerde von Margrit

S.-Z. ab. Es begründete dies u.a. damit, viele Frauen würden die Arbeit ausser Haus nach der Geburt des ersten Kindes aussetzen. Aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung und nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit, wie er nach ständiger Praxis im Sozialversicherungsrecht angewendet werde, hätte sich die Beschwerdeführerin auf ihre Arbeit im Haushalt und als Mutter beschränkt, wenn sie keine gesundheitlichen Probleme gehabt hätte. Damit sei sie im Sinne des IVG nicht mehr genügend invalid.

Die bei hypothetischen Fragen bestehenden Beweisprobleme dürfen im Sinne der Rechtsprechung des EMGR zu Art. 6 Abs. 1 EMRK²⁴⁵ nicht dazu führen, dass sich ein Gericht mit einer wie immer begründbaren *Lebenserfahrung* und mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit im konkreten Einzelfall begnügt und dazu auf traditionelle Vorstellungen zurückgreift. Im konkreten Streitfall stand neben Art. 4 Abs. 2 aBV und Art. 6 EMRK auch Art. 14 EMRK zur Diskussion, welcher jede Form der Diskriminierung untersagt. Das EVG hatte nach Meinung des Europäischen Gerichtshofs ausser Acht gelassen, dass es mit seiner Argumentation eine typische *Verletzung des Geschlechtergleichheitsgebots* beging. Die geschlechtstypische Frage, ob der biologische Tatbestand der Mutterschaft zur Einbusse staatlicher Leistungen führen dürfe, wurde aufgrund eines pauschalen, allgemein auf Frauen bezogenen Vorurteils beantwortet, und das lässt sich mit Blick auf das geschlechtsbezogene Gleichstellungsgebot und Art. 14 EMRK nicht halten.

V. Exkurs: Das internationale Recht und seine Auswirkungen auf die Geschlechtergleichbehandlung

1. Verfassungsrang internationaler Normen über die Gleichstellung der Geschlechter

Die Schweiz ist durch *bilaterale Verträge* und *internationale Übereinkommen* der verschiedensten Art an die Verpflichtung gebunden, Frauen und Männer diskriminierungsfrei und in sämtlichen Rechtsbereichen rechtsgleich zu behandeln. Dem Völkervertragsrecht kommt nach der

242 Vgl. BGE 124 II 409 E. 5a; Zürcher Handarbeitslehrerinnen; 124 II 436 E. 5b; Solothurner Kindergärtnerinnen.

243 BGE 124 II 529 E. 6a; 120 Ia 95; 118 Ia 35 E. 2; bereits nicht publ. BGE vom 14.12.1989 i.S. N. B. c. TAdm Valais. ELISABETH FREIVOGEL, Rz. 102f. zu Art. 3 GlG; GEORG MÜLLER in BV-Kommentar, Rz. 143 zu Art. 4; BGE vom 8.6.1998.

244 Entscheid des EGMR Nr. 17/1992/362/436, Ser. A, Nr. 263 i.S. Schuler-Zgraggen c. Eidg. Versicherungsgericht.

245 Vgl. v.a. zur Frage der Auslegung von Art. 6 Abs. 1 EMRK, die in diesem Fall eine entscheidende Rolle gespielt hat, die Besprechung von YVO HANGARTNER in AJP 1994, S. 784ff., v.a. bezüglich der Auswirkungen auf Art. 4 Abs. 1 und 2 aBV, S. 789.

bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich der Vorrang über Landesrecht zu.²⁴⁶ Völkerrechtlichen Normen mit Grundrechtscharakter, wie insbesondere die *Europäische Konvention über die Menschenrechte* (EMRK) vom 4. November 1950 (von der Schweiz am 14./28. 11. 1975 genehmigt und ratifiziert), aber auch Art. 26 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966, in Kraft seit 18. September 1992, gesteht das Bundesgericht zumindest Verfassungsrang zu, deren Garantien – im Gegensatz zu andern internationalen Übereinkommen²⁴⁷ – unmittelbar anwendbar sind und deren Verletzung wie interne Verfassungsgrundrechte mit staatsrechtlicher Beschwerde resp. mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beanstandet werden können.²⁴⁸ Insbesondere hat das Bundesgericht zuletzt betont, die EMRK und die Bundesverfassung würden dieselben Garantien enthalten.²⁴⁹ Später aber liess es die Frage, ob die Konvention nicht einen weitergehenden Schutz enthalte, wieder offen.²⁵⁰

160 Die grundsätzliche Gleichstellung der Normen der EMRK mit Verfassungsrecht hat für die Rechtspraxis zur Folge, dass sich das Bundesgericht auch in dieser Hinsicht grundsätzlich an die *Schranke* der Art. 113 Abs. 3 und 114^{bis} Abs. 3 aBV/Art. 191 BV gebunden fühlt.²⁵¹ Stets aber sind die internationalen Übereinkommen, die zur Einhaltung bestimmter Grund- und Menschenrechte, insbesondere im Verhältnis von Frau und Mann, verpflichten, bei der Anwendung von innerstaatlichen Normen zu beachten und sind diese nach Möglichkeit nicht nur *verfassungs-*, sondern auch *konventionskonform* auszulegen. Das dürfte in Zukunft nunmehr besonders auch für das seit 26. April 1997 für die

246 BGE 106 Ib 400; 109 Ib 165 E. 7b; 122 II 485 = Pra 86 Nr. 58; späteres intern. Recht (auch Bundesrecht) muss demnach auf die Übereinstimmung z.B. mit der EMRK überprüft werden. Allerdings wird in diesem Entscheid bemerkt, es handle sich nur um ein obiter dictum im speziellen Fall internationaler Rechtshilfe. Wie die Entwicklung bezüglich des Vorranges des internationalen Rechts über internes Landesrecht weiter gehe, sei noch offen.

247 Vgl. BGE 106 Ib 182 E. 3: IAO-Übereinkommen Nr. 111; BGE 120 Ia 1 E. 5; UNO-Pakt I; BGE 121 V 246; UNO-Pakt I; BGE 112 Ib 183 E. 2a = Pra 76 Nr. 11; BGE 124 II 361 E. 3c; 124 III 90 E. 3a: Art. 12 der Kinderschutz-Konvention ist unmittelbar anwendbar.

248 Seit BGE 101 Ia 67; 103 Ia 517 wird den EMRK-Rechten verfassungsrechtlichen Inhalt zugesprochen; vgl. Botschaft Menschenrechtspakte, S. 15 ff.; sodann BGE 117 Ib 367 E. 2c; 125 III 209 E. 2 für die neuere Rechtsprechung. Zur Rechtsprechung des EVG siehe BGE 121 V 229 E. 3b = Pra 85 Nr. 194 m. Hinw. auf die Literatur.

249 BGE 114 Ia 129 f; 116 Ia 252 = Pra 81 Nr. 72.

250 BGE 117 Ia 311 E. 1b.

251 BGE 119 Ia 71 E. 3a; 119 II 264 E. 4; 114 Ia 281 E. 3 = Pra 78 Nr. 4.

Schweiz geltende Übereinkommen von 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau in Betracht fallen.²⁵²

2. Anwendungsbeispiele

Zwischenstaatliche Vereinbarungen spielen u.a. im Bereich der grenzüberschreitenden Sozialversicherungen eine Rolle. So musste gestützt auf den schweizerisch-italienischen Staatsvertrag von 1943 einer Schweizer *Rentnerin*, die durch Heirat mit einem Italiener dessen Staatszugehörigkeit erhalten hatte, die durch eigene Beiträge erworbene Altersrente herabgesetzt werden, nur weil sie mit ihrer Heirat die schweizerische Staatsbürgerschaft gemäss Art. 9 BüG von 1951 verloren hatte. Hier wirkte sich das internationale Recht krass diskriminierend gegenüber den betroffenen Frauen aus.²⁵³

Gestützt auf das *schweizerisch-italienische Abkommen über Soziale Sicherheit* (in Kraft seit 1.9.1964) haben italienische Staatsangehörige die Möglichkeit, unter gewissen Voraussetzungen (vor allem noch kein Rentenbezug in der Schweiz²⁵⁴) die in die schweizerische AHV einbezahlten Beiträge in die italienische Versicherung zu übertragen. Es stellte sich die Frage, wie es sich verhält, wenn eine Ehefrau ihrem Ehemann nach Italien folgt, der bereits neben der AHV-Rente eine Zusatzrente für die Ehefrau bezieht. Das EVG hat die Übertragung der Beiträge, wie von der Frau gewünscht, zugelassen, aber darauf hingewiesen, dass der Ehemann dadurch das Recht verliere, die schweizerische Zusatzrente für die Ehefrau weiterhin zu erhalten. Auch gehe ihm bei Erreichen des Rentenalters der Frau die Befugnis verloren, seine einfache Altersrente in eine Ehepaarrente umwandeln zu lassen. Diese «*unschöne*» Konsequenz der Anwendung des Staatsvertrags – so das

252 Es erscheint als typisch für die grundsätzlich zurückhaltende Einstellung der offiziellen Politik gegenüber dem Anspruch von Frauen auf Beseitigung jeder Form der Diskriminierung, dass die Formulierungen in diesem Übereinkommen ausschliesslich als staatliche Verpflichtung ausgestaltet sind und damit eine unmittelbare Anwendbarkeit der Vorschriften auf gleichstellungsrelevante Diskriminierungsvorfälle erheblich erschwert. Vgl. nun die wichtige Arbeit von CHRISTINA HAUSAMMANN, *Menschenrechte – Impulse für die Gleichstellung von Frau und Mann in der Schweiz*, Basel 2002.

253 Im Entscheid vom 19.4.1951 i.S. Office féd. des assurances sociales c. L. wollte die Verwaltung die Altersrente ganz streichen; das EVG liess jedoch keinen Aufhebungsgrund zu, der über die in Art. 21 Abs. 2 AHVG genannten Erlöschensgründe hinausgegangen wäre, was nicht hinderte, in Anwendung des Staatsvertrags die Rente stark zu reduzieren, auch unter Berufung auf die Gleichberechtigung!

254 BGE 114 V 8.

EVG in BGE 114 V 8 E. 3 mit Hinweis auf BGE 111 V 3 und 113 V 98 – lasse sich aber nicht durch Richterspruch, sondern nur durch die zuständigen Behörden ändern. Im Gegenzug aber dürfte m.E. – worauf das EVG nicht hinweist – die Betroffene einen (auf insgesamt – mit der Rente des Ehemannes – 150% begrenzten) selbständigen Anspruch auf ihre eigene Alterssicherung erhalten. Das entspräche dem Diskriminierungsverbot des Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 BV (und nunmehr Art. 21 i.V.m. Art. 35 AHVG in der Fassung vom 7. 10. 1994/1997).

163 Nach dem Abkommen vom 8. März 1989 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Fürstentum Liechtenstein ist eine in der Schweiz wohnende Ehefrau eines im Fürstentum versicherten Ehemannes nunmehr aufgrund der neuen Bestimmung des Art. 3 Abs. 3 lit. a AHVG (10. AHV-Revision von 1997) beitragspflichtig und zwar gestützt auf die Hälfte des vom Ehemann im Fürstentum erzielten Erwerbseinkommens²⁵⁵ (soziale Verhältnisse i.S.v. Art. 10 AHVG). Diese Ordnung ist nach Auffassung des Bundesgerichts unter – von den Beschwerdeführenden angerufenen – Gesichtspunkten der EMRK nicht zu beanstanden.

164 Die *Europäische Menschenrechtskonvention* enthält eine Reihe von Grundrechten, die jenen der innerstaatlichen Verfassung entsprechen. In der Rechtsprechung zum Gebot der Geschlechtergleichstellung und zum Diskriminierungsverbot hat sich das Bundesgericht insbesondere mit Art. 14 i.V.m. Art. 8 und/oder 12 EMRK zu befassen. Art. 14 EMRK enthält ein generelles Diskriminierungsverbot, das insbesondere der Gewährleistung der Konventionsrechte ohne Unterschied des Geschlechts dient. Seine Anwendbarkeit hängt jedoch von der Rüge der Verletzung anderer in der Konvention ausdrücklich genannter Grundrechte ab.²⁵⁶ Die Rechtssuchenden pflegen sich daher insbesondere auf Art. 8 EMRK zu berufen, der das Recht auf Achtung des Pri-

255 BGE 125 V 230. Die Hälfte des ehemännlichen Erwerbseinkommens ist im Sinne der «sozialen Verhältnisse» gemäss Art. 10 Abs. 1 und 3 AHVG heranzuziehen, obwohl das Einkommen des Ehemannes auch im Fürstentum der Beitragspflicht untersteht. Das EVG stützte sich auf Art. 28 Abs. 4 nAHVV: Ist eine verheiratete Person als Nichterwerbstätige beitragspflichtig, so bemessen sich ihre Beiträge auf Grund der Hälfte des ehelichen Vermögens und Renteneinkommens. Diese Bestimmung ist als gesetz- und verfassungskonform anerkannt worden und entspricht der langjährigen Praxis: BGE 105 V 241 E. 2 = Pra 69 Nr. 159; ZAK 1984, S. 484.

256 BGE 125 III 209 E. 6a m.Hinw. auf die Lehre; auch BGE 123 I 56 m.Hinw. – als Argumentationshilfe des Bundesgerichts – auf einen Entscheid des EGMR zur Baden-Württembergischen Feuerwehr-Ersatzabgabepflicht vom 18. 7. 1994, Serie A Nr. 291 B, § 28; siehe dazu auch BGE 118 Ia 341: Zivilschutzdienstpflicht allein für Männer.

vat- und Familienlebens vor Eingriffen durch staatliche Behörden schützt, oder auf Art. 12 EMRK, welcher das Recht auf Eingehung einer Ehe und auf Gründung einer Familie garantiert. Nach Auffassung des Bundesgerichts haben aber diese Bestimmungen, auf die sich eine Beschwerde über das ungleiche Kantons- und Gemeindebürgerrecht für Frauen und Männer gestützt hat, keinen Einfluss auf die innerstaatliche Regelung z.B. des Bürgerrechts von Eheleuten.²⁵⁷ Auch die «Ehefeindlichkeit» des (alten) AHV- und Familien- oder des Steuerrechts liesse sich wohl kaum unter Berufung auf Art. 12 EMRK beheben. Dem stünde die Rechtsprechung im Rahmen von Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 BV zu Art. 113 Abs. 3 aBV/Art. 191 BV grundsätzlich entgegen, soweit es um Bundesrechtinge.

Umgekehrt aber können Art. 8 und 12 im Zusammenhang mit Art. 14 EMRK auch wieder zur *Unterstützung des innerstaatlichen Diskriminierungsverbots* des Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 aBV dienen. In konkreten Einzelfällen ging es vor allem um staatliches Abgabe- und Leistungsrecht, etwa um die Frage der Verfassungswidrigkeit bei ungleicher Behandlung von Ehepaaren und Paaren in eheähnlichen Verhältnissen im Steuer- und Sozialversicherungsrecht. In solchen Fällen wird etwa mit Erfolg geltend gemacht, diese Regelungen würden sich ehefeindlich auswirken.²⁵⁸ Nach der Rechtssprechung enthält aber Art. 8 EMRK kein Recht auf Ausrichtung staatlicher Sozialleistungen.²⁵⁹ Ein heiratsbedingter Verlust von Ansprüchen aus Sozialversicherung verstösst so wenig gegen die EMRK²⁶⁰ wie die unterschiedliche geschlechtsrelevante Berechnung von Vater- und Mutterwaisenrenten.²⁶¹ Ebenso wenig vermag die Europäische Menschenrechtskonvention vor geschlechtsungleichen Regelungen der Ansprüche auf Leistungen zu schützen, so insbesondere nicht einen Anspruch auf gleiche Voraussetzungen für den Rentenbezug zu vermitteln.²⁶²

Eine Verletzung von Art. 8 und 14 EMRK liess das Bundesgericht in BGE 126 I 1 E. 2h offen, wo es um eine geschlechterdiskriminierende

257 BGE 116 II 657 E. 5

258 Nicht publ. BGE vom 26. 1. 1994 i.S. B. c. AK und Versicherungsgericht des Kantons Waadt, publ. in SVR 6/1994 AHV-Nr. 19; siehe Besprechung von THOMAS KOLLER in AJP 1994, S. 1193 ff.

259 BGE 113 V 1 = Pra 77 Nr. 98; WOLFRAM KARL/HERBERT MIEHSELER/LUZIUS WILDHABER (Hrsg.), Internat. Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 1992, N 136, 378 zu Art. 8 EMRK.

260 Vgl. THOMAS KOLLER, AJP 1994, S. 1194, kritisch dazu 1196 ff.

261 Nicht publ. Entscheid des EVG vom 5. 5. 1993 i.S. D.

262 BGE 121 V 229 E. 2 = Pra 85 Nr. 194; Recht auf gleiches Rentenalter.

Gebühr bei einer Namensänderung des Ehemannes zugunsten des Namens der Ehefrau i.S.v. Art. 30 Abs. 2 und 160 Abs. 1 ZGB ging. Die Beschwerde wurde nämlich bereits aufgrund des Gebots der Geschlechtergleichbehandlung des Art. 4 Abs. 2 Satz 1 aBV gutgeheissen.

167 Im Namensrecht werden gelegentlich neben Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 BV die Art. 8, 12 und 14 EMRK angerufen, um eine Diskriminierung vor allem von Männern darzutun, welche den Familiennamen ihrer Frau anzunehmen wünschen, aber ihren eigenen Namen – gleich wie dies einer Braut zusteht – beibehalten möchten.²⁶³ Das Bundesgericht betrachtet im Gegensatz zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte²⁶⁴ die bundesrechtliche Regelung des Namensrechts in den Art. 161 und 270 ZGB «vorläufig» weder als Verstoss gegen diese EMRK-Bestimmungen noch als Verstoss gegen das verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgebot. Die nach aussen die Einheit der Familie dokumentierenden Regeln des ZGB beruhen nach Auffassung des Bundesgerichts auf einem legitimen Ziel, ganz abgesehen von den praktischen Schwierigkeiten, welche bei einer völligen Freiheit v.a. bei der Wahl des Namens in der Familie entstehen würden.²⁶⁵ Diese Regelung wird nunmehr nach der Ablehnung einer Gesetzesänderung, welche eine gleichstellungsfreundliche Lösung einzuführen getrachtet hat, weiter gelten.²⁶⁶

168 Ein neues Instrument zur Durchsetzung der rechtlichen (und tatsächlichen) Gleichheit von Frau und Mann findet sich in den *Internationalen Pakten über die bürgerlichen und politischen Rechte* (Pakt II) und *über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte* (Pakt I) vom 16. Dezember 1966, für die Schweiz in Kraft seit 18. September 1992.²⁶⁷ Bundesgericht und EVG haben Art. 26 des UNO-Paktes II teilweise als unmittelbar anwendbares allgemeines Diskriminierungsverbot anerkannt.²⁶⁸ In seinem zweiten Quotenentscheid²⁶⁹ hat das Bundesgericht zudem auf

263 BGE 115 II 193: Burghartz Schnyder (Namensrecht des Mannes).

264 Vgl. Entscheid des EMGR vom 22.1.1994, Ser. A Vol. 280 B, publ. in VPB 1994 Nr. 121; BGE 122 III 414 E. 3, insbes. E. 3c zu Art. 270 ZGB.

265 BGE 126 I 1 E. 2e; 120 II 384 E. 5a, nicht publ. Entscheid vom 6.9.1995 i.S. W., E. 2a.

266 Schlussabstimmung der Eidg. Räte vom 22.6.2001; AmtlBull NR 2001, S. 949 f.; StR, S. 471 (NR: 77 ja – 97 nein, StR: 16 ja – 25 nein)

267 Zu Art. 3 und 9 Pakt I und II bezüglich der Gleichstellung der Geschlechter in der Sozialversicherung; BGE 121 V 229 E. 3 = Pra 85 Nr 194.

268 Grundsätzlich keine direkte Anwendbarkeit; BGE 121 V 229 E. 3a = Pra 85 Nr 194; 121 V 246 E. 2b/c; 122 I 101 E. 2a; 123 II 472 E. 4d; 125 III 277 E. 2d; unmittelbare Anwendbarkeit; BGE 121 V 246 E. 2c.

269 BGE 125 I 21 E. 4 S.: Urner Quotenentscheid.

Art. 25 UNO-Pakt II verwiesen, woraus sich die Garantie des freien Wählerwillens herleitet. Aber es hat auch Art. 3 dieses Paktes erwähnt, welcher die Vertragsstaaten verpflichtet, die Gleichberechtigung von Frau und Mann bei der Ausübung aller im Pakt festgeschriebenen bürgerlichen und politischen Rechte sicherzustellen.

Dazu gesellt sich neuestens auch das *Internationale Übereinkommen über das Verbot jeglicher Diskriminierung von Frauen* vom 18. Dezember 1979, für die Schweiz in Kraft seit 26. April 1997.²⁷⁰ Dieses letztere Übereinkommen hat bisher vor allem im Zusammenhang mit der Quotenfrage Eingang in die Rechtsprechung gefunden.²⁷¹ Da dieses Übereinkommen in den Art. 3 ff. wie auch der UNO-Pakt II «positive Diskriminierungen» im Sinne der Zulässigkeit frauenfördernder und kompensierender Massnahmen – wie z.B. Art. 3 Abs. 3 GlG für das schweizerische Recht – nicht ausschliessen, sondern ausdrücklich als möglich erwähnen, stellte sich im Falle der Initiative der Grünen Bewegung Uri in BGE 125 I 21 die Frage nach der Zulässigkeit von «zeitweilig gleichheitsdurchbrechenden Massnahmen» (zuungunsten der bisher bevorzugten Männer bezüglich der Wahlfreiheit). Das Bundesgericht belies es indessen bei der Frage, ob es sich bei Quoten, wie sie in der umstrittenen Initiative vorgeschlagen und vom Gericht teilweise – unter Hinweis gerade auch auf die genannten Übereinkommen – akzeptiert worden sind, um «vorübergehende Massnahmen» i.S.v. Art. 4 des Übereinkommens über das Verbot jeglicher Diskriminierung der Frau handle, da sich solche Quoten einerseits zugunsten beider Geschlechter auswirken können und sie sich andererseits bei Herstellung von Gleichheit von selbst überleben würden.

Die beiden erstgenannten Internationalen Pakte verpflichten die Vertragsstaaten, einerseits die *klassischen Menschenrechte* (Pakt II) wie Recht auf Leben, auf persönliche Freiheit und Sicherheit, Bewegungsfreiheit usw. zu schützen. Andererseits enthalten sie eine Reihe von *Sozialrechten* wie Recht auf Arbeit, Soziale Sicherheit, anständige Arbeitsbedingungen usw., welche die Unterzeichnerstaaten zu verwirklichen haben (Pakt I).²⁷² Beide Pakte enthalten zudem eine Verpflichtung der Vertragsstaaten, die Gleichberechtigung von Frau und Mann in den je

270 Vgl. AUER, AJP 1993, S. 1343 f.

271 BGE 125 I 21 E. 4b und E. 6a/b; vgl. CHRISTINA HAUSAMMANN/ERIKA SCHLÄPPL, Menschenrechte und Frauenrechte: Das UNO-Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau und seine Bedeutung für die Schweiz, AJP 1995, S. 38 ff.

272 Vgl. Botschaft Menschenrechtspakte.

gewährleisteten Rechten sicherzustellen.²⁷³ Nach der Rechtsprechung handelt es sich dabei – mit Ausnahme des Art. 26 von Pakt II, gegenüber dem die Schweiz einen Vorbehalt (v.a. angesichts der fremdenpolizeilichen Regelungen, die dem Gleichbehandlungsgebot nicht entsprechen) angebracht hat – allerdings lediglich um *Verpflichtungen des Staates*. Es lassen sich daraus, angesichts der zurzeit noch zurückhalten- den Rechtsprechung, grundsätzlich keine unmittelbar gerichtlich durchsetzbaren *Individualrechte* herleiten.²⁷⁴ Die bisherige Rechtsprechung geht zudem davon aus, dass diese Pakte grundsätzlich nichts an der Verbindlichkeit von Bundesrecht für das Bundesgericht ändern.²⁷⁵ Für die nähere Zukunft dürften sich diese Bestimmungen daher – wie die Bestimmungen des Übereinkommens von 1979 zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau – vor allem als *Auslegungshilfe* im Zusammenhang mit dem Gebot der Durchsetzung der Geschlechtergleichstellung auswirken.

3. Kapitel Die Konkretisierung des Gebots der Geschlechtergleichstellung durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts

§ 1 Satz 1: «Mann und Frau sind gleichberechtigt»

I. Das formale Verständnis des Gebots der Gleichberechtigung von Frau und Mann

Das Bundesgericht versteht den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz seit Beginn seiner Rechtsprechung als individuell durchsetzbares *formales Gleichstellungsgebot und Differenzierungsverbot*, d.h. als Verbot, Frauen und Männer nur wegen ihres Geschlechts *rechtlich* unterschiedlich zu behandeln.²⁷⁶ Die hergebrachten, zeitbedingten Auffassungen und Anschauungen über die Rollen der Geschlechter in Familie, Arbeitswelt und Gesellschaft sind rechtlich grundsätzlich nicht mehr entscheidend.

In der bundesgerichtlichen Formel heisst dies, das Rechtsgleichheitsgebot schliesse die Geschlechtszugehörigkeit als taugliches Kriterium für *rechtliche Differenzierungen* aus. Eine Ungleichbehandlung von Mann und Frau sei nur noch zulässig, wenn auf dem Geschlecht beruhende biologische oder funktionale Unterschiede eine Gleichbehandlung absolut ausschliessen.²⁷⁷ Darin unterscheidet sich – wie erwähnt – nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts das geschlechtsbezogene Gleichheitsgebot von dem bis 1981 geltenden allgemeinen Rechtsgleichheitsartikel.²⁷⁸ Nach Auffassung des Bundesgerichts hat der Verfassungsgeber des Bundes mit der Verankerung der Gleichberechtigung von Mann und Frau in Art. 4 Abs. 2 aBV die der Gesetzgebung und den Behörden früher zustehende *Wertung*, ob das Geschlecht als Unterscheidungskriterium für einen bestimmten Sachbereich rechtserheblich sein solle, absolut ausgeschlossen. Das gilt nicht nur für die ausdrück-

273 Art. 3 beider Pakte, Art. 26 Pakt II.

274 BGE 121 V 246; dazu auch hinten Rz 168 und FN 204 f.; Botschaft Menschenrechtspakte, S. 14.

275 BGE 125 III 209 E, 5 m.Hinw. auf 123 V 310 E, 6 b/bb; Hier findet sich ein Hinweis darauf, dass grundsätzlich ein Anwendungsverbot, nicht aber ein Prüfungsgebot bestehe. Siehe auch BGE 118 V 1 E, 3; 120 V 1 E, 1b = Pra 83 Nr. 289.

276 HAEFLIGER, S. 55; BGE 108 Ia 22 = Pra 71 Nr. 144; 109 II 95; 123 I 87 E, 4d; 125 I 21 E, 3a.; TOBLER, recht 1999, S. 148.

277 BGE 125 I 21; 123 I 152 E, 3; 120 V 312 E, 2a; 117 Ia 262 E, 2a; 117 Ia 270 E, 2a; 117 V 318 E, 2a; 116 V 198 E, 2a/bb; 108 Ia 22 E, 5a = Pra 71 Nr. 144.

278 Siehe vorne Rz. 68; dazu Botschaft Gleiche Rechte, S. 41 ff.; BGE 103 Ia 517 = Pra 67 Nr. 138; Lohnungleichheit i.S. Loup c. Canton de Neuchâtel; BGE 120 V 312 E, 2a; 117 Ia 262 E, 2a; 117 Ia 270 E, 2a.