Prof. Dr. Tobias Jaag (Hrsg.)

Rechtsfragen rund um den Flughafen

Referate einer Tagung vom 2. September 2004

Stiftung juristische Weiterbildung Zürich



2004. 172 Seiten, broschiert, CHF 68.00 / EUR 49.00

Der Band enthält die Referate, welche anlässlich einer Tagung der Stiftung für juristische Weiterbildung Zürich zum Thema Rechtsfragen rund um den Flughafen gehalten wurden. Ziel der Tagung und der hier wiedergegebenen Beiträge war bzw. ist es, die komplexe Rechtslage der schweizerischen Flughäfen zu erörtern und damit zu einer rechtlichen Klärung der Situation insbesondere am Flughafen Zürich beizutragen. Im Anschluss an einen einleitenden Beitrag zu den Grundlagen des schweizerischen «Flughafenrechts» werden internationalrechtliche Fragen, Aspekte des Raumplanungs- und Umweltrechts sowie Entschädigungsfragen behandelt.

Inhaltsübersicht

Tobias Jaag:	Die schweizerischen Flughäfen: Rechtsgrundlagen, Organisation und Verfahren
Regula Dettling-Ott:	Der Flughafen Zürich und die Auseinandersetzung mit der Bundesrepublik Deutschland über den An- und Abflug: The right to fly vs. the right to sleep
Simon Hirsbrunner:	Auswirkungen des Luftverkehrsabkommens zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft auf die Flughäfen
Alain Griffel:	Bau und Betrieb eines Flughafens: Raumplanungsrechtliche Aspekte
Peter Ettler:	Bau und Betrieb eines Flughafens: Umweltrechtliche Aspekte
Roland Gfeller:	Fluglärm und die Enteignung von Nachbarrechten
Jürg Sigrist:	Fluglärm und materielle Enteignung

Schulthess § Schulthess Juristische Medien AG, Postfach, 8022 Zürich, Telefon 044 200 29 29, Fax 044 200 29 28
E-Mail: buch@schulthess.com, Homepage: www.schulthess.com

Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht

106. Jahrgang Nr. 2 **Februar 2005**

Inhalt

Seite

Art. 4 Abs. 2/8 Abs. 3 BV – eine Erfolgsgeschichte?
Von Dr. iur. Dres.h.c. *Margrith Bigler-Eggenberger,* a.Bundesrichterin 57

Personalrecht – Verfahren. Aargau. Gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit von Frauen und Männern 81

Rechtsgleichheit – Ausbildungszulagen. Zürich. Ausrichtung von Ausbildungszulagen für Kinder über 16 Jahren ohne Aufenthalt in der Schweiz 87

Planungs- und Baurecht – Verfahren. Aargau. Beschwerdeverfahren gegen kommunalen Nutzungsplan, Bemessung der von der unterliegenden Partei zu entrichtenden Parteientschädigung an die obsiegenden Grundeigentümer 93

Bildungswesen. Bern. Richtige Zusammensetzung der Prüfungsbehörde einer Fachhochschule 103

Waffenrecht. Aargau. Beschlagnahmung von Waffen wegen Selbst- oder Drittgefährdung 107

ZBl-Online auf www.swisslex.ch

Waldrecht. Thurgau. Waldfeststellung im Rahmen einer Zonenplanung, Beurteilung einer Waldzunge in der Bauzone 110

Besprechung

Bianchi Doris: Die Integration der ausländischen Bevölkerung *(Christine Gander)* 111

Schulthess §

SCHWEIZERISCHES ZENTRALBLATT FÜR STAATS- UND VERWALTUNGSRECHT
106. Jahrgang Nr. 2 Februar 2005

Redaktion:
Prof. Dr. iur. Alexander Ruch, Basel
Ordinarius für Rechtswissenschaft an der ETH Zürich
PD Dr. iur. August Mächler, Pfäffikon
Vorsteher Rechts- und Beschwerdedienst Justizdepartement Kanton Schwyz
Dr. iur. Arthur Aeschlimann, Lausanne/Bern
Bundesrichter
Dr. iur. Andreas Keiser, Zürich/Winterthur
Verwaltungsrichter
PD Dr. iur. Arnold Marti, Schaffhausen
Oberrichter

Redaktionssekretariat:
Professur Ruch, ETH Zentrum, HG E 63, Rämistrasse 101, 8092 Zürich

Lektorat:
Lic. iur. Marlies Niggli, Werikonweg 5, 8006 Zürich

Redaktionelle Mitarbeiter für Bundesgerichtsentscheide:
Dr. Gerold Steinmann/lic. iur. Thomas Hugi Yar

Erscheint am 15. jeden Monats. Abonnementspreis jährlich CHF 156.00/EURO 121.00
Einzelheft: CHF 18.00
Nachdruck nur unter deutlicher Quellenangabe gestattet – ISSN 1422-0709

Verlag und Abonnementsverwaltung:
Schulthess Juristische Medien AG, Zwingliplatz 2, Postfach, CH-8022 Zürich,
Telefon 044 200 29 19, Fax 044 200 29 18, e-mail: zs.verlag@schulthess.com
Internet: http://www.schulthess.com

Anzeigenmarketing:
publimag
Europastrasse 30, 8152 Glattbrugg, Telefon 044 809 31 11, Fax 044 809 32 22

Art. 4 Abs. 2/8 Abs. 3 BV – eine Erfolgsgeschichte?[1]

Von Dr. iur. Dres.h.c. *Margrith Bigler-Eggenberger*, a.Bundesrichterin

Inhaltsverzeichnis

1. *Einleitung* ... 58
1.1 Geschichtliches ... 58
1.2 Schwierigkeiten des Art. 4 aBV im Verhältnis der Geschlechter ... 59
1.3 Relative Gleichheit bezüglich der Zulassung zum Beruf und zur Mitsprache im öffentlichen Leben ... 61
1.4 Diskriminierungen in Ehe und Beruf ... 61
1.5 Lohnungleichheit unter altem Recht ... 62
2. *Beschränkte Wirkung des allgemeinen Erwachsenenstimm- und -wahlrechts* ... 62
2.1 Fehlende Sensibilität der gesetzgebenden Organe wie auch der Gerichte in Bezug auf die Geschlechtergleichheit i.S. des Art. 4 aBV ... 62
2.2 Fehlende normative Kraft der alten Gleichheitsbestimmung ... 63
3. *Der neue Art. 4 Abs. 2/8 Abs. 3 BV*[2] ... 64
3.1 Erwartungen ... 64
3.2 Umsetzung des Art. 4 Abs. 2/8 Abs. 3 BV in den vergangenen 23 Jahren ... 65
3.2.1 Mühsal in der Umsetzung dieser neuen Verfassungsbestimmung ... 65
3.2.2 Rechtstatsachen, die weitere Schwierigkeiten bereiten ... 66
3.2.3 Und die Gesetzgebung? ... 67
4. *Im Besonderen: Art. 4 Abs. 2 aBV in der Rechtsprechung* ... 68
4.1 Umsetzungsversuche ... 68
4.2 Enges Verständnis der Gleichheitsbestimmung und seine Grenzen ... 69
4.3. Weshalb solche Schwierigkeiten in der Anwendung von Art. 4 Abs. 2/8 Abs. 3 BV? ... 70
4.4 Absicht des Bundesgerichts: Beseitigung der Rollenfixierung ... 72
4.4.1 Keine Fixierung der Geschlechterrollen ... 72
4.4.2 Nacht- und Sonntagsarbeitsverbot und einige andere Rechtsbereiche als Beispiele eines materialen Denkens ... 73
5. *Problematik um die Lohngleichheit* ... 74
5.1. Das Gesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (GlG) ... 74
5.2 Was hat das GlG in den bald 10 Jahren seiner Geltung bewirkt? Schwierigkeiten in der Durchsetzung der Lohngleichheit ... 75

[1] Umgearbeitetes und leicht erweitertes Referat, gehalten am 14.11.2003 vor Mitgliedern der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg i.Ue. Es handelt sich um eine Art Zusammenfassung der Studie der *Autorin* über: «Die Waage der Justitia – wagemutige Justitia?/ «Et si la Justice ôtait son bandeau? Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Gleichstellung von Frau und Mann, Eidg. Büro für Gleichstellung, Basel/Genf/München 2003, und es ist nicht frei von persönlicher Betroffenheit.

[2] Siehe *Beatrix Mesmer*, Ausgeklammert – eingeklammert. Frauen und Frauenorganisationen in der Schweiz des 19. Jahrhunderts, Basel/Frankfurt a.M. 1988.

5.3 Verweisung der Problemlösung in den Ermessensbereich der Kantone und die Problematik von Rechtfertigungsgründen ... 76
5.4 Erstmalige Kritik des Bundesgerichts an einzelnen Rechtfertigungsgründen ... 77
5.5. Lange Prozessdauer ... 78
5.6. Unsichere Prozesschancen ... 78
6. *Ausblick: Wagemutige Justitia?* ... 79

1. Einleitung

1.1. Geschichtliches

Die Geschichte der Geschlechtergleichbehandlung reicht bekanntlich weit ins 19. Jahrhundert, z.T. noch weiter zurück. In der schweizerischen Verfassung von 1848 wurde erstmals in Europa – im Blick auf die französische Menschenrechtsdeklaration von 1798 – festgeschrieben, dass «alle Menschen vor dem Gesetze gleich» seien. Für das Bundesgericht stellte sich wenig später verschiedentlich die Frage, wie diese Vorschrift auszulegen sei. Es sah darin von Anfang an, d.h. erstmals im Entscheid Dupré von 1852,[3] ein Individualrecht, auf welches sich die männlichen und weiblichen Rechtsunterworfenen stützen können, wenn sie sich kantonaler Willkür ausgesetzt sehen oder sich rechtsungleich behandelt fühlen. Willkürlich war und ist ein Entscheid nach dieser Rechtsprechung, wenn er sich nicht vernünftig, mit sachlich einleuchtenden Argumenten begründen lässt, gegen klares Recht verstösst oder das Prinzip der Gerechtigkeit krass verletzt.[4] Rechtsgleichheit i.S. dieser Verfassungsbestimmung bedeutet nach der Rechtsprechung, dass sie verletzt wird, wenn rechtliche Unterscheidungen getroffen werden, die nicht auf sachlich haltbare Gründe gestützt werden können.[5] Diese Definition galt vor 1981 auch im Verhältnis von Frau und Mann. Allerdings genügte i.d.R. bereits das unterschiedliche Geschlecht als sachlicher Grund, um eine Ungleichbehandlung als richtig und verfassungskonform zu betrachten.[6] Massstab war stets die Meinung der «massgebenden Kräfte in Staat und Rechtswissenschaft», und das waren damals ausschliesslich Männer.

Art. 4 aBV war im 19. Jahrhundert – trotz der im Verhältnis zwischen Mann und Frau sehr engen Betrachtungsweise – v.a. in der Rechtslehre ausserordentlich umstritten.[7] Bedeutende Vertreter der Rechtswissenschaft vertraten die Meinung,

[3] BGE vom 3. Juli 1852 i.S. Dupré, publiziert in: ZSR 2/1853, III. Rechtspflege und Gesetzgebung, S. 41.

[4] Z.B. BGE 110 Ia 7 E. 2b; 114 Ia 321 E. 3a; 125 II 10 E. 3a m. Hinw.; 129 E. 5b u.v.a.m.

[5] Z.B. BGE 129 V 111; 127 I 192; 126 II 392, 432.

[6] BGE 13, 1 ff. i.S. Kempin-Spyri vom 14.12.1886; nicht mehr durchwegs in BGE 40 I 1 (1914), in BGE 47 I 50 (1921) und 49 I 14=Pra 12 Nr. 89 (1923 i.S. Roeder).

[7] Vgl. die Hinweise bei *Manuel Arroyo*, Praxis des Bundesgerichts zur Gleichberechtigung von Mann und Frau (1848–1981). Eine rechtshistorische Analyse mit besonderer Berücksichtigung der Auseinandersetzungen um die politische Gleichstellung der Frau in der Schweiz, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Basel/Genf/München 2001, S. 10 f. mit Hinweisen.

das Bundesgericht dehne den Begriff der Rechtsgleichheit zu weit aus. Doch das oberste Gericht hielt an seiner bis heute gültigen Auffassung fest, wonach Art. 4 aBV sowohl jede nicht begründbare Rechtsungleichheit als auch jede willkürliche, d.h. absolut unbegründete oder ungerechte Behandlung verbiete. Diese Bestimmung bildete denn auch die Basis für eine reiche Palette der verschiedensten Prinzipien materieller und formeller Art, so etwa die Garantie des rechtlichen Gehörs, andere verfahrensrechtliche Grundsätze und das wichtige Gebot der Willkürfreiheit.[8] Aber für die Beseitigung der vielfältigsten Diskriminierungstatbestände gegenüber den Frauen bot sie lange Zeit keine genügende Grundlage.

1.2 Schwierigkeiten des Art. 4 aBV im Verhältnis der Geschlechter

Dem Einfluss der Art. 4 aBV ablehnenden Lehre war es wohl zu verdanken, dass im Verhältnis der Geschlechter dieser Gleichheitssatz in seiner Anwendung durch das Bundesgericht während Jahrzehnten grosse Mühe hatte. So war es z.B. einer *Emilie Kempin-Spyri*, der Familienfrau und ersten promovierten Juristin und Privatdozentin, noch nicht vergönnt, als Anwältin tätig zu sein. Ihre Auffassung, die allgemeine Rechtsgleichheitsbestimmung müsse selbstverständlich in jeder Hinsicht auch Frauen mitmeinen, wurde vom Bundesgericht als «ebenso neu wie kühn» und als «zur Zeit noch im Widerspruch zur Auffassung der massgebenden Kräfte in Recht und Staat stehend» bezeichnet.[9]

Diese gesellschaftlich für Frauen und Männer bedeutsame Einschränkung gilt bis in die Neuzeit. Erst 1923, im Entscheid *Dora Roeder* gegen den Regierungsrat des Kantons Freiburg, anerkannte das Bundesgericht, dass der Ausschluss von Frauen aus der Advokatur auf Vorurteilen beruhe und angesichts der veränderten Ansichten und der besseren Ausbildung von Frauen nicht mehr vor der Verfassung haltbar sei. Der Grund für diese Praxisänderung war, dass inzwischen die Mehrheit der Kantone ihre Gesetzgebung bezüglich der Zulassung zur Advokatur teils ausdrücklich, teils indirekt geändert hatte und dass «l'arrêt Kempin n'est plus en harmonie avec les conditions actuelles. Par suite des transformations d'ordre économique et social qui se sont produites au cours des dernières décades, les femmes ont été obligées d'étendre leur activité à des domaines qui autrefois paraissaient réservés aux hommes et elles y sont mieux que par le passé préparées par leur éducation et leur instruction qui tendent à se rapprocher de celles que reçoivent les hommes.» Das Bundesgericht fügte bei: «La différence de sexe n'est donc plus en elle-même une raison suffisante pour refuser aux femmes l'accès à

[8] Vgl. dazu *Margrith Bigler-Eggenberger* (Anm. 1), Rz 64.

[9] BGE 13, 1. Vgl. dazu z.B. *Marianne Delfosse*, Emilie Kempin-Spyri (1853–1901). Das Wirken der ersten Schweizer Juristin, Zürcher Studien zur Rechtsgeschichte, Bd. 26, Zürich 1994; *Manuel Arroyo* (Anm. 7), S. 12 ff.

telle profession déterminée.» Nunmehr hatte sich offenbar auch – nach Ansicht des Bundesgerichts – die dominierende Meinung in Recht und Staat geändert.[10]

Allerdings lockerte das Bundesgericht seine Rechtsprechung schon vorher bezüglich der Zulassung zu bestimmten Berufen, etwa bezüglich des Rechtsagentenberufs[11] und bezüglich des Erwerbs eines Wirtepatentes durch Frauen nach ihrer Heirat.[12] Doch hier ging es vor allem um soziale Überlegungen, meinte das Bundesgericht doch mit Recht, es komme oft vor, dass Frauen aus *wirtschaftlichen Gründen* zum Familieneinkommen beizutragen hätten. Deshalb sollte ihnen dort, wo es vor allem auf die Ausbildung oder auf die charakterliche Eignung ankam, der Zugang zu bestimmten Berufen nicht mehr verwehrt werden dürfen.

Ausgeschlossen aber blieben die Frauen vor Einführung des *allgemeinen Stimm- und -wahlrechts* im Jahre 1971 überall dort, wo dieses Volksrecht für eine berufliche Stellung erforderlich war. Das galt für viele Ämter in Gemeinden, Kantonen und Bund, aber auch für Magistratsberufe wie etwa die Arbeit als Richter und in vielen Kantonen auch als Gerichtsschreiber. Die Zulassung von Juristinnen zur Berufsausübung wurde wohl in der (männlich geprägten) Öffentlichkeit als zu grosse Konkurrenz betrachtet, die nach Möglichkeit auszuschliessen war; und – wie das Bundesgericht im Entscheid *Kempin-Spyri* befürchtet hatte – diese Öffnung hätte zu unabsehbaren Konsequenzen und Veränderungen im gesellschaftlichen Leben führen müssen. Das war mit ein Grund dafür, dass spätere Vorstösse von Frauen um eine Neuinterpretation des Begriffs «Schweizerbürger» gerade in Fragen des Stimm- und Wahlrechts in Art. 4 aBV nie von Erfolg gekrönt waren.[13]

[10] Diese dominierende Meinung der Vertreter von Recht und Staat bedeutete – und bedeutet auch heute noch weitgehend –, dass es auf die Meinung von Männern ankommt, inwiefern sich für Frauen rechtfertigen lässt, Rechtsgleichheit – und nunmehr vor allem auch faktische Gleichheit – herzustellen. Am patriarchalischen Charakter der Gesellschaft, des Staates, der Wirtschaft und der Rechtswissenschaft hat sich trotz einiger wichtiger Öffnungen noch nicht allzu viel verändert, auch wenn heute auch z.B. Rechtswissenschafterinnen wesentlich mehr publizieren und damit zur Meinungsbildung beitragen, als dies noch in den ersten Jahrzehnten der beruflichen Tätigkeit der Autorin zugetroffen hatte! Auch heute noch aber haben es Wissenschafterinnen schwerer als ihre Kollegen, wirklich gehört zu werden. Vgl. bezüglich der Universitäten: *Alexandra Rumo-Jungo*, Emilie Kempin-Spyri oder wenn Frauen der Sonne zu nahe kommen, in: Mélanges dissociés pour Pierre Tercier / K(l)eine Festschrift für Pierre Tercier, Zürich 2003, 151 ff., insb. 153 f.

[11] BGE 40 I 1 (1914).

[12] BGE 47 I 50 (1921).

[13] Vgl. nicht publ. BGE vom 14.9.1923 i.S. *Lehmann* und vom 21.9.1928 i.S. *Unger;* BGE 83 I 173 = Pra 46 Nr. 158; auch nicht publ. BGE vom 13.2.1963, in: Die Staatsbürgerin, 1963 Nr. 3 (i.S. *Gertrud Heinzelmann*); vom 13.10.1965 i.S. *Emma Kammacher* und 564 Mitbeteiligte, in: Die Staatsbürgerin 1965 Nr. 12.

1.3 Relative Gleichheit bezüglich der Zulassung zum Beruf und zur Mitsprache im öffentlichen Leben

Noch rund 80 Jahre nach dem vergeblichen Kampf von *Emilie Kempin-Spyri* um eine rechtliche und gesellschaftliche Gleichstellung und trotz der Öffnung von 1914, 1921 und 1923 zugunsten der Frauen waren diese aber weiterhin grossen, nunmehr v.a. *tatsächlichen Schwierigkeiten* ausgesetzt, wollten sie sich in sog. «Männerberufen» betätigen: Selbst für Frauen meiner Generation war es noch nicht selbstverständlich, studieren und dann z.B. in die damals gar nicht breite Palette juristischer Berufe eintreten zu können. Zwar stand der Zugang zu den Universitäten den wenigen Frauen, die studieren wollten, offen.[14] Aber die dafür vorausgesetzte Maturität war für Mädchen sehr viel schwerer erreichbar als für Knaben, und es waren *besondere Anstrengungen* nötig; denn anstelle von Latein, Mathematik, Physik und Chemie mussten sich die weiblichen Schüler in der Sekundarschule, der Vorstufe des Gymnasiums, in Hauswirtschaft, in Handarbeit und im Kochen unterweisen lassen.

1.4 Diskriminierungen in Ehe und Beruf

Auch beim Eintritt in das Berufsleben waren neue Hindernisse zu überwinden. Das damals geltende Eherecht mit dem *Mann als Haupt der Familie* konnte sich bereits als Hindernis erweisen, um nur schon z.B. zum Anwaltsexamen zugelassen zu werden. Denn mit der Heirat entfiel nicht nur weitgehend das *Selbstbestimmungsrecht* der Frau, sondern auch das Recht auf eigenen Wohnsitz und auf eigenes Bürgerrecht. Diese beiden Faktoren waren aber in der Mehrheit der Kantone die formale Bedingung für eine Zulassung zum Anwaltsexamen. Es bedurfte weitsichtiger Männer, die den Mut aufbrachten, die bestehenden Gesetze zum Anwaltsberuf durch weite Auslegung zu ritzen, damit trotz dieser gesetzlichen Vorgaben Frauen zur Anwaltsprüfung zugelassen werden konnten. Dieser Möglichkeit stellte sich aber u.U. auch der Föderalismus und der Stolz von Universitäten entgegen. Die Autorin z.B. hätte trotz Zürcher Doktorat und trotz verschiedener Rechtspraktika an Berner Gerichten nochmals einige Semester an der Berner Universität absolvieren müssen, um zum kantonalen Fürsprechexamen zugelassen zu werden. Nur einem besonderen (das Gesetz sehr weit auslegenden) Entgegenkommen der Prüfungskommission ihres Heimatkantons war es zu verdanken, dass die Autorin schliesslich zur Anwaltsprüfung im Kanton St.Gallen zugelassen wurde.

[14] Die Universität Zürich war die erste schweizerische Universität, die bereits 1861 den Frauen die Pforten geöffnet hatte, vgl. *Verena Stadler-Labhart*, Erste Studentinnen der Rechts- und Staatswissenschaften in Zürich, Zürich 1980; auch *Franziska Rogger*, Der Doktorhut im Besenschrank. Das abenteuerliche Leben der ersten Studentinnen – am Beispiel der Universität Bern, Bern 1999.

1.5 Lohnungleichheit unter altem Recht

Von *Lohngleichheit* zwischen Frau und Mann war weder in Anstellungsverhältnissen noch im freiberuflichen Leben – selbst bei gleicher, nicht nur gleichwertiger Arbeit – die Rede, hatten doch selbst z.B. freiberufliche Anwältinnen vor gewissen Gerichten sich teilweise eine Kürzung der Prozessentschädigungen gefallen zu lassen, die nur wegen ihres Geschlechts oder ihres Zivilstandes erklärbar war und manchmal auch – recht unverfroren – damit erklärt wurde, diese Frauen seien ledig, während ihre Kollegen zumeist verheiratet seien und für eine Familie zu sorgen hätten.[15]

2. Beschränkte Wirkung des allgemeinen Erwachsenenstimm- und -wahlrechts

2.1 Fehlende Sensibilität der gesetzgebenden Organe wie auch der Gerichte in Bezug auf die Geschlechtergleichheit i.S. des Art. 4 aBV

Solchen Benachteiligungen, denen Frauen praktisch überall begegneten, sollte mit dem 1971 zugelassenen Frauenstimm- und -wahlrecht abgeholfen werden. Das war die erste grosse Hoffnung auf die Durchsetzung des Prinzips der Gleichberechtigung von Frauen. Doch zeigte sich bald, dass gerade in der Politik die notwendige *Sensibilität* gegenüber Bedürfnissen und Anliegen von Frauen, die der ständigen Diskriminierungen müde waren, weitgehend fehlte (und oft noch fehlt). Und auch Art. 4 aBV erwies sich trotz des nunmehr gegebenen allgemeinen Erwachsenenstimm- und -wahlrechts in seiner Wirkung als recht begrenzt. Diese Bestimmung wurde denn auch in der Folge stets im traditionellen Sinn verstanden: Rechtsgleiche Behandlung lässt sich nur durchsetzen, wenn keine erheblichen Unterschiede vorliegen, die eine unterschiedliche Behandlung zwingend erfordern resp. Rechtsgleichheit wird verletzt, wenn rechtliche Unterscheidungen ohne zwingende, sachlich haltbare Gründe getroffen werden.[16] Im biologischen Unterschied und in der traditionellen Rollenteilung zwischen Frauen und Männern wurde aber bis weit ins 20. Jahrhundert vor allem in der Politik, aber auch in der Rechtsprechung[17] nach wie vor gerne ein verfassungskonformer Grund für die unterschiedliche rechtliche Behandlung von Frauen und Männern gesehen, sofern nicht in wirtschaftlich schwierigen Zeiten mit Hilfe eines formalen Verständnisses Sparmassnahmen auf Kosten der Frauen ergriffen oder die Umverteilung von Millionen von Franken in Ablösung sog. «Privilegien» von Frauen und zugunsten der Männer durchgeführt werden konnte (und kann).[18]

2.2 Fehlende normative Kraft der alten Gleichheitsbestimmung

Angesichts der tiefsitzenden altüberlieferten Überzeugung von der Verschiedenheit der Geschlechter nicht nur in biologischer, sondern auch in sozial-emotionaler und gesellschaftlicher Hinsicht vermochte auch das allgemeine Mitsprache- und Mitbestimmungsrecht in öffentlichen Belangen zunächst, d.h. bis weit nach 1971, keinen Umschwung in der rechtlichen oder gar tatsächlichen Behandlung der Frauen zu bewirken. In der Lehre wird denn auch von der *fehlenden normativen Kraft* dieser Verfassungsbestimmung gesprochen[19], die vor 1977 (erster Lohngleichheitsprozess) kaum rechtliche Gleichstellung und schon gar nicht tatsächliche *Chancengleichheit* auf irgendeinem Gebiet bewirkt hat. Erst 1977, wohl unter dem Einfluss der Volksinitiative «Gleiche Rechte für Mann und Frau»[20] und unter dem Einfluss der verschiedenen, von der Schweiz unterzeichneten und teils auch ratifizierten internationalen Konventionen, gelang ein erster Durchbruch, indem erstmals in der Geschichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die *Lohnungleichheit* zwischen Frau und Mann in öffentlichen Diensten als verfassungswidrig erklärt worden war.[21] Das war ein Hoffnungsschimmer, doch auch in diesem Bereich fehlt es – selbst in öffentlichen Diensten – noch

[15] Das beruht auf eigener Erfahrung! Meine damalige Chefin, die einzige Anwältin an Ort, sehr tüchtig und hoch angesehen, hatte regelmässig eine Kürzung der Parteientschädigung hinzunehmen, die ohnehin schon tiefer angesetzt war als jene ihrer Kollegen. Vgl. auch die Bemerkung des Bundesgerichts im ersten Lohngleichheitsfall von 1977, BGE 103 Ia 517 = Pra 67 Nr. 138, wonach männliche Lehrkräfte nicht mehr bevorzugt werden müssten, weil die Familienlasten eines Beamten nunmehr im Allgemeinen mit Familienzulagen abgegolten würden!

[16] Z.B. BGE 123 I 1 E. 2; 124 II 193 E. 8d usw.

[17] Z.B. *Margrith Bigler-Eggenberger* (Anm. 1), Rz 29 ff., 37 f. mit zahlreichen Hinweisen.

[18] Vgl. die Entscheide des Gesetzgebers zur 10. und 11. AHV-Revision (Erhöhung des Rentenalters der Frauen, Abbau der Leistungen für Witwen, dafür Einführung einer Witwerrente und damit Bezahlung der «Frauenpostulate», vgl. hinten Ziff. 4.4.1 und Anm. 36); auch die verschiedenen Entscheide des Bundesgerichts zur öffentlichen Dienstpflicht resp. der Bezahlung von Ersatzsteuern durch Frauen, die im Ergebnis den Kantonen oder Gemeinden finanzielle Vorteile bietet, aber kaum etwas zur Anerkennung der Gleichwertigkeit von Frauen und Männern beigetragen hat; vgl. auch *Regula Kägi-Diener*, Die öffentliche Dienstpflicht – Chance der Gleichberechtigung, in: Kathrin Klett/Danielle Yersin (Hrsg.), Die Gleichstellung von Frau und Mann als rechtspolitischer Auftrag, FS Margrith Bigler-Eggenberger, Basel/Frankfurt a.M. 1997, S. 129 ff.

[19] Botschaft des Bundesrates über die Volksinitiative «Gleiche Rechte für Mann und Frau» (79.076) vom 14.11.1979, S. 52 Rz 412.1, 422.3.

[20] Vgl. *Margrith Bigler-Eggenberger* (Anm. 1), Rz 39 ff. mit Hinweisen auch auf weitere Literatur.

[21] Vgl. *Botschaft des Bundesrates* zur Volksinitiative «Gleiche Rechte für Mann und Frau», Rz 412.1, Rz 422.3. 1977 fand der erste Lohngleichheitsprozess statt: BGE 103 Ia 517 i.S. Loup c. Canton de Neuchâtel. Es ging um die Herstellung der Lohngleichheit zwischen Mann und Frau im öffentlichen Dienst (i.c. Primarlehrer/in).

an der allgemeinen Durchsetzung von Gleichberechtigung. Die Hoffnung verlagerte sich angesichts der eher ernüchternden Bilanz in der Geschlechtergleichbehandlung unter dem alten Art. 4 BV auf den neuen Art. 4 Abs. 2 aBV, welche Bestimmung nach einem heftigen Abstimmungskampf relativ gut von den (nunmehr männlichen wie weiblichen) Stimmberechtigten am 14. Juni 1981 angenommen wurde.[22]

3. Der neue Art. 4 Abs. 2/8 Abs. 3 BV

3.1 Erwartungen

Art. 4 Abs. 2 aBV und Art. 8 Abs. 3 der «fortgeführten» Verfassung vom 1.1.2000 verpflichten sämtliche gesetzgebenden und rechtsanwendenden Organe, den Grundsatz der rechtlichen und tatsächlichen[23] Gleichheit von Frau und Mann, v.a. in Bildung, Familie und Arbeit umzusetzen und jede auf dem Geschlecht beruhende Diskriminierung zu beheben. Von dieser Bestimmung erhoffte «frau» sich damals – 1981 – eine Befreiung von den vielen tatsächlichen und rechtlichen Benachteiligungen[24] und die Öffnung des Wegs zu vermehrter Selbst- und Mitbestimmung in der Öffentlichkeit, also in Politik, Wirtschaft, Bildung und Kultur, wie auch im privaten Bereich, etwa in der Familie. In die bisher «massgebenden Kräfte in Recht und Gesellschaft», wie das Bundesgericht zu sagen pflegt, sollten gleichberechtigte und selbstbestimmte Frauen miteinbezogen werden. Und es sollte zudem endlich zwingend möglich sein, die noch weit herum bestehende *ungleiche Entlöhnung* von Frau und Mann auf dem Arbeitsmarkt wirksam zu bekämpfen. Politik und Rechtsanwendung auf allen Stufen der staatlichen Hierarchie waren gefordert, um die Voraussetzungen nicht nur für *Chancengleichheit* i.S. gleicher Startbedingungen für Frauen zu schaffen, sondern um auch die *Grundlagen* für deren Umsetzung im praktischen Leben zu realisieren.

[22] Vgl. dazu *Botschaft des Bundesrates* vom 14.11.1979 über die Volksinitiative «Gleiche Rechte für Mann und Frau», Rz 41.

[23] Die Herstellung tatsächlicher Gleichheit war in der Praxis schon Teilgehalt des Art. 4 Abs. 2 aBV, auch wenn dort nicht ausdrücklich erwähnt. Dennoch stiess die ausdrückliche Nennung der «tatsächlichen» Gleichstellung im fortgeführten Art. 8 Abs. 3 BV auf starke Widerstände in der Bundesversammlung, vgl. *Margrith Bigler-Eggenberger* in: St.Galler Kommentar «Die schweizerische Bundesverfassung», hrsg. von Bernhard Ehrenzeller u.a., zu Art. 8 Abs. 3 BV, N 86 mit Hinweisen.

[24] Vgl. die Auflistung im *Bericht des Bundesrates* über das Rechtsetzungsprogramm «Gleiche Rechte für Mann und Frau» vom 26.2.1986; dazu *Eidg. Büro für die Gleichstellung*, Stand der Umsetzungsarbeiten, Dezember 1990.

3.2 Umsetzung des Art. 4 Abs. 2/8 Abs. 3 BV in den vergangenen 23 Jahren

Wie ist diesem Ziel in den vergangenen 23 Jahren entsprochen worden? Diese Frage lässt sich nicht einfach beantworten. Es zeigt sich nämlich, wie komplex die Problematik der Gleichstellung von Frauen mit Männern in tatsächlicher wie rechtlicher Hinsicht ist, sobald nicht einfach *eine* Sicht, nämlich die in Politik, Gesellschaft, Recht und Bildung immer noch dominierende männliche, allein massgebend ist, sondern wenn klar wird, dass Rechtsgleichheit auch den zweiten Blickwinkel in Betracht ziehen muss, nämlich die Sicht der Frau als dem Mann *gleichwertiges* soziales Wesen, aber mit unterschiedlichem Lebensentwurf und weitgehend anderen persönlichen und gesellschaftlichen Erfahrungen. Darauf hat vor allem die jüngere Generation *feministischer Wissenschafterinnen* in der Geschlechterforschung hingewiesen.[25]

Dem Gleichstellungsgrundsatz liegt nicht nur ein – allenfalls biologisch unterschiedliches – «Menschenangesicht» zugrunde, dem im Recht und in der Gesetzgebung mit der Formel «Frau = Mann» oder allenfalls «Mann = Frau» bereits Rechnung getragen wäre. Es geht vielmehr um zwei Hälften der Bevölkerung mit auch heute noch weitgehend *unterschiedlicher Sozialisation*, mit über Jahrhunderte hinweg verinnerlichter Zuweisung unterschiedlicher Rollen und Lebensbereiche. Dem müsste in einer auf dem *Gedanken der Gerechtigkeit* für beide Geschlechter beruhenden Rechts- und Gesellschaftsordnung bei der Umsetzung des Grundsatzes der Gleichberechtigung und des Verbots von Diskriminierung von Frauen vermehrt Rechnung getragen werden.[26]

3.2.1 Mühsal in der Umsetzung dieser neuen Verfassungsbestimmung

Das scheint vor allem der Politik und damit der Gesetzgebung, aber auch den rechtsanwendenden Organen Mühe zu bereiten. Die Umsetzung von Art. 4 Abs. 2/8 Abs. 3 BV stösst daher immer wieder auf schwer beschreibbare Hemmnisse. Zwar pflegen Zustände wie die eingangs geschilderten, mit denen Frauen z.B. noch der Generation der Autorin zu leben hatten, heute nur ungläubiges Kopfschütteln auszulösen. Die Schul-, Aus- und Weiterbildung hat sich für Frauen erheblich verbessert.[27] Das Berufsleben ist denn auch angesichts der Vielzahl

[25] Vgl. z.B. *Susan Emmenegger*, Feministische Kritik des Vertragsrechts. Eine Untersuchung zum Schweizerischen Schuldvertrags- und Eherecht, Freiburg 1999. Vgl. zum Grundsätzlichen *Christa Tobler*, Der Diskriminierungsbegriff und seine Auswirkungen auf Mann und Frau, in: Astrid Epiney/Ira von Danckelmann (Hrsg.), Gleichstellung von Frauen und Männern in der Schweiz und der EU, Zürich 2004, 27 ff.

[26] Vgl. die neuere Lehrmeinung: *Bernhard Waldmann*, Das neue Diskriminierungsverbot des Art. 8 Abs. 2 BV: Neue Ansätze für die Dogmatik der Rechtsgleichheit? In: Astrid Epiney/Ira von Danckelmann (Anm. 25), S. 8.

[27] BGE 108 Ia 22 = Pra 71 Nr. 144; *Margrith Bigler-Eggenberger* (Anm. 1), Rz 174 ff.

von erwerbstätigen Frauen sehr viel bunter geworden. Heute finden sich an praktisch allen Universitäten nicht nur nahezu gleich viele Studentinnen wie Studenten, sondern auch einige wenige Professorinnen, was in den Jahren vor 1981 praktisch unvorstellbar gewesen war – Ausnahmen bestätigen die Regel. Wir sehen auch, wie effizient Frauen seit 1971 – dem Zeitpunkt der Einführung des allgemeinen Erwachsenenstimm- und -wahlrechts – im eidgenössischen und in den kantonalen Parlamenten und Regierungen mitwirken. Aber deren Zahl ist immer noch viel zu gering. In der Landesregierung findet sich zur Zeit nur noch eine Bundesrätin, obwohl bei genügender politischer Sensibilität und entsprechendem Willen deren drei hätten gewählt werden können. Die Wahlen auf eidgenössischer und kantonaler Ebene führen denn auch klar vor Augen, wie schwierig es für Frauen trotz aller Fortschritte noch ist, wirklich als gleichwertig auch für höchste Ämter akzeptiert und in Konkurrenz mit politisch erfahreneren Männern gewählt und auch gehört zu werden. Immerhin findet sich in den Kantonen eine Vielzahl von Regierungsrätinnen, die gute Arbeit leisten, und es sind heute – 33 Jahre nach 1971 – wenigstens neun Bundesrichterinnen tätig: in Lausanne sieben und zwei in Luzern.

3.2.2 Rechtstatsachen, die weitere Schwierigkeiten bereiten

Doch daneben gibt es in tatsächlicher Hinsicht weiterhin weniger Erfreuliches: Zu denken ist z.B. an die immer noch festzustellende Tatsache, dass sich die grosse Mehrzahl der Mädchen in der Ausbildung zu immer denselben schlecht bezahlten «Frauenberufen» findet. *Berufliche Segregation* ist das Problem.[28] Die auch heute noch diskriminierungsbedingt um 7–20% niedrigere Entlöhnung der Frauenarbeit zeigt, dass man von der Vorstellung von Gleichwertigkeit der Frauenarbeit weit entfernt ist.[29] In der Bewältigung von Haus- und Familienarbeit gibt es zwar erfreuliche Ansatzpunkte für eine Veränderung, die zeigen, dass Männer durchaus bereit sein können, ihren Anteil daran zu übernehmen. Aber im grossen Ganzen bleibt diese unbezahlte Arbeit weiterhin Sache der Frauen, weil zum grossen Teil die Wirtschaftswelt trotz schöner Absichtserklärungen nicht mitspielt. Im politischen Leben haben es Frauen trotz ihrer Effizienz – wie oben erwähnt – offensichtlich immer noch schwerer als ihre männliche Konkurrenz: Ihre Kandidaturen sind in den Massenmedien vor Wahlen jeweils kaum gegenwärtig. Weibliche Namen auf den Kandidatenlisten werden zu oft gestrichen. Frauen stossen praktisch überall, auch in Universitäten und

[28] Vgl. *Bundesamt für Statistik*, Ségrégation entre hommes et femmes sur le marché du travail, Bern 1995, S. 31 ff.

[29] Dazu *Margrith Bigler-Eggenberger* (Anm. 1), Rz 516 ff. mit vielen Hinweisen; *Yves Flückiger*, Approche économique des discriminations salariales et de l'évaluation des dommages subis, AJP 11/2001, S. 1340 f. Vgl. auch z.B. «24heures» vom 8.3.2004, S. 21.

v.a. in der Wirtschaft, immer noch einerseits an die berüchtigte «Glasdecke», die verhindert, dass vermehrt Frauen bis zuoberst bei den Entscheidungsträgern Einzug halten. Oder sie stossen an ein alt-neues Phänomen, an eine Art «Gummiwand», die trotz aller freundlichen Absichtserklärungen verhindert, mit bestimmten frauenfreundlichen Massnahmen die *Gleichheit der Chancen* zu verbessern, denken wir etwa an Quoten[30] – wie z.B. nur schon die 10%- oder gar 15%-Klausel für Professorinnen, die vor einigen Jahren als Ziel für die nächste Zukunft gesetzt worden war[31] – oder an fehlende Krippenplätze, Mutterschaftsversicherung, Vaterschaftsurlaub und die ständigen politischen Verhinderungsversuche. Die Politik ist denn auch gerade den Gleichstellungsfrauen gegenüber oft misstrauisch; sie müssen sich und ihre Arbeit ständig rechtfertigen und entsprechend auch immer wieder um ihre Stelle und deren finanzielle Absicherung fürchten.[32] Die gegenwärtige Sparhysterie im Staat ist der faktischen Gleichstellung sehr hinderlich.

3.2.3 Und die Gesetzgebung?

Ähnliches zeigt sich auch auf der gesetzgeberischen und rechtlichen Ebene. Zwar hat sich in den vergangenen 20 Jahren in der *Gesetzgebung* viel getan. Während der Bericht des Bundesrates über das Rechtsetzungsprogramm «Gleiche Rechte für Mann und Frau»[33] 1986 noch auf 123 Seiten aufgelistet hat, was alles an Gesetzesrevisionen anstünde, wenn der Verfassungsgrundsatz umgesetzt würde, sind heute die meisten Gesetze wenigstens *formal* weitgehend an Art. 4 Abs. 2/8 Abs. 3 BV angepasst worden. Als Beispiele, in die Frauen vor allem viel Hoffnung gelegt haben, lassen sich das *Eherecht* (1988 – nach über 30-jähriger Vorarbeit)[34], das *Bürgerrechtsgesetz* (nach Jahrzehnten der Kritik: 1992/1994)[35] nennen, ebenso teilweise die *10. AHV-Revision* von 1994/97, soweit entsprechende «Frauenpostula-

[30] Vgl. noch die strenge Rückweisung von sog. harten Quoten durch das Bundesgericht in BGE 123 I 152, abgeschwächt dann in BGE 125 I 21. Zur Quotenfrage z.B. *Margrith Bigler-Eggenberger* (Anm. 1), Rz 492 ff. mit Hinweisen auf die umfangreiche Literatur.

[31] Noch nicht einmal 10% Professorinnen konnten bisher an die Universitäten geholt werden, vgl. *Alexandra Rumo-Jungo* (Anm. 10), S. 151 ff.

[32] Schon wieder wird von Seiten des Bundesrates und einiger Parlamentarier/innen versucht, z.B. die ohnehin geringen finanziellen Mittel des Eidg. Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann zu kürzen, ganz abgesehen von den politischen Versuchen, Gleichstellungsbüros überhaupt abzuschaffen, wie etwa im Kanton Wallis.

[33] *Bericht des Bundesrates* über das Rechtsetzungsprogramm «Gleiche Rechte für Mann und Frau» vom 26.2.1986 (86.008).

[34] BG vom 5.10.1984 über die Änderung des ZGB (Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht, AS 1986 I 122), in Kraft getreten am 1.1.1988.

[35] BG vom 23.3.1990 über die Änderung des Bürgerrechtsgesetzes, in Kraft seit 1.1.1992, mit welchem die automatische Einbürgerung der ausländischen Ehefrau und die Benachteiligung der Schweizerin mit ausländischem Ehemann beseitigt wurde.

te» – 20 Jahre lang totgeschwiegen – eingeführt worden sind.[36] Dazu kommt als Neuerung das im Vorfeld seiner Entstehung heftig umstrittene *Gesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann* vom 24. März 1995[37], das für die Umsetzung der Lohngleichheit und für die Durchsetzung diskriminierungsfreier Arbeitsbedingungen in öffentlichen und vor allem privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen seit 1996 wichtig ist. Schliesslich konnte auch das UNO-Übereinkommen über das Verbot jeder Form der Diskriminierung der Frau von 1979 im Jahre 1996 endlich ratifiziert werden.[38]

4. Im Besonderen: Art. 4 Abs. 2 aBV in der Rechtsprechung

4.1. Umsetzungsversuche

Die Umsetzung von Art. 4 Abs. 2 aBV durch die *Rechtsprechung* weckt ebenfalls nicht eitel Freude. Sie hat sich teils als schwierig und oft als widersprüchlich erwiesen. Die Gerichte, auch das Bundesgericht, haben sich nach 1981 weitgehend der in der Gesetzgebung vertretenen Auffassung angeschlossen, dass Gleichberechtigung von Frau und Mann praktisch durchwegs ein *formales Problem* ist, das einzig verhindern soll, weiterhin die biologische Verschiedenheit als Kriterium für rechtliche Ungleichbehandlung der Geschlechter zu verwenden. Diesem Problem meinte man seit dem ersten entsprechenden Entscheid nach 1981, dem Schulentscheid gegen den Kanton Waadt in BGE 108 Ia 22, mit *geschlechtsneutralen Formulierungen beizukommen*.[39] Ausgeklammert blieb weitgehend, dass Frau und Mann zwar wohl als Menschen gleich sind, dass sie aber ausser als biologische Wesen auch als Individuen und als gesellschaftliche Gruppen nicht einfach gleich sind, sondern sozial verschieden geprägt werden und

[36] BG vom 7.10.1994 über die Revision des AHVG (10. AHV-Revision), in Kraft seit 1.1.1997; vgl. dazu *Margrith Bigler-Eggenberger*, Die soziale Sicherung der Frau, I-VW Schriftenreihe, Bd. 3 des Instituts für Versicherungswirtschaft der HSG, 1979. Die 10. AHV-Revision brachte – neben der Erhöhung des Rentenalters für Frauen, vgl. (Anm. 18) – auch die lange geforderten Erziehungsgutschriften sowie den Pflegebonus, dieser allerdings in sehr engen Grenzen (nur bei Zusammenleben im gleichen Haushalt oder in nächster Nähe zur pflegenden Person).

[37] *Claudia Kaufmann*, in: Margrith Bigler-Eggenberger/Claudia Kaufmann, Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Basel 1997, Rz 15 ff.; BG über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz) vom 24. März 1995, SR 151.

[38] Übereinkommen von 1979 zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau, von der Schweiz erst am 26.4.1997 ratifiziert. Vgl. dazu *Christina Hausammann*, Menschenrechte – Impulse für die Gleichstellung von Frau und Mann in der Schweiz, Basel 2002; *Christina Hausammann/Erika Schläppi*, Menschenrechte und Frauenrechte. Das UNO-Übereinkommen zur Beseitigung jeder Diskriminierung der Frau und seine Bedeutung für die Schweiz, AJP 1995, S. 32 ff.

[39] Vgl. *Margrith Bigler-Eggenberger* (Anm. 1), Rz 625 ff.; BGE 108 Ia 22 E. 4; 109 Ib 81 E. 4d,e; 116 V 198 E. 2a/bb.

teilweise erheblichen unterschiedlichen Lebenserwartungen, Lebensbedingungen und Verhältnissen unterworfen sind. Art. 4 Abs. 2/8 Abs. 3 BV will diesen Unterschieden jedenfalls nach Meinung der seinerzeitigen Initiantinnen[40] Rechnung tragen, indem nicht nur die «Gleichheit» (nach welchem Massstab?), sondern auch die *Gleichwertigkeit* dieser je verschiedenen Lebensentwürfe mit in die Überlegungen zur Gleichstellungsbestimmung der Verfassung einbezogen werden. Es geht nicht nur um die biologischen Unterschiede, denen in Gesetzgebung und Rechtsanwendung Rechnung zu tragen ist, sondern auch um die Beachtung der unterschiedlichen gesellschaftlichen Bedingungen und Lebensentwürfe von Frau und Mann, z.B. durch Anerkennung auch der zumeist von Frauen erbrachten unbezahlten Familien- und/oder Freiwilligenarbeit nicht nur im Eherecht, sondern z.B. auch im öffentlichen Dienst und in der Wirtschaft. Das wurde bisher von der Rechtsprechung zu wenig beachtet.

4.2 Enges Verständnis der Gleichheitsbestimmung und seine Grenzen

Die zunächst von der Rechtsprechung des Bundesgerichts vertretene enge Auffassung, die als einziges Differenzierungskriterium bei der Frage nach rechtsgleicher Behandlung oder unzulässiger Benachteiligungen den biologischen Unterschied akzeptiert hat, findet sich praktisch in allen Rechtsbereichen. Diese Praxis zeigt ihre Grenze v.a. dort, wo es nicht so sehr um eine rechtliche, sondern um eine gesellschaftlich bedingte Benachteiligung der Frauen geht oder wo das Bundesgericht aus Gründen der fehlenden Sachkompetenz, des Föderalismus oder der Bindung an Bundesrecht nicht eingreifen will oder kann: so z.B. in Entscheiden über die Verteilung eines ehelichen Fehlbetrags bei Auflösung der Ehe oder in andern Bereichen des Eherechts.[41] Auch in den Entscheiden zur öffentlichen Dienstpflicht urteilt das Bundesgericht i.d.R. streng formalrechtlich, und es bezieht die Frauen in den Feuerwehr- und Katastrophendienst resp. in die Ersatzsteuerpflicht nur dann nicht ein, wenn tatsächlich biologische Gründe dagegen sprechen, die manchmal allerdings recht weit gefasst und nicht ganz ohne traditionelle Vorurteile sind.[42] Gleich verhält es sich auch dort, wo es um die Frage des gleichen Rentenalters[43] oder um einen Anspruch auf Witwerrente[44]

[40] Damit ist gemeint die praktisch allein von Frauen im Jahr 1975 getragene Volksinitiative «Gleiche Rechte für Mann und Frau»; vgl. dazu *Margrith Bigler-Eggenberger* (Anm. 1) Rz 40 ff., wo sich der genaue Text findet.

[41] *Margrith Bigler-Eggenberger* (Anm. 1), Rz 87 ff.; 171 ff., vgl. nunmehr den interessanten Aufsatz von *Pascal Pichonnaz/Alexandra Rumo-Jungo*, La protection du minimum vital du débirentier en droit du divorce: évolution récente, SJZ 2004 Nr. 4, S. 81 ff., insb. S. 83 ff. Z.B. BGE 121 I 97 E. 2b; 123 III 1 E. 3c.

[42] *Margrith Bigler-Eggenberger* (Anm. 1), Rz 202 ff.; z.B. BGE vom 10.10.1986 i.S. D.B. publiziert in ZBl 88/1987, 306; BGE 123 I 56.

[43] *Margrith Bigler-Eggenberger* (Anm. 1), Rz 223 ff. mit Hinweisen.

[44] *Margrith Bigler-Eggenberger* (Anm. 1), Rz 209 ff. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

geht. Die Auffassung herrscht vor, Art. 4 Abs. 2 aBV/8 Abs. 3 BV sei Genüge getan, wenn im Verhältnis der Geschlechter keinerlei rechtliche Unterscheidungen mehr zugelassen werden, ausser, wenn biologische oder funktionale Gründe eine unterschiedliche Behandlung von Frau und Mann zwingend erfordern.[45] Das ist eine Betrachtungsweise, die wohl formal Rechtsgleichheit herstellt, die auch in bestimmten Rechtsbereichen richtig und angemessen ist – z.B. beim Entscheid zur Frage des kantonalen Stimm- und Wahlrechts der Appenzellerinnen, BGE 116 Ia 359, oder auch in Fragen des Bürgerrechts oder des Wohnsitzes. Sobald aber die Rechtsanwendung sich mit Fragen befassen muss, welche die Andersartigkeit und -wertigkeit eines Frauenlebens in irgendeinem Rechtsbereich betreffen, und diese im Entscheid ausklammert, werden nicht nur keine «gerechten» Urteile gefällt, sondern letztlich die tatsächlichen, gesellschaftlich bedingten Ungleichheiten zum Nachteil der Frauen ausgeklammert und damit deren Fortdauer praktisch gesichert. Aus einseitigem, formalen Blickfeld werden die vielfältigen andern Tätigkeiten und Pflichten vieler Frauen, z.B. ihre Freiwilligenarbeit[46], ausser Betracht gelassen und damit die überlieferten gesellschaftlichen Rollen im Grunde nur weiter aufrechterhalten. Bekannt ist ja, dass etwa strukturelle Schwierigkeiten – z.B. das Fehlen genügender und guter Tagesstätten für Kinder ausser Haus arbeitender Frauen, das (bis vor kurzem) Fehlen einer Mutterschaftsversicherung (seit 1945!), schon gar nicht zu reden von einem Vaterschaftsurlaub – vielen Frauen nur schon das Wählenmüssen zwischen Familie und Beruf weiterhin aufzwingen und nicht nur sie damit benachteiligen, sondern auch gesellschaftlichen Schaden anrichten.[47]

4.3 Weshalb solche Schwierigkeiten in der Anwendung von Art. 4 Abs. 2/8 Abs. 3 BV?

Diese einseitige Betrachtungsweise nach der Formel: «Frau = Mann» hat denn auch nicht durchwegs zu materieller, sich auf die Gleichwertigkeit der Frau mit ihrer anderen Sozialbiographie stützender Verbesserung geführt, wohl aber weitgehend zu neuen Mehrbelastungen – z.B. Anhebung des Rentenalters oder nunmehr mit der Verschlechterung der Witwenrente mit Einsparungen von Millionen von Franken.[48]

[45] So bereits im ersten nach 1981 zu beurteilenden Fall: Es ging um die unterschiedlichen Anforderungen an Mädchen und Knaben bei der Zulassung zur Mittelschule, vgl. BGE 108 Ia 22 = Pra 71 Nr. 144.

[46] Vgl. *Bundesamt für Statistik*, Unbezahlt – aber trotzdem Arbeit. Zeitaufwand für Haus- und Familienarbeit, Ehrenamt, Freiwilligenarbeit und Nachbarschaftshilfe, Neuenburg 1999.

[47] Vgl. zur extremen Form dieser Behinderung *Margrith Bigler-Eggenberger*, Die Arbeitslosenversicherung, das Stillen und das Diskriminierungsverbot, recht 1998, S. 1 ff.

[48] Das ist der Vorwurf, der seit der 10. und 11. AHV-Revision im Raume steht: Die Frauen haben Verbesserungen in der Sozialversicherung weitgehend selbst – durch Abbaumassnahmen an sog. «Vorrechten» – zu bezahlen. Vgl. z.B. auch die Anhebung der Prämien für Frauen in der obligatorischen Unfallversicherung auf die Höhe der wesentlich unfallträchtigeren Männerprämien im Gegensatz zur unterschiedlichen Prämienbelastung von Frau und Mann in der Zusatz-Krankenversicherung! Und es dauerte z.B. Jahre, ehe die Diskriminierung Teilerwerbstätiger mit deren Ausschluss aus der Nichtbetriebsunfallversicherung in Art. 12 UVG gemildert wurde. Das aber traf und trifft in weit überwiegendem Masse die Frauen. Vgl. zum Problem unterschiedlicher Prämien auch in der überobligatorischen Krankenversicherung *Georg Müller*, Gleichbehandlung der Geschlechter und Vertragsfreiheit bei der Bemessung der Prämien für Krankenversicherungen, in: FS für Yvo Hangartner, Der Verfassungsstaat vor modernen Herausforderungen, St.Gallen/Lachen 1998; a.M. *Margrith Bigler-Eggenberger*, Rechtsgleichheit und Vertragsfreiheit, AJP 1997, 18 ff.

Worauf sind dieser Einstieg der Rechtsprechung und deren Schwierigkeiten zurückzuführen? Sie sind u.a. in der Tatsache zu suchen, dass in Politik und Rechtsprechung kaum je gefragt wird, woran denn Gleichheit zwischen Frau und Mann gemessen werden soll und wie gleich oder ungleich sich das Recht in konkreten Fällen direkt oder auch indirekt[49] auf die beiden Geschlechter auswirkt oder auswirken darf. Es wird nur ungenügend beachtet, dass die auch vom Bundesgericht verwendete aristotelische Formel: «Gleiches ist gleich, Ungleiches aber nach Massgabe seiner Ungleichheit verschieden zu behandeln» die Vergleichbarkeit v.a. der Geschlechter schwierig macht.[50] Gesetzgebung wie Rechtsanwendung haben mit zwei gesellschaftlich ungleichen Menschengruppen umzugehen, und der formalrechtliche Blickwinkel ist wohl in einzelnen Rechtsbereichen, so etwa in der Frage der gleichen politischen Rechte[51], nicht aber in andern Rechtsbereichen, wie etwa in der sozialen Sicherheit, im Verhältnis von Frau und Mann wesentlich. Bleibt dieser «materiale» Gesichtspunkt ausgeklammert, kann dies erneut zu unbefriedigenden Folgen führen. Denken wir z.B. an den uralten, solidarischen Schutz von Witwen: Soll dieser Schutz als Postulat der Gleichberechtigung formal ausgehöhlt werden, ungeachtet des Umstandes, dass es v.a. für Frauen mit Kindern und ältere, auch kinderlose, Frauen unter den heutigen, auf die männliche Lebensweise ausgerichteten wirtschaftlichen Gegebenheiten und der sich hartnäckig haltenden Rollenteilung zumindest sehr schwer und damit möglicherweise auch unzumutbar erscheint, voll für sich aufkommen zu müssen? Auch die Tatsache, unter Gleichstellungsgesichtspunkten das Rentenalter von Frauen insgesamt, insbesondere aber das der erwerbstätigen Frauen, jenem für Männer gleichzustellen, entspricht wohl formal dem Gleichheitsgedanken, aber damit wird der eigentliche Sinn und Zweck von Art. 4 Abs. 2/8 Abs. 3 BV ausge-

[49] Es geht hier auch um die – in der Politik, d.h. der Gesetzgebung – weitgehend fehlende Sensibilität für indirekte Formen von Diskriminierung der Frauen: vgl. dazu neben vielen anderen *Christa Tobler* (Anm. 25), S. 36 ff.; *Margrith Bigler-Eggenberger* (Anm. 1), Rz 88, 254, 621 ff. mit weiteren Literaturangaben.

[50] Bereits z.B. *Isabel Mahrer*, Zum Problem der Gleichwertigkeit der Arbeit im Sinne von Art. 4 Abs. 2 Satz 3 aBV. Überlegungen zu BGE 113 Ia 107 ff., SJZ 1989, S. 37 ff.

[51] Weshalb denn auch der Entscheid des Bundesgerichtes i.S. Appenzell IRh in BGE 116 I 359 mit Recht «formal» gelöst worden ist.

klammert, der daneben auch «die positive Pflicht zu angemessener Ungleichbehandlung», d.h. zu material verstandener Gleichstellung enthält.[52] Damit aber ist nur eine Schwächung der ohnehin schwächeren Stellung der Frauen in der Wirtschaft vorprogrammiert.[53] Hinsichtlich des Rentenalters ist m.E. deshalb zu beachten, dass ein gleiches Rentenalter von Frauen und Männern zwar bereits bis 1966 gesetzlich vorgeschrieben war, doch hat der Gesetzgeber in den folgenden Revisionen das Frauenrentenalter gerade *aus Gerechtigkeitsgründen* gesenkt, weil nämlich die versicherten Männer und deren Ehefrauen bei gleichen Prämien ungleich mehr Leistungen aus der Sozialversicherung ziehen konnten (und noch können) als etwa die unter altem Recht im Gegensatz zu Ehefrauen beitragspflichtigen unverheirateten, verwitweten und geschiedenen Frauen. Der vorerst um zwei, dann um drei Jahre frühere Rentenbeginn müsste daher auch heute weitgehend als *Kompensation* aus Gerechtigkeitsgründen verstanden werden, wie dies Art. 4 Abs. 2/8 Abs. 3 Satz 2 BV sinngemäss vorschreibt.[54]

4.4 Absicht des Bundesgerichts: Beseitigung der Rollenfixierung

4.4.1 Keine Fixierung der Geschlechterrollen

Diese wenigen Beispiele zeigen, dass weder die Gesetzgebung und damit die Politik noch die Gerichte genügend sensibilisiert dafür sind, wie ungleichgewichtig das soziale Leben für Frau und Mann nach wie vor ist. Zwar geht es – wie das Bundesgericht immer wieder betont – mit Art. 4 Abs. 2/8 Abs. 3 BV darum, die traditionelle und offenbar nur schwer zu beseitigende *Rollenfixierung* zu durchbrechen. Das ist denn auch bisher weder in der Gesetzgebung noch in genügendem Masse mit der Rechtsprechung gelungen. Es ist zudem nicht damit getan, dass sich für die Lösung dieser Aufgabe Gerichte und Politik sozusagen den «Schwarzen Peter» zuschieben, indem das Bundesgericht in wesentlichen Gleichstellungsfragen sich auf seine sachliche Inkompetenz beruft und die Gesetzgebung bemüht[55], während sich die Gesetzgebung zumeist an finanziellen Fragen orientiert, wodurch sich an der Stellung der Frauen wohl sehr viel (zu

[52] *Christa Tobler* verwendet diese einleuchtende Umschreibung in ihrem Aufsatz auf S. 37, der vorstehend (in Anm. 25) zitiert worden ist.

[53] Frauen sind i.d.R. weniger gut auf das Arbeitsleben vorbereitet, d.h. die teilweise schlechtere Ausbildung und berufliche Segregation wirken sich nicht zuletzt für ältere Frauen negativ auf ihre Möglichkeiten im Arbeitsleben aus. Vgl. dazu z.B. *Bundesamt für Statistik*, Soziale Ungleichheiten bei Beschäftigung und Einkommen in der Schweiz, Bern 1998, S. 16 ff., insb. S. 20 unten; *dass.*, Berufliche Gleichstellung – ein Mythos? Geschlechter-Segregation in der Schweizerischen Berufswelt, Bern 1995, z.B. S. 25 ff. Vgl. dazu die neuesten Ergebnisse in: *Eidg. Büro für Gleichstellung/Bundesamt für Statistik*, Auf dem Weg zur Gleichstellung? (Faltprospekt).

[54] Vgl. *Margrith Bigler-Eggenberger*, Soziale Sicherung der Frau (Anm. 36), S. 89, 98 ff. 184.

[55] Vgl. z.B. BGE 121 I 97; 121 III 301 E. 5b; abweichend z.B. 116 II 657; 116 V 198.

ihrem Nachteil) verändert, aber letztlich nicht eigentliche materiale Gleichstellung bewirkt wird. Die Absicht der Volksinitiative von 1975 war es, wohl auch in bestimmten Rechtsbereichen formalrechtliche Gleichstellung von Frauen mit Männern zu schaffen: so etwa bei den politischen Rechten, im Namens- und Bürgerrecht, auch in Lohnfragen und den Arbeitsbedingungen. Doch darüber hinaus sollten auch die zwei traditionell sozial ungleich in die gesellschaftliche Wirklichkeit eingebundenen Menschengruppen – soweit erforderlich – in ihrer jeweiligen Eigenart, aber als *gleichwertig*, mit gleichen Chancen – allenfalls mit Hilfe entsprechender Massnahmen[56] – ausgerüstet werden. Geschlechtsneutraler Wortlaut der Gesetze allein genügt dafür sowenig wie deren formale Umsetzung.

4.4.2 Nacht- und Sonntagsarbeitsverbot und einige andere Rechtsbereiche als Beispiele eines materialen Denkens

Diese Problematik haben das Eidg. Versicherungsgericht v.a. im Invalidenversicherungsrecht und das Bundesgericht[57] in andern Rechtsbereichen vereinzelt erkannt. In einem Entscheid von 1990 im Zusammenhang mit der Forderung aus Wirtschaftkreisen, das für Frauen in Produktionsstätten geltende *Nacht- und Sonntagsarbeitsverbot* aufzuheben, hat das Bundesgericht festgehalten, das allein für Frauen geltende Nacht- und Sonntagsarbeitsverbot widerspreche zwar Art. 4 Abs. 2 aBV. Denn es beruhe offensichtlich auf der traditionellen Rollenverteilung. Doch der Gleichstellungsgrundsatz beabsichtige, die Stellung der Frauen überall in der Gesellschaft zu verbessern und nicht, sie zu verschlechtern. Eine solche Verschlechterung würde jedoch durch eine rein formalrechtliche Betrachtungsweise, durch die blosse Aufhebung des Nacht- und Sonntagsarbeitsverbots gerade geschehen, ohne dass damit die Voraussetzungen geschaffen würden, dass der Mann seinen Teil zu Erziehung und Haushalt beitragen könne; und es würde auch nicht verhindert, dass die Frau als billige Arbeitskraft ausgebeutet würde.[58]

Wie wenig die Betonung der formalrechtlichen Seite des Gleichstellungsgrundsatzes an der tatsächlichen Situation von Frau und Mann Erhebliches zu

[56] Das wäre ja nach neuerer Ansicht des Bundesgerichts auch Aufgabe von Art. 4 Abs. 2/8 Abs. 3 Satz 2; vgl. St.Galler Kommentar (Anm. 23), *Rainer J. Schweizer*, Rz 32 ff. zu Art. 8 BV, *Margrith Bigler-Eggenberger*, Rz 88 f. zu Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV mit Hinweisen; BGE 125 I 21; *Christa Tobler*, Frauenförderung durch Quoten und Rechtsgleichheit der Geschlechter, recht 1998, S. 101 ff.

[57] GE 125 V 377; 121 V 125; 123 V 219=Pra 87 Nr. 61. Auch z.B. nicht publ. BGE vom 11.2.1994 i.S. U.P.H. c. Kanton Bern; vom 31.5.1991 i.S. A.G. c. Einwohnergemeinde X; auch bereits BGE vom 23.12.1988 i.S. M.L.-R. c. Regierungsrat und Verwaltungsgericht Bern.

[58] BGE 116 Ib 270; 116 Ib 284; *Margrith Bigler-Eggenberger* (Anm. 1), Rz 482 ff. Nach EU-Gleichstellungsrecht verstösst die Aufrechterhaltung des Nachtarbeitsverbots zugunsten der Frauen gegen die Pflicht zur (rein formalen) Gleichstellung der Geschlechter. Der Verstoss dagegen führt zu hohen Bussen: vgl. Antrag der EU-Kommission i.S. EU-Gerichtshof gegen Frankreich. Fundstelle: http://europa.eu.int./comm/employment_social/equ_opp/news/infring_de.htm.

verändern vermag, zeigt sich auch etwa im *Eherecht* und v. a. dort, wo es um die Ermittlung des wirtschaftlichen *Wertes von Berufs- und Hausarbeit* geht. Zwar herrscht nunmehr im 1988 revidierten Eherecht der Gedanke vor, die Ehe beruhe auf einer gleichberechtigten Partnerschaft.[59] Damit verbunden ist, dass das Gesetz Haus- und Erwerbsarbeit gleich zu gewichten vorgibt.[60] Doch in der Rechtspraxis zeigt es sich, dass nach wie vor der *Erwerbsarbeit* erheblich mehr Gewicht beigemessen wird.[61] Der Familienarbeit leistende Eheteil – zumeist immer noch die Ehefrau, Ausnahmen bestätigen die Regel – hatte und hat weitgehend noch oft neben dieser Tätigkeit auch dafür einzustehen, dass die Familie wirtschaftlich über die Runden kommt.[62] Das ist heute, im neuen Ehe- und Scheidungsrecht, noch pointierter der Fall. Es ist für die Gerichte in der Regel relativ einfach zu sagen, angesichts der heutigen Ausbildungs- und Arbeitsmöglichkeiten sei den Frauen eine Aufnahme oder Ausweitung der Erwerbsarbeit zuzumuten. Sie müssten sich jedoch zugleich die Frage stellen, inwiefern denn auch die andere – unbezahlte – Arbeit der Familienfrau mit in die Rechnung einbezogen werden sollte. Doch das wird – selbst bei Vorhandensein von Kindern – praktisch regelmässig ausgeklammert. Und es würde sich zudem die Frage stellen, ob denn der Arbeitsmarkt diesen Frauen überhaupt Arbeit verschaffen kann und will.

5. Problematik um die Lohngleichheit

5.1 Das Gesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (GlG)

Am 1. Juli 1996 trat das Gesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann in Kraft.[63] Zwar bot bereits Art. 4 Abs. 2 Satz 3 aBV mit dem Gebot: «Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit» eine Grundlage dafür, um sich vor Gericht auf effiziente Weise gegen Lohndiskriminierungen wehren zu können. Es ist in Lehre und Rechtsprechung denn auch anerkannt, dass dieser Verfassungsgrundsatz ein *«doppelgesichtiges» Individualrecht* darstellt,

[59] Art. 159 Abs. 2, 163 ff. ZGB; *Margrith Bigler-Eggenberger* (Anm. 1), Rz 324 ff.

[60] Z.B. BGE 114 II 13; 116 II 110; nunmehr 126 III 8 E. 3a.

[61] BGE 121 I 97; 123 III 1 332; *Margrith Bigler-Eggenberger* (Anm. 1), Rz 362 ff.; zur neuesten Entwicklung vgl. *Pascal Pichonnaz/Alexandra Rumo-Jungo*, La protection du minimum vital du débirentier en droit du divorce: évolution récente, SJZ 2004 Nr. 4, S. 81 ff.

[62] Vgl. den auf den ersten Blick schockierenden BGE 127 III 68 E. 3: Die Ehefrau wird zur Aufnahme oder Ausweitung der Erwerbsarbeit gezwungen, um indirekt mit an die Kosten für ein ausser der Ehe geborenes Kind des Mannes mitzubezahlen; vgl. umgekehrt BGE 129 III 417 E. 2.2: wegen des ausser der Ehe geborenen Kindes der Ehefrau werden Höhe und zeitliche Dauer ihrer Unterhaltsansprüche gekürzt.

[63] BG über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24.3.1995 (GlG, SR 151); vgl. dazu in: Claudia Kaufmann, Kommentar zum Gleichstellungsgesetz (Anm. 37), Rz 6 ff., Rz 55 zur Beratung und Verabschiedung.

das die Möglichkeit bietet, je nach Streitgegenstand (öffentlich- oder privatrechtliche Lohnforderungen) oder Streitwert mittels verwaltungsrechtlicher oder staatsrechtlicher Beschwerde und/oder Berufung vor Bundesgericht einen Verstoss gegen das Lohngleichheitsgebot im öffentlichen[64] und privatrechtlichen[65] Tätigkeitsbereich zu behaupten.

Doch stellte sich bald heraus, dass diese Verfassungsbestimmung in verfahrensrechtlicher Hinsicht unvollkommen war, erwies es sich doch in der Praxis als äusserst schwer, auf der Grundlage des Art. 8 ZGB den *Beweis* für eine diskriminierende Lohnungleichheit zu erbringen[66] oder auch nur als Einzelperson zu klagen, ohne Angst vor Mobbing im Geschäft oder Betrieb oder gar vor Entlassungen haben zu müssen. Weil Entlassungen bei Lohngleichheitsklagen oft die Regel sind, haben denn auch unter der Herrschaft von Art. 4 Abs. 2 Satz 3 aBV nur äusserst wenig Frauen in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen wegen Lohndiskriminierung geklagt.[67] Es waren deshalb Sondernormen gefragt, die sowohl *Beweislasterleichterungen*[68] als auch die Möglichkeit von *Verbandsklagen* vorsahen.[69] Darüber hinaus galt es, einen Schutz vor Rachekündigung z.B. wegen der Anrufung einer Schlichtungsstelle oder des Gerichts vorzusehen[70] und den Konnex zu Art. 336b und Art. 343 OR herzustellen.[71]

5.2. Was hat das GlG in den bald 10 Jahren seiner Geltung bewirkt? Schwierigkeiten in der Durchsetzung der Lohngleichheit

In der Ausklammerung des wirtschaftlichen Wertes der Familienarbeit, die nach wie vor überwiegend von Frauen erbracht wird und die wertmässig einzig in der Rechtsprechung zum IV- und zum Haftpflichtrecht seit 1982 einigermassen berücksichtigt wird[72], liegt m. E. ein wesentlicher Grund dafür, dass dem *Grund-*

[64] BGE 124 II 436 E. 10d; schon 103 Ia 517.

[65] BGE 127 III 207 E. 4; 5b und c; 125 III 368 E. 2; 113 Ia 107=Pra 76 Nr. 254.

[66] Vgl. *Elisabeth Freivogel*, in: Kommentar zum GlG (Anm. 37), Rz 1 ff.; 14 ff. zu Art. 7 GlG; auch *Margrith Bigler-Eggenberger* (Anm. 1), Rz 611.

[67] Bis 1996 gelangten nur wenige Klägerinnen an das Bundesgericht. Der Ausgang in BGE 113 Ia 107 = Pra 76 Nr. 254 war alles andere als verheissungsvoll. Vgl. sodann BGE 125 III 368; 127 III 207; 130 III 145.

[68] Dazu *Sabine Steiger-Sackmann*, in: Kommentar zum GlG (Anm. 37), Rz 36 ff. zu Art. 6 GlG.

[69] Dank Verbandsklage sind einzelne Frauen davon befreit, sich allzu sehr exponieren zu müssen. Die Voraussetzungen von Art. 7 GlG sind allerdings noch nicht voll befriedigend: Nur Feststellungsklage, Vertretung einer grösseren Zahl von Betroffenen, der Verband muss seit mindestens 2 Jahren bestehen. Vgl. zu Art. 7 GlG: *Elisabeth Freivogel*, in: Kommentar zum GlG (Anm. 37).

[70] *Anne-Marie Barone*, in: Kommentar zum GlG (Anm. 37), Rz 6 ff. zu Art. 10 GlG.

[71] *Margrith Bigler-Eggenberger*, Kommentar zum GlG (Anm. 37), Rz 1 ff.; 14 ff. zu Art. 7 GlG.

[72] BGE 101 II 257 = Pra 64 Nr. 239; 102 II 90; 108 II 434; 113 II 345; 117 II 609 zum Haftpflichtrecht; zur IV vgl. *Margrith Bigler-Eggenberger* (Anm. 1), Rz 424 ff. mit Hinweisen in den FN 663 ff.; insb. nunmehr *Katharina Baumann/Margareta Lauterburg*, Knappes Geld – ungleich verteilt. Gleichstel-

satz der Lohngleichheit für Frau und Mann bei gleicher und gleichwertiger Arbeit nach wie vor nicht entsprochen wird. Frauenarbeit galt und gilt immer noch als einfacher und weniger qualifiziert und ist dementsprechend in der öffentlichen Meinung auch weniger wert. Auch die andere, oft unsichere Art, wie Frauen sich in der Berufswelt bewegen, und ihre Schwäche in der Durchsetzung ihrer Rechte gerade in der Lohnpolitik der Unternehmung oder der öffentlichen Verwaltung sind neben der Akzeptanz einer praktisch ausschliesslich männerbezogenen Lohnpolitik m.E. entscheidende Gründe für den Weiterbestand von Lohnungleichheit. Es ist aber im Grunde skandalös, dass sich seit dem Bericht einer Arbeitsgruppe «Lohngleichheit» von 1988 mit Bezug auf Lohnunterschiede von Frauen- und Männerarbeit trotz aller rechtlichen Vorgaben nur wenig geändert hat.[73] Frauen verdienen noch heute – 23 Jahre nach Art. 4 Abs. 2 Satz 3 aBV und bald 10 Jahre nach Einführung des GlG – um die 7–20% weniger als Männer der gleichen Berufsbranche. Trotz des Gleichstellungsgesetzes, das mit seiner Regel der Beweislasterleichterung[74] den Nachweis von diskriminierenden Lohnunterschieden leichter machen wollte, trotz eines – freilich völlig ungenügenden – Kündigungsschutzes und trotz einzelner erfreulicher Gerichtsentscheide[75] bestehen hier nach wie vor grosse Defizite zulasten der Arbeitnehmerinnen vor allem des privaten, aber auch immer noch des öffentlichen Arbeitsbereichs. Ein Entscheid, der z.B. Frauenarbeit auch einmal höher als die vergleichbare Männerarbeit gewichten würde, lässt immer noch auf sich warten.

5.3 Verweisung der Problemlösung in den Ermessensbereich der Kantone und die Problematik von Rechtfertigungsgründen

Die Entwicklung der materiellen Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Lohngleichheit lässt sich kurz dahin zusammenfassen, dass das oberste Gericht v.a. den öffentlichrechtlichen Arbeitgebenden in deren Lohnpolitik ein enorm *grosses Ermessen*[76] einräumt und zudem bei privat- und öffentlichrechtlichen Anstellungen immer mehr sog. objektive *Rechtfertigungsgründe*[77] zulässt, die festgestellte Lohndiskriminierungen weiter bestehen lassen. Über Jahre hinweg wurden diese Rechtfertigungsgründe wie Dienstalter, Ausbildung, berufliche Anforderungen, Marktlage, Budgetgründe usw. kaum je auf eine mögliche, allenfalls *verborgene Diskriminierung* hinterfragt, die in der alten und immer wieder neuen Tatsache besteht, dass die weiblichen Lebensmuster und die sog. weiblichen Eigenschaften (Zuwendung, besondere Sozialkompetenz, Empathie, psychische Stärke z.B.) gegenüber dem, was im Berufsleben als männliche Eigenschaften gilt (z.B. Zielstrebigkeit, Selbsteinschätzung, Durchsetzungsfähigkeit, physische Stärke), weniger stark gewichtet werden. Höchst fragwürdig sind neben den traditionellen Rechtfertigungsgründen wie etwa das Dienstalter auch die neuesten wie die Markterfordernisse, der Vergleich zwischen Lohnskalen verschiedener Kantone ohne jede Beachtung anderer – wirtschaftlicher – Unterschiede[78] u.a.m., sofern sie nicht wenigstens auf die – durchaus konkrete – Möglichkeit geschlechtsbedingter Diskriminierungen hinterfragt werden. Denn z.B. im Rechtfertigungsgrund des Dienstalters könnte sich eine indirekte Benachteiligung von Frauen verbergen[79], desgleichen im Rechtfertigungsgrund des *Markterfordernisses*. Ansätze zu einer Beachtung dieser Möglichkeit sind nun erfreulicherweise in der neuesten Rechtsprechung vorhanden.[80]

5.4 Erstmalige Kritik des Bundesgerichts an einzelnen Rechtfertigungsgründen

Es hat z.B. bis zum Jahr 1999 gedauert, ehe zum ersten Mal in der Rechtsprechung der objektive Grund des Dienstalters[81] und auch der «Marktlage»[82] als mögliches Problem einer Benachteiligung von Frauen erkannt wurde. In den ersten Lohngleichheitsfällen, noch vor Einführung des Verfassungsgrundsatzes, aber gestützt auf den alten Art. 4 aBV, hat das Bundesgericht bei gleicher Arbeit selbst dann eine Diskriminierung nicht durchgehen lassen, wenn vom arbeitgebenden Kanton objektive Gründe geltend gemacht worden sind. So hat es 1979 in einem Freiburger Fall noch vor Einführung des Art. 4 Abs. 2 aBV[83] – im Gegensatz zu den Berner Arbeitslehrerinnen nach 1981[84] – eine Lohndiskriminierung für Lehrerinnen trotz des Argumentes des Regierungsrats bejaht, die *Ausbildung* von Frauen sei um ein Jahr kürzer als jene für Männer. Im Gegensatz dazu war gerade dieses Argument wichtig für die Abweisung der Lohnklage der Berner

lungsdefizite in der Invalidenversicherung, hrsg. vom Eidg. Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann, Basel/Genf/Frankfurt, 2001.

[73] Vgl. die neuesten statistischen Erhebungen, die immer noch rund 20% Lohnunterschiede feststellen, wovon mindestens 7% diskriminierend, d.h. nicht zu rechtfertigen sind. Auch «24heures» vom 8.3.2004, S. 21; vom 19.11.2003, S. 12; «Der Bund» vom 19.11.2003, S. 2. *Bundesamt für Statistik*, SAKE Schweiz. Arbeitskräfteerhebung 1991–2000, Sake News/NE Nr. 14/2000.

[74] Art. 6 GlG.

[75] Vgl. den neuesten BGE 130 III 145; aber auch BGE 125 III 368.

[76] BGE 123 I 1; 121 I 49, 102 u.a.m.

[77] BGE 113 Ia 107; 117 Ia 270; 118 Ia 35; 121 I 49; 124 II 409, 436; 125 III 368; 126 II 217; 127 III 207.

[78] Vgl. z.B. nicht publ. BGE vom 5.9.1999 i.S. Verband Kindergärtner/innen Schwyz; vom 5.10.1999 i.S. R.H. und Mitbet. c .Kanton Thurgau.

[79] Vgl. z.B. den nicht publ. BGE vom 20.11.2000 i.S. L.F.-Z. c. TAmm Ticino.

[80] BGE 125 III 368; 127 III 207.

[81] BGE 125 I 71.

[82] BGE 124 II 409; 125 III 368; 126 II 217; 127 III 107; nicht publ. BGE vom 5.10.1999 i.S. R.H. und Mitbet. c. Kanton Thurgau.

[83] BGE 105 Ia 120.

[84] BGE 117 Ia 270.

Arbeitslehrerinnen. Während 1979 in diesem Freiburger Entscheid der Rechtfertigungsgrund von *Budgetschwierigkeiten* als (vorläufiger) Ausschlussgrund der festgestellten Lohndiskriminierung nicht anerkannt worden ist, hat das Bundesgericht später, unter der Herrschaft des Art. 4 Abs. 2 aBV, in einem privatrechtlichen Lohnstreit gerade anders entschieden und einen Unterschied in der Entlöhnung gleicher Arbeit von Fr. 1000.– (Theatergage) als vor der Verfassung haltbar betrachtet, weil das Budget der Arbeitgeberschaft bereits im Zeitpunkt der Anstellung der Beschwerdeführerin ausgeschöpft gewesen sei. Dass jedoch im Zeitpunkt der Anstellung aller anderen Schauspieler und Schauspielerinnen, also zu Beginn der Zusammenarbeit und vor Ausschöpfung des Budgets, die gravierende Lohndiskriminierung gegenüber den Schauspielerinnen begann, darüber ist das Bundesgericht in diesem Entscheid hinweggegangen.[85]

5.5 Lange Prozessdauer

Was das Verfahren anbelangt, ist zunächst einmal äusserst stossend, dass ein wichtiger Grundsatz des Arbeitsrechts und des GlG laufend missachtet wird, nämlich, dass das Verfahren insbesondere in Lohngleichheitsfällen *«einfach und rasch»* zu sein habe.[86] Jahrelanges Prozessierenmüssen zermürbt und hält m.E. viele Frauen davon ab, Lohndiskriminierung vor Gericht geltend zu machen – ganz abgesehen von den Kosten, den Anfeindungen und Vorwürfen, denen Frauen ausgesetzt sind, wenn sie ihre Rechte einfordern. Daran hat das Gleichstellungsgesetz leider nicht sehr viel geändert.[87]

5.6 Unsichere Prozesschancen

Die immer grössere Vielfalt an sog. objektiven Rechtfertigungsgründen lässt die *Prozesschancen* für die Durchsetzung des Lohngleichheitssatzes gering werden. Ursache dafür sind nicht zuletzt auch die neuesten Rechtfertigungsgründe wie das Budget oder die Marktkräfte[88] und nun auch noch «Ausbildungskosten», die typischerweise bisher nur bei Frauenberufen in Rechnung gestellt werden. Das

[85] Vgl. *Isabel Mahrer*, Zum Problem der Gleichwertigkeit der Arbeit im Sinne von Art. 4 Abs. 2 BV, Überlegungen zu BGE 113 Ia 107 ff., SJZ 1989, S. 37 ff.

[86] Art. 12 GlG mit Hinweis in Abs. 2 auf Art. 343 OR.

[87] Der erste Lohngleichheitsfall nach 1981 hat z.B. nahezu 10 Jahre gedauert; bis zur Pensionierung der Klägerinnen ging es im nicht publ. BGE vom 14.12.1989 i.S. N.B. c. TAdm VS, der erst vor kurzem abgeschlossen werden konnte – und zugunsten der Beschwerdeführerin lautete.

[88] BGE 125 III 368; *Gabriella Matefi*, Marktlohn und Ausbildungskosten: Sachliche Gründe für die Rechtfertigung von Lohnunterschieden, AJP 2001, S. 1319 ff.; *Sabine Steiger-Sackmann*, 5 Jahre Gleichstellungsgesetz – 5 Jahre Lohngleichheit? AJP 2001, S. 1263 ff.

ist m.E. kein gutes Zeichen für die Zukunft. Das krasseste Beispiel ist denn auch der Fall einer Lehrerin für psychiatrische Krankenpflege, die unbestritten gleichwertige Arbeit an der Berufsschule wie ihre männlichen Kollegen in andern Lehrbereichen geleistet hat, aber monatlich Fr. 1000.– weniger in ihrer Lohntüte hatte.[89] Das Jahre dauernde kantonale Verfahren ist aufgrund widersprüchlicher Gutachten zuungunsten der Lehrerin beendet worden. Das Bundesgericht akzeptierte den Entscheid des kantonalen Obergerichts einerseits aus Gründen des «freien Marktes», der z.B. Berufsschullehrer der Computerbranche höher bewerte als Frauen, die für die Ausbildung von Psychiatrieschwestern zuständig sind. Dass z.B. Berufsschullehrer für handwerkliche Berufe ebenfalls ein weitaus höheres Einkommen – nämlich dasselbe wie die Computerfachlehrer – erzielen, als wenn sie sich in ihrer Berufspraxis z.B. als Bäcker oder Koch abmühen müssten, blieb ausgeklammert. In diesem Fall der Lehrerin für psychiatrische Krankenpflege war aber zudem als entscheidendes Argument auf die Tatsache hingewiesen worden, der Kanton St.Gallen habe weitgehend für die Ausbildungskosten dieser Frauen aufzukommen, während dies bei den männlichen Lehrkräften für Handwerker- oder BIGA-Berufe nicht zutreffe. Wenn der Kanton dieses Argument anführe und diese Kosten als Teil des späteren Lohnes betrachte – so das Bundesgericht –, sei dies nicht zu beanstanden. Ein höchst fragwürdiges Novum allerdings, das – ganz abgesehen von der damit verbundenen Verunsicherung künftiger Klägerinnen – hoffentlich nicht Schule macht.

6. Ausblick: Wagemutige Justitia?

Die weitgehend auf formalrechtlicher Gleichstellung beruhende Praxis in Gesetzgebung und Rechtsanwendung, welche die ungleichen Sozialbiographien von Frauen und Männern und die oft unterschiedlichen Auswirkungen des Rechts auf die beiden Geschlechter in der immer noch vorwiegend männlich dominierten und orientierten Gesellschaft ausklammert, wird m.E. Art. 4 Abs. 2/8 Abs. 3 BV nicht gerecht. Es ist eine Gleichstellung aus einem einseitigen Blickwinkel heraus, welcher nur die eine Seite «als dem Manne gleich» betrachtet und vergisst, dass Gleichheit im Recht auch «Gleichheit in der Differenz», also Gleichheit der Andersartigkeit der Frau, sein kann. Damit wird oft verhindert, dass die Gleichstellungspraxis zu gerechten resp. diskriminierungsfreien Folgen für beide Geschlechter führen, nicht aber das eine Geschlecht erneut stärker als das andere belasten müsste. Das würde voraussetzen, dass – wenn nicht schon in der Gesetzgebung, so doch in der Rechtsprechung i.S. des Art. 4 Abs. 2/8 Abs. 3 BV – auch tatsächliche, gesellschaftlich bedingte Situationen beachtet und

[89] BGE 126 II 217.

Lösungen gesucht werden müssten, welche die Gleichwertigkeit resp. Andersartigkeit unterschiedlicher Lebensentwürfe und -umstände mit in die Überlegungen einbeziehen.[90] Das Bundesgericht pflegt dort, wo es die gesellschaftliche Komponente als Grund für eine unterschiedliche Wirkung des Rechts feststellt, auf die Gesetzgebung zu verweisen; die für die Gesetzgebung verantwortliche Politik aber hält sich der Einfachheit halber oder wegen mangelnder Kenntnisse oder auch – und dies vor allem – aus Gründen der Finanzlage an formale Gleichheit. Damit wird aber die Verwirklichung einer materialen Gleichstellung von gleichwertigen Menschen mit andersartiger Biographie verhindert oder zumindest erschwert. Die «gläserne Decke» und die «Gummiwand» stehen einer auf Gleichwertigkeit beruhenden Akzeptanz von Frauen in vielerlei Hinsicht immer noch entgegen. Die Frage, ob die als Grund- und Menschenrecht verstandene Gleichberechtigung und tatsächliche Gleichstellung von Frauen und Männern in ihrer Umsetzung in die rechtliche und gesellschaftliche Wirklichkeit eine Erfolgsgeschichte darstelle oder nicht, lässt sich daher m.E. kaum, jedenfalls nicht durchwegs positiv beantworten.

Dazu kommt ein Weiteres: Ein Grund dafür, dass in den vergangenen 23 Jahren die Komplexität des Grundsatzes der Geschlechtergleichheit in seiner Umsetzung in konkreten Einzelfällen nicht immer genügend beachtet worden ist, liegt u. a. auch darin, dass Politik und Rechtsprechung im Allgemeinen nur ungenügend Erkenntnisse anderer Wissenschaften als der Rechtswissenschaft, etwa der Psychologie, der Soziologie, auch der Ökonomie und v.a. der Erkenntnisse aus *Genderstudien*,[91] zur Kenntnis zu nehmen pflegen. Dass insbesondere die Ergebnisse dieser modernen und fächerübergreifenden *Geschlechterforschung* kaum je in die politischen oder gerichtlichen Entscheide zur Geschlechtergleichstellung einfliessen, stellt m.E. einen Mangel dar, der sich zum Teil auch wieder damit erklären lässt, dass es sich v.a. um Arbeiten von Frauen handelt, die offenbar nach wie vor gerne verschwiegen werden – vor allem, wenn sie unbequem sind. Doch es besteht immer die Aussicht, dass irgendwann die neuen, oft auch zunächst irritierenden Gedanken und Erkenntnisse der Rechts- und anderer Wissenschaften zum Verhältnis von Frau und Mann zu einem besseren Verständnis der gesellschaftlich umfassenden Fragen um die Geschlechtergleichheit führen werden. Vielleicht wird in einigen Jahren die Umsetzung des Art. 4 Abs. 2/8 Abs. 3 BV tatsächlich zu einer Erfolgsgeschichte.

[90] Siehe z.B. den m.E. unverständlichen, weil unter dem Gesichtspunkt der Andersartigkeit ungerechten Entscheid vom 20.11.2000 i.S. L.F.-Z. c. TAmm Ticino, wo es um die Frage der Beachtung eines – unbezahlten – verlängerten Mutterschaftsurlaubs bei der Anrechnung an die Dienstaltersstufe ging.

[91] Vgl. als Beispiel *Susan Emmenegger*, Feministische Kritik des Vertragsrechts. Eine Untersuchung zum schweizerischen Schuldvertrags- und Eherecht, Freiburg Schweiz, 1999. Allgemein z.B. *Herta Nagl-Docekal*, Feministische Philosophie. Ergebnisse, Probleme, Perspektiven, Frankfurt a.M. 2001.

Personalrecht – Verfahren

AARGAU

Gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit von Frauen und Männern. *Eine lohnmässige Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts ist glaubhaft gemacht; deshalb hat der Arbeitgeber zu beweisen, dass die Entlöhnung diskriminierungsfrei erfolgte* (E. 1). *Zulässige Gründe für unterschiedliche Entlöhnung* (E. 2). *Im konkreten Fall lassen sich die Lohndifferenzen aufgrund des unterschiedlichen Lebensalters und der unterschiedlichen Berufserfahrung sowie aufgrund der unterschiedlichen Ausbildung objektiv begründen, weshalb eine Lohndiskriminierung zu verneinen ist* (E. 3–5). *Folgen einer Verletzung der Begründungspflicht* (E. 6).

(Regierungsrat, 22. Januar 2003.)

Aus den *Erwägungen:*

1. a) Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass sie im Vergleich zu ihren männlichen Kollegen, welche eine gleiche Funktion innerhalb ihrer Organisationseinheit innehatten, besoldungsmässig zu Unrecht ungleich behandelt worden sei. Die Lohndifferenz sei weder durch den Altersunterschied noch die unterschiedliche Berufserfahrung oder die unterschiedliche Aus- und Weiterbildung begründbar. Den für die Stelle nützlichen Weiterbildungskursen der Beschwerdeführerin sei keine Rechnung getragen worden. Die Anstellungsbehörde habe die Beschwerdeführerin zudem per 1. April 2000 in der Lohnstufe zurückgestuft, während dies für gewisse Kollegen nicht geschehen sei. Die Einkommensdifferenz lasse auf eine geschlechtsspezifische Ungleichbehandlung schliessen.

b) Art. 8 Abs. 3 Satz 3 der Bundesverfassung (BV) vom 18. April 1999 wie schon Art. 4 Abs. 2 Satz 3 der Bundesverfassung (aBV) vom 29. Mai 1874 verpflichten die öffentlich- wie auch die privatrechtlichen Arbeitgeber, Frauen und Männer für gleichwertige Arbeit gleich zu entlöhnen. Mit Erlass des Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GlG) vom 24. März 1995 fand der verfassungsmässige Gesetzgebungsauftrag seine Erfüllung. Das GlG untersagt sowohl die direkte als auch die indirekte Benachteiligung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern aufgrund des Geschlechts (Art. 3 Abs. 1 GlG), u.a. im Bereich der Entlöhnung (Art. 3 Abs. 2 GlG). Eine direkte Ungleichbehandlung betreffend Lohn ist dann gegeben, wenn die Lohnbemessung oder Lohneinstufung an die Geschlechtszugehörigkeit geknüpft wird; von indirekter Ungleichbehandlung bezüglich Lohn spricht man, wenn für die Lohnbemessung formal geschlechtsneutrale Massstäbe und Kriterien bestimmend sind, sich die Anwendung dieser Massstäbe oder Kriterien jedoch zum Nachteil von Angestellten eines Geschlechts im Vergleich zu denen des andern Geschlechts aus-