

Impulse des CEDAW-Übereinkommens für die Gleichstellung im Erwerbsleben insbesondere in der Quotenfrage



REGULA KÄGI-DIENER,
Prof. Dr. iur., Rechtsan-
wältin, St. Gallen

Inhaltsübersicht:

A. Schweizerisches Gleichstellungsrecht und das Recht der UNO

I. Chronologischer Kontext

1. Entwicklungszusammenhänge
2. Zur Entstehung des Gleichstellungsgesetzes
3. Ratifizierung der CEDAW

II. Ideeller Kontext

1. CEDAW als Element des Menschenrechtsdiskurses der Nachkriegszeit
2. Die Befruchtung des nationalen Diskurses durch den globalen Diskurs
3. Verantwortung des Gesetzgebers für die Erfüllung völkerrechtlicher Verpflichtungen
4. Die Bemühungen um tatsächliche Gleichstellung im Rahmen der CEDAW und des Gleichstellungsgesetzes
 - a) Tatsächliche (materielle) und formelle Gleichstellung
 - b) Die unterschiedlichen Ebenen der Gleichstellung
 - c) Materielle und formelle Gleichstellung in der CEDAW und im GIG
 - d) Ausrichtung auf die Diskriminierung der Frauen

III. Rechtliches Verhältnis von CEDAW und GIG

1. Temporalrechtliches Verhältnis
2. Vorrang des Völkerrechts vor Landesrecht
 - a) Grundsätzliches
 - b) Erhöhter Vorrang für Grundrechtsschutz
 - c) Vermutung in einzelnen Fällen
 - d) Auf den Punkt gebracht

B. Quoten im Erwerbsleben

I. Quoten im Regelungsfeld der CEDAW und des GIG

1. Massnahmen als Instrument der tatsächlichen Gleichstellung
 - a) CEDAW
 - b) GIG
2. Quoten als Sondermassnahmen
3. Mechanismen, welche es für die Gleichstellung im Erwerbsleben zu kompensieren gilt

II. Quoten und Art. 3 Abs. 3 GIG

1. Zur Auslegung von Art. 3 Abs. 3 GIG

a) Grundsätzliches

- b) Massnahmen durch öffentliche Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen – historische und gesetzes-systematische Aspekte von Art. 3 Abs. 3 GIG
- c) Quoten als "Massnahmen" im Sinne von Art. 3 Abs. 3 GIG
- d) Zusammenfassung

2. Zusätzliche gesetzliche Grundlage für die einzelne Quotenregelung?

III. Quoten und die CEDAW

1. Allgemeines zu Art. 4 (1) CEDAW
2. Die Verpflichtung des Staates, zeitweilige Sondermassnahmen zu ergreifen
3. Quoten als zulässige zeitweilige Sondermassnahmen
4. Direkte Anwendbarkeit von Art. 4 (1) CEDAW
5. Einfluss von Art. 4 (1) CEDAW auf Art. 3 Abs. 3 GIG

C. Konklusion

A. Schweizerisches Gleichstellungsrecht und das Recht der UNO

Das schweizerische Recht zur Geschlechtergleichstellung kann nicht vom internationalen Recht abgekoppelt werden. Es ist namentlich mit der Entwicklung in der UNO sowohl zeitlich wie ideell verbunden.

I. Chronologischer Kontext

1. Entwicklungszusammenhänge

Als die Schweiz 1971 den Frauen das Stimmrecht gewährte, hatte die UNO bereits rund 25 Jahre Arbeit für die Besserstellung der Frauen geleistet. Vier Jahre zuvor hatte die Generalversammlung die "Declaration on the Elimination of Discrimination Against Women" (DEWA)¹ verabschiedet. Sie leitete damit Bemühungen um *faktische* oder *materielle* Gleichstellung von Mann und Frau ein. Zur *formellen* Gleichstellung hatte die UNO sich schon in der Charta von 1945² und später in den UNO-Pakten I und II von 1966 bekannt.³

Im Internationalen Jahr der Frau von 1975 und der nachfolgenden UN-Frauendekade (1976–1985) lancierte der

1 UN-Doc. A/Res/2263 (XXII) vom 7. November 1967.

2 So in deren Präambel, sodann in Art. 1 Abs. 3, wonach die "Achtung vor den Menschenrechten und Grundfreiheiten für alle ohne Unterschied (...) des Geschlechts (...) zu fördern und zu festigen" sei.

3 UNO-Pakt I = Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, SR 0.103.1, siehe Art. 7 Bst. a; UNO-Pakt II = Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, SR 0.103.2, siehe Art. 3, 23 und 26.

4. Schweizerische Frauenkongress eine Verfassungsinitiative, die schliesslich zum Geschlechtergleichheitsartikel (Art. 4 Abs. 2 aBV, heute Art. 8 Abs. 3 BV) führte.⁴ Mit dieser Bestimmung bekannte sich der schweizerische Verfassungsgeber sowohl zur formellen als auch zur materiellen Gleichstellung und beauftragte den Gesetzgeber, letztere voranzutreiben. Die besondere Betrauung des Gesetzgebers mit der Realisierung der materiellen Gleichstellung ist aus zwei Gründen sinnvoll, einerseits weil er den Auftrag systematisch erfüllen kann (die Gerichte können nur punktuell einschreiten), andererseits weil die materielle Gleichstellung kompensatorischen Charakter hat: Die (für Frauen und Männer) unterschiedlichen Ausgangsbedingungen sind gezielt auf ein gleiches Ergebnis hin zu korrigieren. Dies kann unter Umständen nicht einfach durch schlichte Normanwendung gelöst werden, sondern bedarf komplexerer Regelung.

In der Zwischenzeit hatte die UNO das *Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau* (Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women, CEDAW) verabschiedet,⁵ welches, worauf noch einzugehen ist, ebenfalls besonders die materielle Gleichstellung aufnimmt. Parallel zur Beratung der Gleichstellungsinitiative in der Bundesversammlung wurde sodann an der 2. Frauenweltkonferenz in Kopenhagen im Sommer 1980 die Gleichstellung im Beschäftigungssektor thematisiert und ein Aktionsprogramm für die zweite Dekadenhälfte beschlossen.⁶ Diese Aktivitäten gingen nicht einfach an der Schweiz vorbei: Zeitgleich erklärte das Schweizer Parlament eine Motion der nationalrätlichen Kommission für erheblich, welche ein Rechtssetzungsprogramm zur Umsetzung der Forderung nach gleichen Rechten für Mann und Frau verlangte. Der Bundesrat leitete dieses allerdings erst 1986 ans Parlament.⁷ Ein Jahr später, 1987, unterzeichnete die Schweiz die CEDAW.

2. Zur Entstehung des Gleichstellungsgesetzes

Die Arbeiten um das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (GIG) wurden zehn Jahre nach der Annahme von Art. 4 Abs. 2 aBV zusätzlich und entscheidend durch die Integrationsbemühungen im europäischen Raum angestossen. Europa, das unserem Land kulturell, geografisch und wirtschaftlich nahe steht, war ins politische Blickfeld gerückt.⁸ Der europäische Rechtsstandard wurde gar zum hauptsächlichsten Argumentationsmuster für die weiteren Gleichstellungsbemühungen.⁹ Auf das Recht der UNO berief man sich nur in bescheidenem Umfang, obschon damals zwei parlamentarische Vorstösse hängig waren, welche die Ratifikation der CEDAW verlangten.¹⁰ Das Parlament stimmte mit dem GIG einer Anti-Diskriminierungsregelung für das Erwerbsleben schliesslich nach aufwändigen Vorarbeiten und einer langwierigen Differenzbereinigung¹¹ im März 1995 zu, vierzehn Jahre nachdem der Auftrag erteilt worden war aber noch während der Frauendekade.

Das GIG nimmt eine der in der CEDAW normierten Gleichstellungsmaterien auf: Die Teilhabe der Frauen am

Wirtschafts- und Arbeitsleben, vor allem die Verpflichtung der Vertragsstaaten, "alle geeigneten Massnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau im Berufsleben" zu treffen (Art. 11 CEDAW). Das Gleichstellungsgesetz lässt sich deshalb als Schritt interpretieren, mit welchem die Voraussetzungen der UNO-Konvention innerstaatlich erfüllt wurden. Es reihte sich gleichzeitig in den Aktionsplan der Frauenweltkonferenz von Kopenhagen ein.

3. Ratifizierung der CEDAW

Die 4. UN-Frauenweltkonferenz von Peking im Jahre 1995 gab der UNO Anlass, die Staaten aufzurufen, die CEDAW zu ratifizieren. Die Schweizer Regierung legte das Übereinkommen noch im selben Jahr – entsprechend den Zielen der damaligen Legislaturperiode¹² – dem Parlament vor.¹³ Dieses genehmigte am 4. Oktober 1996 das Abkommen, es konnte 1997 in Kraft gesetzt werden. Der Bundesrat wies in seiner Botschaft darauf hin, dass das Abkommen vornehmlich auf die "Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung von Frau und Mann"¹⁴ gerichtet sei. Bereits Art. 4 Abs. 2 aBV verpflichtete die öffentliche Hand, "die Gleichberechtigung in der Gesetzgebung zu verwirklichen und mit geeigneten Massnahmen die tatsächliche Gleichstellung von Frau und Mann zu fördern", wozu "in den Schranken ihrer Zuständigkeiten" auch die rechtsanwendenden

4 Siehe dazu Botschaft über die Volksinitiative "Gleiche Rechte für Mann und Frau" vom 14. November 1979, BBl 1980 I 72 (Sonderdruck 79.076).

5 Am 18. Dezember 1979; heute: SR 0.108.

6 Siehe Bericht zur Weltfrauenkonferenz in Kopenhagen in UN-Doc. E/CONF. 80/4.

7 Bericht vom 26. Februar 1986 über das Rechtssetzungsprogramm "Gleiche Rechte für Mann und Frau", BBl 1986 I 1144 ff.

8 Der CEDAW waren in der Botschaft GIG vom 24. Februar 2003, BBl 1993 I 1291 f., nur gerade 14 Zeilen gewidmet.

9 Botschaft GIG (FN 8), 1249; siehe auch EWR-Botschaft: Kurzfassung hrsg. durch das Integrationsbureau EDA/EVD, 67 f.; Botschaft zur Genehmigung des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 18. Mai 1992, Separatdruck 92.052, BBl 1992 I 1 ff., 385.

10 P 85.903, Braunschweig, N 19.06.87 und P 91.3243, Stocker, N 04.10.91.

11 LUZIUS MADER, Das Gleichstellungsgesetz – Entstehung, Ziele und Instrumente, in: IVO SCHWANDER/RENÉ SCHAFFHAUSER (Hrsg.), Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann, Veröffentlichungen des Schweiz. Instituts für Verwaltungskurse, St. Gallen 1996, 11.

12 Bericht des Bundesrates über die Legislaturplanung 1991–1995, BBl 1992 III 1 ff.

13 Botschaft betreffend das Übereinkommen von 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW) vom 23. August 1995, BBl 1995 IV 901. Verwendet wird hier der Separatdruck, 95.060.

14 Hervorhebung durch die Autorin.

Behörden (Verwaltung und Gerichte) verpflichtet seien.¹⁵ Man war sich demnach im Klaren, dass für alle staatlichen Organe eine entsprechende Verpflichtung bestand und diese durch die CEDAW neu gefasst wurde. Nach dem Bundesrat war am politischen Willen im Bund nicht zu zweifeln, mit der Ratifizierung der CEDAW versprach er sich zusätzlich vermehrte Anstrengungen durch die Kantone, um die (tatsächliche) Gleichstellung zu verwirklichen.¹⁶

II. Ideeller Kontext

Es ist nicht zufällig, dass die Bemühungen im internationalen Bereich und in der Schweiz zeitlich zusammen fallen. Vielmehr erscheint die Entwicklung zu mehr Geschlechtergleichheit in der Schweiz (im Bereich der Wirtschaft) als lokales Element in einer globalen Entwicklungslinie. Auf vier Aspekte sei hingewiesen:

1. CEDAW als Element des Menschenrechtsdiskurses der Nachkriegszeit

Die CEDAW ist ein Ergebnis der Menschenrechtsbewegung, die sich nach den erschütternden Erfahrungen des 2. Weltkrieges etablierte. Die Schweiz nahm am aufgenommenen Menschenrechtsdiskurs aktiv teil und versuchte sich im Thema zu profilieren. Freilich konnte sie in der Umsetzung das rhetorische und symbolische Engagement der politischen Führung auf der innerstaatlichen Ebene nicht zeitgerecht einhalten: Sowohl die beiden weltweiten UN-Menschenrechtspakte I und II – die zentralen Menschenrechtsübereinkommen – wie die regionale Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) wurden von der Schweiz verhältnismässig spät ratifiziert.¹⁷

Die Bemühungen um Gleichstellung oder Besserstellung der Frauen begleitete die Menschenrechtsdebatte der Völkergemeinschaft von Beginn an.¹⁸ Sie erreichte 1967 mit der DEWA¹⁹ einen ersten Durchbruch, weil damit die herrschende Diskriminierung der Frau nach den Worten von LAURIE S. WISEBERG als "fundamentally unjust and (...) an offence against human dignity" normiert wurde.²⁰ Ein zweiter Höhepunkt war die Verabschiedung der CEDAW, welche aus der Erkenntnis resultiert, dass ohne besondere Anstrengungen den Frauen die Menschenrechte und die Gleichstellung nur unzulänglich garantiert sind. Die CEDAW begreift sich nicht als Erlass, der besondere oder neue Rechte für Frauen garantiert, sondern als Konvention, welche für die Menschenrechte eine bessere *Durchsetzungschance* vermittelt, und zwar bei Bedingungen, wie sie für Frauen gelten: Gemäss Art. 3 CEDAW sind alle geeigneten Massnahmen "zur Sicherung der vollen Entfaltung und Förderung der Frau" zu ergreifen, "damit gewährleistet wird, dass sie die Menschenrechte und Grundfreiheiten gleichberechtigt mit dem Mann ausüben und geniessen kann".²¹ Der Bundesrat bezeichnete die CEDAW in seiner Botschaft gar als "Schlüssel zur Gewährleistung der Menschenrechte für Frauen schlechthin".²²

Mit ihrem Gleichheitskonzept geht die CEDAW vor allem auf die sozialen Segregationen ein, die Frauen und Männern unterschiedliche Positionen und Rollen in der Gesellschaft zuschreiben: Dies gilt sowohl für die Segregation in eine *öffentliche Sphäre* (Staat, Arbeit, Medien etc., siehe dazu Art. 7–9, 10, 11, 13, 14 CEDAW) und eine *private Sphäre* (Familie, siehe Art. 13 lit. a, 15, 16 CEDAW), als auch für die *vertikale und die horizontale Segregation in der Arbeitswelt*, d.h. die Frage, ob und inwiefern Frauen Zugang zu führenden oder entscheidenden Stellungen im Arbeitsleben bzw. zu allen Berufsausbildungen und Berufen haben (siehe Art. 10 und 11 CEDAW). Dass *soziale Rollen* die entscheidenden Kriterien bilden, drückt sich bereits im Ingress der CEDAW aus, wonach sich "die traditionelle Rolle des Mannes und die Rolle der Frau in der Gesellschaft und in der Familie wandeln müssen".²³ Das Übereinkommen legt dies ausserdem in einer besonderen Bestimmung fest (Art. 5 lit. a CEDAW).

2. Die Befruchtung des nationalen Diskurses durch den globalen Diskurs

In der UNO wurden vor allem von 1975 an verstärkte Anstrengungen unternommen, die Menschenrechte für Frauen zur Geltung zu bringen. Die Weltfrauenkonferenzen machten die Bedeutung des Themas sichtbar, sammelten Erfahrungen aus verschiedenen Ländern und waren Plattform für Vernetzung und Austausch. Sie ermöglichten in dieser Funktion, das eigene Rechtsverständnis unter neuen Blickwinkeln zu sehen. In der gängigen Wahrnehmung und der ideologischen Argumentation übersehenes "selbstverständliches" Unrecht kann nämlich häufig nur aufgrund einer Konfrontation mit anderen Rechtsauffassungen in Frage gestellt und der Kritik zugänglich gemacht werden. Austausch deckt mit anderen Worten Blindflecken in der hiesigen Rechtstheorie und der Gerechtigkeitsordnung auf. Die genannten Aktivitäten der UNO waren denn auch nicht ohne Einfluss auf den schweizerischen Rechtsdiskurs. Dabei hatte vor allem die Initiative des 4. Schweizerischen Frauenkongresses von 1975 anstossende Wirkung. Der Frauenkongress nahm die Sichtweise der UNO auf, agierte

15 Botschaft CEDAW (FN 13), 27.

16 Botschaft CEDAW (FN 13), 2, 75 N. 42.

17 Die Europäische Menschenrechtskonvention EMRK von 1950 (SR 0.101) erst im Jahre 1974; die UN-Menschenrechtspakte I und II von 1966 (SR 0.103.1 und SR 0.103.2) erst im Jahre 1979.

18 Siehe oben Ziff. A./I./1.

19 Declaration on the elimination of discrimination against women, siehe oben Ziff. A./I./1.

20 LAURIE S. WISEBERG, in: EDWARD LAWSON, Encyclopedia of Human Rights, 2. A. 1996, 1604.

21 Hervorhebung durch die Autorin.

22 Botschaft CEDAW (FN 13), 16.

23 Ingress Abs. 14 CEDAW.

allerdings gleichzeitig aus Ernüchterung wegen der unerwartet schwachen Wirkung des "Frauenstimmrechts". Art. 4 Abs. 2 aBV wäre aber wohl nicht in die Verfassung aufgenommen worden, wenn sich nicht eine weltweite Rechtsüberzeugung breit gemacht hätte, dass eine Rechtsordnung, um gerecht zu sein, den Frauen volle Rechtsstellung und bessere Bedingungen zugestehen muss. Dieser unterstützende Effekt war um so wichtiger, als die erst wenige Jahre zuvor erreichte politische Gleichberechtigung die Notwendigkeit zur Beseitigung weiteren Unrechts verdeckte. Er trat auch einer gewissen Ermüdungstendenz, noch weitere Fragen der Geschlechtergerechtigkeit im politischen Prozess zu thematisieren, entgegen.²⁴

3. Verantwortung des Gesetzgebers für die Erfüllung völkerrechtlicher Verpflichtungen

Grund für die späte rechtliche Umsetzung der internationalen Menschenrechtsübereinkommen in der Schweiz bildet unsere stark in der Demokratie verhaftete politische Kultur: Innerschweizerische Hindernisse und Ungereimtheiten sollten durch Anpassung der nationalen Gesetzgebung geglättet werden, *bevor* der internationale Vertrag dem Parlament zur Ratifikation vorgelegt wurde. Der Gesetzgeber war vorgängig zu überzeugen, die entsprechende Regelung "eigenverantwortlich" zu treffen. Angesichts des – im Vergleich zum Ausland – traditionsorientierten und schwerfälligen schweizerischen Gesetzgebungsprozesses und wohl auch angesichts der in grösserem Ausmasse fehlenden Frauen in der Politik ist dies ein besonders schwieriges und langwieriges Unterfangen.²⁵ Diese Umstände gelten ebenfalls für die CEDAW. Auch hier war es Anliegen der politischen Behörden, die schweizerische Rechtsordnung zunächst den Anforderungen des Übereinkommens anzupassen und nur jene Regelungen vorbehaltlos zu übernehmen, bei denen der "politische Wille zur internen Verwirklichung" (gesetzgeberisch) fest stand.²⁶ Es kommt darin nicht nur eine gewisse Angst vor der Innovationskraft internationalen Rechts zum Ausdruck, sondern auch eine demokratisch begründete Zurückhaltung gegenüber dessen justizieller Durchsetzung. Sie führt zu einer primären Verantwortung des Gesetzgebers, wobei offen bleibt, ob dieser den Anforderungen wirklich ausreichend gerecht werden kann. Auch das Bundesgericht hat mehrfach Zurückhaltung an den Tag gelegt und verfassungswidrige Ungleichheit zwischen den Geschlechtern nicht korrigiert, sondern diese Aufgabe an den Gesetzgeber delegiert, d.h. es teilt offenbar das demokratiebasierte Misstrauen gegen die Justizstaatlichkeit in dieser Materie.²⁷ Dies liegt etwas ausserhalb der sonstigen Linie des Bundesgerichts, das aus dem (allgemeinen) Gleichheitsgebot eine rechtsschöpferische Praxis von hoher Qualität und Originalität entwickelte. Die Praxis ist ausserdem unbefriedigend, weil im Gesetzgebungsprozess die demokratische Basis infolge der schwachen Repräsentanz von Frauen nicht wirklich eingehalten werden kann.

4. Die Bemühungen um tatsächliche Gleichstellung im Rahmen der CEDAW und des Gleichstellungsgesetzes

a) Tatsächliche (materielle) und formelle Gleichstellung

Auffallend sowohl bei der CEDAW als auch beim Gleichstellungsgesetz ist das Bemühen um tatsächliche und nicht (nur) um formelle Gleichstellung. Während formelle Gleichstellung im Sinne einer input-orientierten Betrachtungsweise nur prüft, ob die Rechtsnorm für ihre Geltung nach Frauen und Männern unterscheidet bzw. an gleiche Voraussetzungen für beide Geschlechter anknüpft, überprüft die Frage der materiellen, faktischen oder tatsächlichen Gleichstellung die *Wirkung* des Rechts auf die reale Stellung von Frau und Mann. Die formelle Gleichstellung will zwar an sich ebenfalls keine Unterschiede bewirken. Sie setzt jedoch ohne Weiteres voraus, dass die formelle Gleichbehandlung Benachteiligungen verhindern könne. Sie beachtet nicht, dass infolge unterschiedlicher (geschlechterbedingter) Lebensbedingungen sich Regelungen unterschiedlich auswirken können. Sie verfestigt damit solche Unterschiede tendenziell und löst sie nicht auf. Die formelle Gleichstellung kontrolliert das Ergebnis nicht, auch nicht darauf, ob das Diskriminierungsverbot eingehalten ist, wogegen die materielle Gleichstellung das Ergebnis zum massgeblichen Kriterium für die Wahl der Mittel, d.h. den Inhalt der Regelung, macht. Formelle Gleichbehandlung ist infolge des an das natürliche Geschlecht anknüpfenden Gleichstellungsgebotes bzw. des damit verbundenen Differenzierungsverbotes von Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV blind gegenüber sozialen Geschlechterdifferenzen, während die materielle Gleichstellung die sozialen Unterschiede für Frauen und Männer aufnimmt und sie durch eine entsprechend spezifische Regelung *kompensiert*, sobald sie entscheidenden Einfluss auf die Erreichung des angestrebten Regelungsziels haben. Im Gegensatz zum Differenzfeminismus (auch kultureller oder relationaler Feminismus genannt²⁸) will die liberal ausge-

24 Im Sinne: "Jetzt haben sie, was sie wollten, was wollen sie denn jetzt noch?!"

25 Siehe dazu allgemein REGULA KÄGI-DIENER, Herausforderung Gender: Geschlechtergerechtes Recht im föderalistischen Staat, Lachen/St. Gallen 2003, 49 ff. Vor allem das GIG benötigte umfangreichste Vorarbeiten.

26 Siehe Botschaft CEDAW (FN 13), 2 und 26 ff.

27 PETER HÄNNI, Grenzen der Gleichberechtigung von Mann und Frau nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: PETER HÄNNI (Hrsg.), Mensch und Staat, Festschrift für Thomas Fleiner, Fribourg 2003, 331 f.; MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, Justitias Waage – wagemutige Justitia?, Basel/Genf/München 2003, N. 679; neustens BGE 131 II 361 ff., 383; REGULA KÄGI-DIENER, Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichts betreffend Erwerbsquoten, AJP/PJA 2006, 107 ff.

28 Siehe SUSAN EMMENEGGER, Feministische Kritik des Vertragsrechts. Eine Untersuchung zum schweizerischen Schuldvertrags- und Eherecht, Fribourg 1999, 14.

richtete materielle Gleichheitstheorie die unterschiedlichen Verhältnisse für Frauen und Männer nicht beibehalten und adäquat gestalten, sondern letztlich allen, Frauen wie Männern, zu einer gleichen Stellung verhelfen.

b) Die unterschiedlichen Ebenen der Gleichstellung

Mit der formellen Gleichstellung korreliert die Vermeidung der direkten Diskriminierung, d.h. der nicht zu rechtfertigenden Ungleichbehandlung, die direkt an das Geschlecht²⁹ anknüpft. Die formelle Gleichstellung bzw. die Frage der direkten Diskriminierung betrachtet stets den *Einzelfall*, und die Prüfung auf formelle Gleichstellung lässt sich in individuellen Fällen unmittelbar und einfach einsetzen. Lässt sich eine formelle *Ungleichbehandlung* rechtfertigen, wirkt sie als Ausnahme vom individuellen Anspruch auf formelle Gleichstellung. Die materielle Gleichstellung ihrerseits korreliert hauptsächlich mit der Vermeidung der indirekten Diskriminierung: Diese entscheidet sich nach der Frage, ob sich trotz formeller Gleichbehandlung im Ergebnis eine individuelle Benachteiligung ergibt, welche für die gesamte weibliche Vergleichsgruppe die Schlechterstellung bestätigt, die dem Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV) zugrunde liegt.³⁰ Die indirekte Diskriminierung muss immer mit statistisch relevanten ungleichen Verhältnissen arbeiten, während die direkte Diskriminierung sofort und anhand der Regelungsnorm erkennbar ist. Im Einzelfall führt die materielle Gleichbehandlung in eine Situation, welche die Grunddiskriminierung, die auf der Gruppenzugehörigkeit basiert, für diesen Fall überwindet und im Effekt die Gleichbehandlung auch der Gruppe ein Stück weiter bringt.³¹ Unter dem Gesichtswinkel der materiellen Gleichstellung bzw. des Umstandes, wie sich ein Entscheid im Ergebnis auswirkt, ist die Ausgleichs- bzw. Kompensationsregelung keine Ausnahme, sondern direkt zielführend für die Herstellung der individuellen Gleichheit. Das Anliegen der materiellen Gleichbehandlung, das sehr viel stärker die diskriminierungsgefährdete Gruppe einbezieht, sprengt deshalb die Beschränkung auf den Einzelfall, die für das justizielle Verfahren typisch ist.³² Bei der Gleichheit des Art. 8 Abs. 3 BV, die sich mit der Diskriminierungsfrage gemäss Art. 8 Abs. 2 BV vermengen kann, muss man sich deshalb bewusst sein, dass Gleichheitsfragen sich auf unterschiedlichen Ebenen – einerseits der individuellen, andererseits der sozialen Ebene – bewegen. Die Herstellung der individuellen Gleichheit darf jedoch nicht auf Kosten der gruppenorientierten Gleichheit gehen oder darf, anders gesagt, nicht die Diskriminierungssituation verschärfen, welche in Art. 8 Abs. 2 BV verboten ist. Auch der individuelle Entscheid muss sich in den Dienst einer Verbesserung oder Entschärfung der Situation der Gruppe stellen. Mit anderen Worten, bei der Herstellung von Gleichheit unter Geschlechtern ist auch im Einzelfall stets das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV zu beachten. Nur ein solches Verständnis wird dem Art. 8 als umfassendes Gleichheitsgebot gerecht. Die unterschiedlichen Ebenen bilden

ein stimmiges Ganzes. Sie sind deshalb bei der Anwendung miteinander zu harmonisieren,³³ und das latente Spannungsfeld zwischen formeller und materieller Gleichstellung ist in diesem Sinne aufzuheben.³⁴ Die Dichotomie zwischen formeller und materieller Gleichheit ist im Interesse der Sache selber – einer gerechten diskriminierungsfreien Rechtswirklichkeit – zu überwinden.

c) Materielle und formelle Gleichstellung in der CEDAW und im GIG

Die CEDAW nimmt die materielle Gleichstellung im Text mehrfach auf: So erklärt bereits Art. 1 CEDAW, alle "mit dem Geschlecht begründete Unterscheidung, Ausschliessung oder Beschränkung", welche die Beeinträchtigung der Frauen "zur Folge" hat, bekämpfen zu wollen, und namentlich Art. 4 CEDAW spricht von der Herbeiführung der "De-facto-Gleichstellung". Der Bundesrat bezeichnete in seiner Botschaft die CEDAW entsprechend als "internationalen Beitrag zur tatsächlichen Gleichstellung", was zugleich ein "vordringliches Anliegen der schweizerischen Rechtspolitik" und ein "zentrales Ziel der schweizerischen Aussenpolitik" darstelle. Und er machte auch den politischen Willen aus, "die tatsächliche Gleichstellung von Frau und Mann zu fördern".³⁵ Das GIG ist als Ausführungsgesetz zu Art. 4

29 Formelle und materielle Gleichstellung kann auch unter anderen Kriterien betrachtet werden, welche soziale Gruppen charakterisieren, beispielsweise im Rahmen der Rassendiskriminierung unter unterschiedlichen ethnischen Merkmalen. Das Geschlecht ist aber im Rahmen der CEDAW und des GIG das massgebliche Kriterium, so dass wir uns darauf beschränken.

30 Die materielle Gleichstellung lässt sich auch im individuellen Kontext allein betrachten, doch lassen wir diesen Fall hier weg, weil er im Zusammenhang mit der Geschlechtergleichstellung untergeordnet ist.

31 Damit wird allerdings der Anspruch auf Gleichbehandlung nicht "kollektiviert", vgl. zu dieser Debatte: ELISABETH FREI-VOGEL, Komm. zu Art. 3 GIG N. 161 ff., in: MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER/CLAUDIA KAUFMANN (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Basel/Frankfurt a.M., 1997.

32 Immerhin sei darauf aufmerksam gemacht, dass gerade bei verfassungsmässigen Individualrechten im Rahmen der Prüfung einschränkender öffentlicher Interessen ebenfalls von der individuellen auf die allgemeine Ebene gewechselt werden muss.

33 Dazu KÄGI-DIENER, Bemerkungen (FN 27), 110.

34 Ähnlich spricht MADER (FN 11), 18 sowie 19, Fn. 15 in Anschluss an CHARLES-ANDRÉ MORAND, L'érosion jurisprudentielle du droit fondamental à l'égalité entre hommes et femmes, in: L'égalité entre hommes et femmes – Bilan et perspectives, Lausanne 1988, 77 ff., insbes. 85, von einem Spannungsfeld zwischen *positiven* und *negativen* Komponenten des Gleichheitsgrundsatzes. Die positiven Komponenten führen zur materiellen, die negativen v.a. zur formellen Gleichheit.

35 Botschaft CEDAW (FN 13), 2.

Abs. 2 zweiter Satz aBV (heute Art. 8 Abs. 3 zweiter Satz BV) konzipiert, welcher den Gesetzgeber beauftragte, nicht nur für die rechtliche, sondern namentlich auch für die *tatsächliche* Gleichheit zu sorgen. Dies geschah, wie LUZIUS MADER bereits 1995 ausführte, "im Wissen darum, dass die Garantie der formellen Gleichbehandlung von Männern und Frauen nur einen Teilbeitrag zur Verwirklichung des Gleichheitsgrundsatzes leisten kann".³⁶ MADER wies in diesem Zusammenhang ausdrücklich darauf hin, dass in *beruflichen Belangen* die Unterschiede noch "sehr gross" seien, vor allem sei es für Frauen "erheblich schwieriger, in verantwortliche Positionen vorzustoßen".³⁷ Das GIG erklärt denn auch "die Förderung der tatsächlichen Gleichstellung von Frau und Mann" zum Gesetzeszweck (Art. 1 GIG). Es präzisiert in Art. 3 Abs. 3, dass "angemessene Massnahmen zur Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung keine Diskriminierung darstellen". Dieser Bestimmung liegt mithin das Konzept der materiellen Gleichheit zugrunde. Es ist ihr die Vorstellung unterlegt, dass solche Massnahmen allenfalls Unterschiede für Frauen oder für Männer machen *müssen*. Sie erklären alsdann das Geschlecht zum Kriterium für die Anwendung der Massnahme, indem sie z.B. ausdrücklich oder indirekt Frauen bevorzugen oder Männer benachteiligen, weil dies gesamthaft gesehen der tatsächlichen Gleichstellung von Frauen und Männern dient. Obwohl man diesen Sachverhalt unter einer formellen Betrachtungsweise als eine Abweichung vom Differenzierungsverbot des Art. 8 Abs. 3 erster Satz BV sehen könnte, gibt der Gesetzgeber dem materiellen Gleichheitskonzept den Vorzug, weist die Rechtsanwendenden ebenfalls dazu an und verneint eine Konfligenz. Damit schafft Art. 3 Abs. 3 GIG die Möglichkeit, Beeinträchtigungen von Frauen wirkungsvoll und differenziert anzugehen.

d) Ausrichtung auf die Diskriminierung der Frauen

Die CEDAW ist sog. asymmetrisch und verlangt, dass die Diskriminierung der Frauen aufgehoben werde, ohne allfällige Diskriminierungssituationen für Männer anzusprechen. Das GIG dagegen ist symmetrisch auf beide Geschlechter anwendbar. Dies bedeutet allerdings nicht, dass in jedem Einzelfall sowohl Männer wie Frauen gleichermassen in den Genuss von Vorkehrungen kommen oder kommen müssen. Es bedeutet nur, dass angemessene Massnahmen sowohl für Männer wie für Frauen getroffen werden können, wenn dies der tatsächlichen Gleichstellung dient. Wird eine Massnahme zugunsten der Frauen getroffen (beispielsweise eine Quote zur Erhöhung des Anteils im Führungsgremium), kann sich demnach ein Mann nicht auf formelle Gleichstellung berufen, sondern muss nach Art. 3 Abs. 3 GIG das materielle Gleichheitskonzept gegen sich gelten lassen; die CEDAW stützt die Massnahme direkt. Wird eine Massnahme zugunsten der Männer getroffen (bspw. eine Quote zur Erhöhung des Anteils an Kindergärtnern), kann sich diese nicht auf die CEDAW, gegebenenfalls aber auf Art. 3 GIG stützen.³⁸

III. Rechtliches Verhältnis von CEDAW und GIG

1. Temporalrechtliches Verhältnis

Die CEDAW wurde nach Annahme durch das Parlament per 26. April 1997 in Kraft gesetzt, in einem Zeitpunkt, als das GIG, anwendbar seit 1. Juli 1996, bereits galt. Es spricht somit nach der allgemeinen temporalen Regel eine Vermutung dafür, dass die CEDAW dem GIG vorgeht. Zwar wurde bereits auf die enge inhaltliche Verknüpfung der beiden Rechtsgrundlagen hingewiesen. Trotzdem lässt sich daraus nicht ableiten, dass das GIG in einem Ausführungs- bzw. Konkretisierungszusammenhang mit der CEDAW steht, die CEDAW mithin durch das Gleichstellungsgesetz gewissermassen übersetzt wird und vor dem Hintergrund der nationalen Gesetzgebung zu interpretieren ist. Dies liegt einerseits am Umstand, dass sich Völkerrecht unabhängig vom Landesrecht entwickelt und jedenfalls neuere völkerrechtliche Auffassungen eigenständig Geltung beanspruchen. Es liegt aber auch am Grundsatz, dass Völkerrecht Landesrecht vorgeht.

2. Vorrang des Völkerrechts vor Landesrecht

a) Grundsätzliches

Bereits vor Inkrafttreten der totalrevidierten Bundesverfassung galt in der Schweiz die monistische Theorie, wonach – im Gegensatz zur dualistischen Auffassung – Staatsverträge mit ihrer Ratifikation Teil des schweizerischen Rechts werden. Sie bedürfen keiner besonderen Umsetzung mehr. Mit der Aufnahme von Völkerrecht ins Landesrecht öffnet sich die schweizerische Rechtsordnung sodann der internationalen Rechtsentwicklung. Die zunehmende Internationalisierung der Lebensverhältnisse führt zu einer stärkeren völkerrechtlichen Regulierung. Deren spezifische Weiterentwicklung im Rahmen völkerrechtlicher Durchsetzungs-, Kontroll- und Fortbildungsmechanismen bewirkt, dass heute das schweizerische Rechtsverständnis von internationalen Rechtsauffassungen durchdrungen und mit diesen verflochten ist.³⁹ Diese Ordnung zeichnet sich

36 MADER (FN 11), 13; siehe auch CHRISTINA HAUSAMMANN/ERIKA SCHLÄPPI, Menschenrechte und Frauenrechte: Das UNO-Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau und seine Bedeutung für die Schweiz, AJP/PJA 1995, 35.

37 MADER (FN 11), 15.

38 Diese Darstellung ist etwas zu einfach, weil indirekt durch die Irritierung der traditionellen Rollenverständnisse evtl. auch Verbesserungen für die Frauen erzielt werden können.

39 Siehe NICOLA MICHEL, L'imprégnation du droit étatique par l'ordre juridique international, in: THÜRER et al. (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, 63 ff., insbes. 68 ff., N. 23 ff.

gleichzeitig durch eine hohe Dynamik aus. Diese Dynamik nimmt das Gleichstellungsrecht nicht aus.

Im Kollisions- oder im Zweifelsfall ist das *Verhältnis* zwischen Völkerrecht und Landesrecht vom Vorrang völkerrechtlicher Normen vor dem Landesrecht beherrscht, heute aufgrund von Art. 191 BV. Damit entspricht das schweizerische Staatsrecht den Regeln der Art. 26 und 27 des Wiener Übereinkommens vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge (VRK).⁴⁰ Danach sind die Staaten gehalten, bindende völkerrechtliche Normen zu erfüllen und dürfen sich nicht auf innerstaatliches Recht berufen, um die Nichterfüllung eines Staatsvertrages zu rechtfertigen. Diese Grundsätze gelten im schweizerischen Recht unmittelbar, weil aufgrund des monistischen Verständnisses auch die VRK als schweizerisches Recht gilt.

Das Prinzip des Vorranges des Völkerrechts nimmt *alle Staatsorgane* in die Pflicht und ist deshalb vom Gesetzgeber bei der Gesetzgebung, von den Gerichten bei der Auslegung und von den Exekutivorganen bei der Anwendung sowie der übrigen Staatstätigkeit zu beachten. Das war schon unter dem Geltungsbereich der alten Bundesverfassung herrschende Lehre und Praxis,⁴¹ es gilt auch gemäss neuerer Rechtsprechung (BGE 125 II 425 mit Hinweisen). Bereits in seinem berühmten und viel diskutierten Entscheid BGE 99 Ib 39 (Schubert) bekannte sich das Bundesgericht grundsätzlich zu dieser Auffassung: Es sei zu vermuten, dass der Gesetzgeber sich an das Staatsvertragsrecht habe halten wollen. Im Zweifel sei das Landesrecht völkerrechtskonform auszulegen. Ist dies nicht möglich, dürfe eine völkerrechtswidrige Norm des Landesrechts im Einzelfall nicht angewendet werden.

b) Erhöhter Vorrang für Grundrechtsschutz

"Diese Konfliktregel drängt sich umso mehr auf", so führte das Bundesgericht in BGE 125 II 425 wörtlich aus, "wenn sich der Vorrang aus einer völkerrechtlichen Norm ableitet, die dem Schutz der Menschenrechte dient". Lediglich in denjenigen Fällen, in denen der Gesetzgeber einen Widerspruch zum internationalen Recht bewusst in Kauf genommen hat, könne unter Umständen eine andere Konfliktlösungsregel gelten. Der Entscheid liess offen, ob die im Fall Schubert (BGE 99 Ib 39 E. 4) geäußerte Ansicht aufrecht zu halten sei, dass es dem Gericht wegen des Anwendungsgebots für Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse⁴² nicht möglich sei, im Konfliktsfalle dem Völkerrecht den Vorrang zu gewähren. Wir bezweifeln, dass dies heute verfassungsmässig gerechtfertigt werden könnte, legt doch Art. 191 BV ausdrücklich fest, dass Bundesgesetze und Völkerrecht für die rechtsanwendenden Behörden (gleichermaßen) massgebend sind.

c) Vermutung in einzelnen Fällen

Hat der Gesetzgeber einen völkerrechtlichen Vertrag genehmigt und enthält dieser eine Norm, der einer bisherigen (schweizerischen) Bestimmung nicht entspricht, besteht die Vermutung, dass der Gesetzgeber der für die Schweiz neuen

(völkerrechtlichen) Norm den Vorrang geben will. Nur dies steht mit dem Gebot in Einklang, den Vorrang des Völkerrechts vor dem Landesrecht zu respektieren. Es gilt in diesem Fall praktisch zusätzlich die Regel, dass jüngeres (internationales) Recht dem älteren (schweizerischen) Recht vorgeht. Die Vermutung verdichtet sich, wenn es dem Gesetzgeber möglich ist, eine internationale Konvention mit *Vorbehalten* zu genehmigen, ein entsprechender Vorbehalt aber nicht angebracht wurde, oder wenn es um einen bilateralen Vertrag geht, der im Einzelnen ausgehandelt wurde.

d) Auf den Punkt gebracht

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Völkerrecht grundsätzlich Vorrang genießt; Völkerrecht, bei dem es um den *Schutz von Menschenrechten* geht, einen besonders strikten. Dieser Grundsatz muss unabhängig davon gelten, ob die Tragweite der völkerrechtlichen Norm dem Gesetzgeber bei der Ratifizierung bewusst war oder nicht. Konnte die Tragweite des internationalen Rechts der Schweiz bekannt sein und hat der Gesetzgeber es trotzdem genehmigt, ohne einen Vorbehalt anzubringen, so ist dessen Vorrang um so mehr gerechtfertigt. Da das in die schweizerische Rechtsordnung inkorporierte Völkerrecht sich sowohl durch die schweizerische als auch und vor allem durch die internationale Rechtsentwicklung in seiner Bedeutung verändert, konkretisiert und neuen Bedeutungen zugeführt werden kann, führt der Grundsatz des Vorranges von Völkerrecht eine über die schweizerischen Verhältnisse hinausweisende Dynamik ein und erzeugt im Laufe der Zeit neue Inhalte der Rechtsauffassungen, namentlich im Grundrechtsschutz. Dies gilt nicht nur bei Freiheitsrechten, sondern ebenso bei Gleichheitsrechten, beziehungsweise bei Fragen der Diskriminierung, sind sie doch grundlegende Ausprägungen von Gerechtigkeitsvorstellungen nicht nur im schweizerischen, sondern ebenso sehr im internationalem Raum.⁴³ Da die CEDAW ein Übereinkommen ist, das zum Zwecke der besseren Gewährleistung von Menschenrechten, und konkreter von Gleichheitsrechten, geschlossen und als solches von der Schweiz ratifiziert wurde, kann sie für sich einen besonders strikten Vorrang beanspruchen, und dies unabhängig davon, ob der Gesetzgeber bei der Genehmigung die Tragweite überblickte oder nicht. Lediglich in den Bereichen, in denen die Schweiz Vorbehalte angebracht hatte, nämlich

40 SR 0.111, in der Schweiz in Kraft seit 1990. Die dortigen Grundsätze entsprachen auch der früheren völkerrechtlichen Rechtsprechung, siehe gemeinsame Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz und der Direktion für Völkerrecht vom 26. April 1989, in: VPB 53.54, Ziff. II./4. (Stellungnahme BJ/DfV).

41 Stellungnahme BJ/DfV (FN 40), Ziff. IV/9–11.

42 Damals Art. 113 Ziff. 3 aBV, siehe heute aber Art. 191 BV, wonach Bundesgesetze und Völkerrecht für die rechtsanwendenden Behörden (gleichermaßen) massgebend sind.

43 Dazu etwa KÄGI-DIENER (FN 25), 10 ff.

beim Familiennamen (Art. 16 Abs. 1 lit. g CEDAW) und übergangszeitlich beim Güterrecht (Art. 15 Abs. 2 und 16 Abs. 1 lit. h CEDAW), dürfte anderes gelten.

B. Quoten im Erwerbsleben

I. Quoten im Regelungsfeld der CEDAW und des GIG

1. Massnahmen als Instrument der tatsächlichen Gleichstellung

a) CEDAW

Wir haben bereits aufgezeigt, dass sowohl das Gleichstellungsgesetz als auch die CEDAW von der Zielsetzung getragen sind, die tatsächliche Gleichstellung (im Erwerbsleben) einen Schritt weiter zu bringen.⁴⁴ Sie sind damit beide Ausdruck eines konstitutiven Grundrechtsverständnisses. Die CEDAW scheint dabei imperativer, auch imperativer als Art. 8 Abs. 3 zweiter Satz BV, welcher die Basis für das GIG darstellt. Sie wiederholt mehrfach die Verpflichtung der Vertragsstaaten, "alle geeigneten Massnahmen" zu ergreifen.⁴⁵ Festzuhalten ist, dass ihre Ausdrucksweise sich deutlich von der Einräumung formeller durchsetzbarer Rechtsansprüche abhebt. Solche Ansprüche werden offenbar als *eine*, aber nicht die einzige Art von Massnahme gesehen: So sprechen Art. 2 lit. f und Art. 3 von "allen geeigneten Massnahmen *einschliesslich gesetzgeberischen Massnahmen*". Art. 11 Abs. 1 CEDAW verlangt für das Berufsleben *alle geeigneten* Massnahmen, um die effektive Rechtsausübung zu gewährleisten. Gemäss Art. 4 CEDAW können "zeitweilige Sondermassnahmen (...) zur beschleunigten Herbeiführung der De-facto-Gleichberechtigung" ergriffen werden. Die CEDAW verlässt damit das traditionelle Instrument der Rechtsgestaltung, welche vorab in liberalen Rechtssystemen den Betroffenen die Last der gerichtlichen Durchsetzung auferlegt, und nimmt die staatlichen Exponentinnen und Exponenten verstärkt in die Pflicht. Sie wird damit zugleich auch politischer.⁴⁶

b) GIG

Ähnlich, wenn auch weniger detailliert, legt Art. 3 Abs. 3 GIG fest, dass "angemessene Massnahmen zur Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung" keine Diskriminierung darstellen. Das Gesetz setzt damit das Bestehen "angemessener Massnahmen" voraus und erlaubt sie gleichzeitig. Bei den Vorarbeiten zum GIG war ersichtlich und von der UNO überdies angemahnt worden, dass ohne Förderungsmassnahmen der Verfassungsauftrag nicht erfüllt werden kann.⁴⁷ Dem hat Art. 3 Abs. 3 GIG Rechnung getragen. Nach MADER sucht das GIG die faktische Diskriminierung abzubauen, *ohne* selber positive Massnahmen vorzusehen.⁴⁸ Daraus muss man folgern, dass die Massnahmen nicht vom Gesetzgeber (allein), sondern namentlich von anderen Ak-

teurinnen und Akteuren getroffen werden können, und dass der Gesetzgeber davon ausging, dass diese anderen Akteurinnen und Akteure solche Massnahmen auch treffen würden. Für diesen Fall stellt das Gesetz die "angemessenen Massnahmen" in einen Zusammenhang mit dem formellen Gleichbehandlungsgebot, indem es ihren Diskriminierungscharakter verneint. Nur mit einer solchen Interpretation lässt sich der Bestimmung vor der Aussage MADERs eine sinnvolle Bedeutung zuordnen.

2. Quoten als Sondermassnahmen

Bei "Massnahmen" ist vorab an so genannte "positive Massnahmen" zu denken. Man versteht darunter Förderungsmassnahmen, die ergriffen werden, um – soweit Mann und Frau betrachtet werden – die statistisch nachweisbar schlechtere Stellung der Frauen zu verbessern und gegebenenfalls an diejenige der Männer anzugleichen. Es handelt sich dabei gemäss JULIANE KOKOTT und PATRICIA EGLI um alle jene Massnahmen, die zum Ziel haben, die Gleichstellung von Frau und Mann in irgend welchen Lebensbereichen zu verbessern,⁴⁹ wobei zu präzisieren ist, dass hier auch die geschlechtergruppenorientierte Ebene mit einbezogen ist, d.h. es um materielle Verbesserungen geht. Im Berufsleben reichen positive Massnahmen anerkanntermassen von gezielter Berufsberatung bis zu Quoten.⁵⁰ Positive Massnahmen werden nicht als Privilegierung betrachtet, die eine Diskriminierung der anderen Geschlechtergruppe bewirkt, sondern sie werden unter ihrem Ausgleichs- oder Kompensationsaspekt erfasst.⁵¹

Ausgleichsmassnahmen sind als solche nicht grundsätzlich umstritten. Eine Ausnahme machen nur Quotenregelungen zur Verbesserung des Geschlechterverhältnisses.⁵²

44 Oben Ziff. A./II.4.

45 So etwa in Art. 2 lit. e und f, Art. 3, Art. 5 (für das soziale Rollenverständnis), Art. 7 (im politischen Bereich), Art. 10 (im Bildungsbereich), Art. 11 Abs. 1 (im Berufsleben).

46 Mit diesem Begriff ist allerdings vorsichtig umzugehen: Wir bezeichnen ihn als "(rechts-)politisch", weil er nicht recht auf die traditionelle juristische Anspruchskonzeption passt.

47 Siehe CLAUDIA KAUFMANN, Hintergrund und Entstehung des Gesetzes, in: BIGLER-EGGENBERGER/KAUFMANN (FN 31), 11, unter Hinweis auf den so genannten Lohngleichheitsbericht; siehe auch Botschaft GIG (FN 8), 23 unten.

48 MADER (FN 11) 19 f.

49 JULIANE KOKOTT/PATRICIA EGLI, Rechtsfragen zu positiven Massnahmen in Staat und Unternehmen, in: AJP/PJA 2000, 1486.

50 KOKOTT/EGLI (FN 49), 1486; MARIANNE SCHWANDER CLAUS, Verfassungsmässigkeit von Frauenquoten, Berner Diss 1995, 10 f.; ANDREAS AUER, Les mesures positives et l'art. 4 al. 2 Cst., AJP/PJA 1993, 1336 ff.

51 SCHWANDER CLAUS (FN 50), 5.

52 Dagegen sind Quotierungen anderer Repräsentanzen (Sprachegebiete, politische Parteien u. dgl.) in der schweizerischen Praxis gängig und wenig hinterfragt, siehe auch

Geschlechterquoten geben Zielgrössen für den Anteil eines Geschlechts für bestimmte berufliche (oder politische oder anderweitig bedeutsame) Positionen vor, um den Entscheidungsprozess, bei dem es um die Bestellung einer oder mehrerer entsprechender Positionen geht, auf die Erreichung dieser Zielgrössen hin zu bestimmen.⁵³ Sie können unterschiedliche Verbindlichkeit haben, dienen aber stets der *systematischen* Verbesserung des zahlenmässigen Gleichgewichts zwischen den Geschlechtern. Mit Quoten können (vor allem) ausserrechtliche Barrieren und Nachteile, die sich oft unbemerkt einschleichen und die Erreichung der tatsächlichen Gleichstellung verhindern, ausgehebelt werden.

Geschlechterquoten lassen sich, wie alle positiven Massnahmen, nicht auf Art. 8 Abs. 3 erster Satz BV stützen, weil dieser nach der Rechtsprechung ein Differenzierungsverbot enthält, das nur in Einzelfällen Abweichungen zulässt, wenn sie aus biologischen (oder funktionalen⁵⁴ – ?) Gründen geboten erscheinen. Positive Massnahmen und Geschlechterquoten im Besonderen knüpfen aber an die Tatsache der gesellschaftlichen und strukturellen Andersbehandlung an. Sie werden generell verhängt und sind deshalb typische *Regelungstatbestände*. Entsprechend hat das Bundesgericht in BGE 131 II 376 E. 5.4. festgestellt, dass Geschlechterquoten gemäss Art. 8 Abs. 3 zweiter Satz zulässig (admissibles) seien.⁵⁵

Gelegentlich werden (Geschlechter-)Quoten deswegen als unzulässig betrachtet, weil sie "ergebnisbezogen" sind (so etwa BGE 123 I 152 E. 5b, Solothurner Quotenentscheid). Es ist indessen nicht erklärbar, weshalb eine zielführende Massnahme wegen hoher Wirksamkeit unrechtmässig werden soll, kann es doch nur der Sinn einer normativen Ordnung wie des Rechts sein, die Lebensumstände effizient zu steuern, das heisst, eine Veränderung der sozialen Verhältnisse in Richtung der gesetzlichen Modellvorstellung auch tatsächlich zu bewirken.⁵⁶

3. Mechanismen, welche es für die Gleichstellung im Erwerbsleben zu kompensieren gilt

Besonders in einflussreichen beruflichen Stellungen sind die Frauen nach wie vor stark untervertreten. Gemäss dem dritten statistischen Bericht "Auf dem Weg zur Gleichstellung" gehörten 7,5% der Männer zu den Führungskräften, aber nur 3,2% der Frauen; Hilfsarbeiten verrichteten 4,2% der Männer, dagegen 8% der Frauen.⁵⁷ Dies ist nicht zuletzt den *Bildern* zuzuschreiben, welche die Gesellschaft und die Entscheidungsbefugten sich von Frauen und Männern machen. Im Berufsleben herrschen noch weitgehend Vorstellungen vor, dass führende Köpfe am besten von Männern gestellt werden können, man spricht vom "Think-manager-think-men-Phänomen".⁵⁸ Ein wesentliches Hindernis für den Aufstieg von Frauen ist auch der Umstand, dass Männer für Schlüsselpositionen tendenziell Männer nachziehen: Weil das Führungskader eines Unternehmens oder Betriebs häufig eine relativ homogene Gruppe mit über-

einstimmenden Normen, Werten und Fähigkeiten bildet, wählen sie unbewusst oder bewusst neu hinzukommende Mitglieder mit ähnlichen Normen, Werten und Fähigkeiten aus. Dies gibt ihnen nicht nur eine individuell erfahrbare Vergleichsbasis, sondern mit der gesuchten Gleichheit wird auch Sympathie geschaffen, was eine Bestätigung für die eigene Person und eine Minimierung von Konfliktfeldern bedeutet.⁵⁹ In der maskulinen Kultur traditioneller Führungsgremien passen deshalb Frauen vor dem Hintergrund ihrer tatsächlich oder vermeintlich unterschiedlichen Sozialisation schlecht hinein und erhöhen das Risiko von Spannungen innerhalb der Führungsetage. Auch dieses Phänomen der Reproduktion von Eigenbildern stellt einen wirksamen tatsächlichen Hinderungsgrund für den Aufstieg von Frauen in verantwortliche Positionen dar. Ihm ist allein mit dem justiziellen Individualanspruch auf formelle Gleichbehandlung nicht beizukommen. Die dargelegten Ausschlussmechanismen können hingegen mit einer Quote bis zu einem bestimmten Masse ausgeschaltet, und die damit verbundene Zurücksetzung durch die bis zur Erfüllung der Quote vorgesehenen Ansprüche kompensiert werden. Quoten werden deshalb als effizienteste Massnahme betrachtet, um die tatsächliche Gleichstellung von Mann und Frau herbeizuführen.⁶⁰

II. Quoten und Art. 3 Abs. 3 GIG

1. Zur Auslegung von Art. 3 Abs. 3 GIG

a) Grundsätzliches

Nach allgemeinen Regeln ist für die Auslegung einer Norm auszugehen vom Wortlaut der Bestimmung und zwar unter

TOMAS POLEDNA, Geschlechterquoten im Wahl- und Parlamentsrecht, in: KATHRIN ARIOLI (Hrsg.), Frauenförderung durch Quoten, Basel 1997, 139.

53 Dabei gibt es ganz unterschiedliche Konzepte von Quotenregelungen, siehe dazu SCHWANDER CLAUS (FN 50), 13 ff.; KATHRIN ARIOLI, Frauenförderungsmassnahmen im Erwerbsleben, Zürich 1992, 144 ff.; POLEDNA (FN 52), 163.

54 BIGLER-EGGENBERGER (FN 27), N. 172.

55 Allerdings nur, soweit sie dem Verhältnismässigkeitsprinzip entsprechen. Fixe Quoten seien vor diesem Grundsatz kaum zulässig.

56 Siehe auch KOKOTT/EGLI (FN 49), 1488; BGE 125 I 29 E. 3d aa).

57 Bundesamt für Statistik (Hrsg.), Auf dem Weg zur Gleichstellung? Frauen und Männer in der Schweiz, Dritter statistischer Bericht, Neuchâtel 2003, 41.

58 Siehe dazu etwa CATHERINE MÜLLER/GUDRUN SANDER, Gleichstellungs-Controlling, Zürich 2005, 164.

59 Vgl. dazu MÜLLER/SANDER (FN 58), 164.

60 So etwa SONJA STRAHM, Quotenregelung im europäischen und im schweizerischen Recht, in: N. REFAÏL/K. SIEGWART/S. STRAHM/E. BAUMGARTNER, Die Gleichbehandlung von Mann und Frau im europäischen und schweizerischen Recht. Ausgewählte Fragen, Bern 1997, 55.

dem Gesichtswinkel, wie er von den Gesetzesadressatinnen und -adressaten verstanden werden kann. Lässt sich dem Wortlaut der Sinn nicht zweifelsfrei entnehmen und sind verschiedene Auslegungen möglich, so ist nach seiner wahren Tragweite zu suchen, indem verschiedene Auslegungselemente berücksichtigt werden. Dabei kommt es namentlich auf den Zweck der Regelung, die dem Text zu Grunde liegende Wertung sowie auf den Sinnzusammenhang (Systematik) an, in dem die Norm steht.⁶¹ Bei jungen Bestimmungen spielt die entstehungsgeschichtliche (historische) Auslegung eine grössere Rolle, je älter die Bestimmung ist, umso mehr treten andere Elemente in den Vordergrund und die inzwischen eingetretene (Rechts-)Entwicklung gewinnt an Bedeutung. Art. 3 Abs. 3 GIG lautet: "Angemessene Massnahmen zur Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung stellen keine Diskriminierung dar". Der Text wird unterschiedlich verstanden, wobei hier vor allem interessiert, ob Geschlechterquoten zur Verbesserung des Geschlechterverhältnisses angeordnet werden können und ob die Bestimmung sie gegen den Einwand der Diskriminierung schützt.

b) Massnahmen durch öffentliche Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen – historische und gesetzessystematische Aspekte von Art. 3 Abs. 3 GIG

In der Debatte zu Art. 4 Abs. 2 aBV, mit dem der Auftrag zum GIG erteilt wurde, mahnte Nationalrat Ogi, es könne "langfristig nicht einfach nur um die Beseitigung der rein rechtlichen Benachteiligungen gehen", sondern es seien "auch gezielte Massnahmen zu ergreifen, (...) um die faktische Benachteiligung aufzuheben".⁶² Er rührte damit offenbar an einem Tabu. Bereits in der Botschaft zum GIG sah sich der Bundesrat veranlasst, die Befürchtungen zu dämpfen, Art. 3 Abs. 3 führe Quoten ein: "Er (der Absatz) präjudiziert die Verfassungsmässigkeit allfälliger Förderungsmassnahmen (...) nicht und bildet auch keine gesetzliche Grundlage für solche Massnahmen."⁶³ Die Bestimmung wolle vor allem verhindern, dass Massnahmen, die ein Arbeitgeber ergreife, um den Anteil der Frauen in seinem Unternehmen zu erhöhen bzw. deren Stellung zu verbessern als diskriminierend im Sinne von Art. 3 (offenbar Abs. 1) betrachtet würden.⁶⁴ Weder aus den bundesrätlichen Ausführungen noch aus der Bestimmung selber ergibt sich ein Hinweis darauf, dass *nur private Arbeitgeber* gemeint sein könnten. Gemäss MADER allerdings war dies der Fall.⁶⁵ Das Bundesgericht schloss sich ohne Rückgriff auf andere Auslegungselemente im Quotenentscheid Balmelli (BGE 131 II 361, 387 f. E. 7.5) dieser Auffassung an.⁶⁶ Geht man auf den Sinnzusammenhang der Bestimmung ein, scheint indessen unklar, wie sich Art. 2 GIG mit einem solchen Verständnis von Art. 3 Abs. 3 GIG vertragen könnte. Art. 2 GIG erklärt nämlich den Abschnitt des GIG über Gleichstellung im Erwerbsleben ausdrücklich auf öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse *anwendbar*. Für die Unterstellung des öffentlichrechtlichen Arbeitgebers unter Art. 3 Abs. 3

GIG spricht auch die Aussage des Bundesrats in seiner Botschaft zu Art. 4 Abs. 2 aBV, dass der Verfassungsauftrag auf Herstellung der materiellen Gleichstellung alle staatlichen Organe angeht und alle staatliche Tätigkeit betrifft: "Auch wenn der Verfassungsgeber nur den Gesetzgeber anspricht, entbindet das die rechtsanwendenden Behörden (Verwaltung, Richter) selbstverständlich nicht von der Pflicht, dem Geschlechtergleichheitsgebot in den Schranken ihrer Zuständigkeit (...) zum Durchbruch zu verhelfen".⁶⁷ Dies entspricht dem heutigen Art. 35 Abs. 2 BV. Endlich ist zu vermerken, dass das GIG den Boden für die Ratifizierung der CEDAW vorbereiten sollte, und diese nimmt die Staaten und ihre Exponenten verstärkt in die Pflicht. Auch dieser Zusammenhang spricht dafür, öffentliche Arbeitgebende als Initianten von Massnahmen einzuschliessen.

c) Quoten als "Massnahmen" im Sinne von Art. 3 Abs. 3 GIG

Der Zweck des GIG ist, wie mehrfach ausgeführt, die Förderung der tatsächlichen Gleichstellung. Ähnlich wie Nationalrat Ogi bei der Beratung des Geschlechtergleichheitsartikels⁶⁸ gab der Bundesrat in der Botschaft zum GIG zu bedenken: "Die Notwendigkeit, die tatsächliche Gleichstellung zu fördern, kann Massnahmen erfordern, die Frauen (...) an jenen Arbeitsplätzen bevorzugt berücksichtigen, wo sie noch stark untervertreten sind."⁶⁹ Damit können vernünftigerweise nur *quantitativ wirkende Vorzugsbehandlungen* gemeint sein, denn nur diese wenden sich gegen die (zahlenmässige) Untervertretung. Und was gibt es da (kurzfristig) anderes als Quotierungen?⁷⁰ Verschiedene Lehrmeinungen wollen entsprechend Art. 3 Abs. 3 GIG all-

61 BGE 130 II 53 E. 3.2.1.; 125 II 291 f., je mit Hinweisen.

62 AB N 1980 I, 655, dazu: STRAHM (FN 60), 54.

63 So auch MADER (FN 11), 26 unten.

64 Botschaft GIG (FN 8), 1298.

65 MADER (FN 11), 26. Er beruft sich auf ein Votum von Bundesrat Koller, dem gemäss FREIVOGEL (FN 31), 96, Fn. 225 zu N 170, allerdings nur Bedeutung für politische Quoten zuerkannt werden kann. Richtig scheint uns, dass, wie FREIVOGEL, a.a.O., ausführt, das Gesetz jedenfalls nicht aufgrund eines einzelnen Votums in den Beratungen "gegen seinen klaren Wortlaut, seine Systematik und Entstehungsgeschichte und gegen seinen Sinn und Zweck ausgelegt werden" kann.

66 Kritisch zum BGE 131 II 361: CHRISTA TOBLER, Quoten zum Dritten: Gesetzliche Grundlagen für Frauenförderungsmassnahmen und Entschädigungen für Diskriminierungen, in: recht 2005, 227; KÄGI-DIENER, Bemerkungen (FN 27).

67 Botschaft "Gleiche Rechte" (FN 4), 74.

68 Vorstehend lit. b.

69 Botschaft GIG (FN 8), 1298.

70 CHRISTA TOBLER, Quoten und das Verständnis der Rechtsgleichheit der Geschlechter im schweizerischen Verfassungsrecht, unter vergleichender Berücksichtigung der EuGH-Entscheidung Kalanke, in: ARIOLI (FN 52), 112, sieht darin "ein klares Bekenntnis zu Quotenregelungen".

gemein auf positive Massnahmen angewendet wissen, auch auf Quotenregelungen.⁷¹

Ob ein solcher Auftrag aus Art. 8 Abs. 2 zweiter Satz BV abgeleitet wird oder aus Art. 8 Abs. 3 erster Satz bzw. Art. 8 Abs. 1 BV,⁷² ist hier ohne Bedeutung. Denn jedenfalls kann er sich auf das Ziel des GlG stützen, in der gelebten Wirklichkeit Gleichstellung herbeizuführen.

d) Zusammenfassung

Zusammengefasst lässt sich Art. 3 Abs. 3 GlG aus historischen, systematischen und teleologischen Gründen so verstehen, dass positive Massnahmen, auch Quotenregelungen, von öffentlichen oder privaten Arbeitgebenden getroffen werden können, um bei der Besetzung von Stellen ein gewisses Gleichgewicht der Geschlechter im Sinne einer faktischen Gleichstellung zu erreichen. Ihrer Massnahme kann nicht entgegengehalten werden, sie verletze die Geschlechtergleichheit im Sinne von Art. 8 Abs. 3 erster Satz BV. Unzulässigkeit gilt nur, wenn die Massnahme nicht *angemessen* erscheint. Die Angemessenheit muss sich auf die *Gleichheitsfrage* beziehen. Das heisst, sie dürfte dann verletzt sein, wenn die Quote ohne triftige Gründe, die mit der Stelle selber zu tun haben, zu einer ungleichen, weil (deutlich) überproportionalen Berücksichtigung des einen oder anderen Geschlechts führen würde.⁷³

2. Zusätzliche gesetzliche Grundlage für die einzelne Quotenregelung

Das Bundesgericht behandelte die Quotenregelung im Fall *Balmelli* (BGE 131 II 361) als Abweichung vom Anspruch auf formelle Gleichstellung nach Art. 8 Abs. 3 erster Satz BV. Es unterstellte sie, wie Einschränkungen von (anderen) Grundrechten, gemäss Art. 36 Abs. 1 BV dem Erfordernis der gesetzlichen Grundlage. Sofern die Einschränkung schwerwiegend ist, ist nach dieser Vorschrift eine formellgesetzliche Basis erforderlich, im Übrigen genügt eine materiellgesetzliche Grundlage.

Gemäss herrschender Lehre ist die Schrankenlehre von Art. 36 BV auf Freiheitsrechte, aber nicht auf die Rechtsgleichheit, zugeschnitten.⁷⁴ Zu dieser Frage sei hier nicht (abschliessend) Stellung genommen. Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass Art. 3 Abs. 3 GlG *gerade für den hier interessierenden Fall, da vom formellen Differenzierungsverbot zugunsten der (materiellen) Geschlechtergleichheit durch positive Massnahmen abgewichen wird, eine Regelung trifft*. Art. 3 Abs. 3 GlG statuiert für diesen Fall mit dem Hinweis auf die Angemessenheit ("angemessene Massnahme") ausdrücklich, dass die Massnahme nur einer Verhältnismässigkeitsprüfung unterzogen werden soll. Der Gesetzgeber hat mit Art. 3 Abs. 3 GlG ein Stück weit für die tatsächliche Gleichstellung gesorgt, indem er Arbeitgebende ermächtigte, angemessene positive Massnahmen (unter anderem auch Quotenregelungen) zu treffen.

Ein weiterer Aspekt fällt hier auf: Selbst wenn man entgegen der herrschenden Lehre annehmen würde, Art. 36

BV sei (evt. analog) auch auf Einschränkungen der Rechtsgleichheit anzuwenden, hat der Gesetzgeber mit Art. 3 Abs. 3 GlG festgelegt, dass er positive Massnahmen nicht unter dem Aspekt der Diskriminierung, sondern unter dem Aspekt ihres Ausgleichscharakters behandelt wissen will. Es hat somit verbindlich angeordnet, dass von der diskriminierten Geschlechtergruppe aus gedacht werden soll. Er hat so der Rechtsanwendung Anweisung gegeben, wie das Spannungsfeld zwischen formeller und materieller Gleichheit bzw. zwischen Milderung der Diskriminierung und Absage an das Differenzierungsverbot anzugehen ist. Vor diesem Hintergrund erscheint es bei Quotenregelungen im Erwerbsleben obsolet zu entscheiden, ob es sich um einen schweren Eingriff in das formelle Gleichstellungsgebot handelt oder nicht.⁷⁵

Die Prüfung einer besonderen gesetzlichen Grundlage wird endlich unverstänglich, wenn das Geschlechtergleichstellungsgebot des Art. 8 Abs. 3 BV im Zusammenhang mit dem Geschlechterdiskriminierungsverbot des Art. 8 Abs. 2 BV gelesen wird: Es kann ja nicht sein, dass die Verfassung zur Beseitigung von Diskriminierungen verpflichtet, der öffentliche Arbeitgeber oder die öffentliche Arbeitgeberin diese Beseitigung jedoch nicht in die Wege leiten kann, weil der Gesetzgeber sich hierzu nicht oder noch nicht oder zu vage geäussert hat. Würde man solches annehmen, würde sich Art. 36 Abs. 1 BV in Widerspruch zu Art. 8 Abs. 2 und gleichzeitig zu Art. 35 Abs. 2 BV stellen. Eine harmonisierende Auslegung muss der Beseitigung der Diskriminierung den Vorrang zuerkennen und erlaubt keine (sinngemässe) Heranziehung von Art. 36 Abs. 1 BV.

III. Quoten und die CEDAW

1. Allgemeines zu Art. 4 (1) CEDAW

In der CEDAW findet sich keine Regelung, die ausdrücklich Quoten aufnimmt, doch verpflichtet sie, wie bereits

71 Neben TOBLER (FN 70) auch FREIVOGEL (FN 31), N. 170; KOKOTT/EGLI (FN 49), 1488 f.

72 So TOBLER (FN 66), 224; CHRISTA TOBLER, Von der Geschlechtergleichheit zur Rassendiskriminierung: Lehren aus Art. 4 Abs. 2 BV, in: WALTER KÄLIN (Hrsg.), Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung, Basel 1999, 95 ff., insbes. 105 f.; BIGLER-EGGENBERGER (FN 27), N 647.

73 Damit ist die Referenzbasis der prozentmässigen Festlegung angesprochen. So wäre es wohl ohne besondere Gründe nicht vertretbar, für eine Gattung von Positionen eine 50%-Geschlechterquote festzulegen, obwohl Frauen und Männern mit dem nötigen Berufsabschluss im Verhältnis 2:8 stehen.

74 RAINER J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 36 Rz. 7 mit Hinweisen; PASCAL MAHON, Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Zurich/Bâle/Genève 2003, Art. 36 N 4; RENÉ RHINOW, Die Bundesverfassung 2000. Eine Einführung, Basel 2000, 101.

75 Da Quotenregelungen generell-abstrakten Charakter haben, liegen bei öffentlichen Arbeitgebenden stets materiellgesetzliche Grundlagen vor.

dargelegt, die Staaten an verschiedenen Stellen, auch für das Erwerbsleben, zu "Massnahmen" aller Art. Art. 4 (1) CEDAW regelt im Besonderen *zeitweilige Sondermassnahmen* (temporary special measures), welche, wie aus der zweiten Hälfte des Absatzes offenbar wird, "ungleiche oder gesonderte Massstäbe" für Frauen und Männer einführen (können). Es sind demnach Massnahmen, welche sich nicht an die Grundsätze der formellen Gleichbehandlung halten; die Einhaltung der formellen Gleichheit ist nicht entscheidend, sondern ihr *Ziel*, die beschleunigte Herbeiführung der tatsächlichen Gleichstellung.

2. Die Verpflichtung des Staates, zeitweilige Sondermassnahmen zu ergreifen

Es kommt in der CEDAW nicht eine zurücknehmende Haltung zum Ausdruck, wonach Staaten Freiräume zu respektieren haben und nicht diskriminierend handeln dürfen, sondern die CEDAW weist den Staaten eine aktive Rolle zu.⁷⁶ Entgegen dem, was wir aus unserem traditionell liberalen Verständnis aus Art. 4 (1) CEDAW herauslesen könnten, statuiert der Artikel nicht nur eine Erlaubnis, sondern enthält eine *Verpflichtung*, zeitweilige positive Massnahmen zu ergreifen. Der CEDAW-Ausschuss hat dazu ausdrücklich festgehalten: "(...) the Committee considers that States parties are obliged to adopt and implement temporary special measures (...)"⁷⁷ Diese Verpflichtung zu entsprechenden Massnahmen geht auch aus der Verpflichtung zu Massnahmen gemäss Art. 2 CEDAW hervor. Sie findet sich etwa ähnlich in Art. 2 UNO-Pakt I.⁷⁸ Von verschiedenen UN-Gremien ist wiederholt festgehalten worden, dass der Menschenrechtsschutz, wie er von der UNO verstanden und statuiert wird, den Staat nicht nur anhalte, Schutzmassnahmen zu treffen, sondern zusätzlich positive Massnahmen.⁷⁹ So stellte der Menschenrechtsausschuss im General Comment über Nicht-Diskriminierung No. 18 fest, dass das Gleichheitsprinzip die Staaten u.U. verpflichtet, Sondermassnahmen (affirmative oder positive action) zu ergreifen, um Bedingungen zu beheben oder zu verhindern, die Ungleichheiten fortschreiben. Er hielt auch fest, dass damit Vorzugsbehandlungen verbunden sein dürfen.⁸⁰ Desgleichen verlangte der Menschenrechtsausschuss zusätzliche positive Massnahmen in allen Gebieten, um effektive und gleiche tatsächliche Teilhabe (Empowerment) insbesondere für Frauen zu erreichen.⁸¹ Es besteht mit anderen Worten bei den zuständigen Organen breiter Konsens, dass der UNO-Menschenrechtsschutz in ausgeprägter Weise eine *aktive und aktiv korrigierende Rolle* des Staates verlangt, deutlicher als die herkömmliche Rechtsauffassung in der Schweiz.

3. Quoten als zulässige zeitweilige Sondermassnahmen

Wo Massnahmen nötig sind, um Ungleichheiten zu korrigieren, liegt auch mit Bezug auf das UN-Pakt II keine Massnahme vor, welche Ungleichheit schafft oder sie ver-

schärft, vielmehr sind dann Differenzierungen legitim, auch Differenzierungen aufgrund des Geschlechts. Das hielt die UNO-Generalversammlung in ihrer 45. Session fest.⁸² Art. 4 (1) CEDAW schliesst sich daran an. Obwohl Quoten nicht erwähnt sind, sind sie unter den Begriff der Sondermassnahmen zu subsumieren.⁸³ Der CEDAW-Ausschuss (Committee for the Elimination of Discrimination against women) hat dies denn bereits mehrmals festgestellt und u.a. auch Quoten ausdrücklich empfohlen.⁸⁴

- 76 HANNA BEATE SCHÖPP-SCHILLING, Frauenpolitik in den Vereinten Nationen: Neue Herausforderungen, in: SABINE VON SCHORLEMER (Hrsg.), Praxishandbuch UNO, Berlin/Heidelberg/New York 2003, 267, spricht von der Verbindung eines *nicht-diskriminierenden*, eines *beschützenden* und eines *korrigierenden* Ansatzes, wobei Art. 4 (1) CEDAW korrigierend (= ausgleichend) wirkt.
- 77 General Recommendation No. 25, on article 4, par. 1 CEDAW, N.24, [http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20\(English\).pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20(English).pdf) (abgerufen 02.10.06); siehe sodann RIKKI HOLTMAT, Building Blocks for a General Recommendation on Article 4 (1) of the CEDAW Convention, in: INEKE BOEREFIJN/FONS COOMANS et al. (Hrsg.), Temporary Special Measures, Antwerp/Oxford/New York 2003, 230. Ähnlich der CEDAW-Ausschuss bereits 1988 in der General Recommendation No. 5, <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm#recom5> (abgerufen 02.10.2006).
- 78 GIORGIO MALINVERNI, Les Pactes dans l'ordre juridique interne, in: WALTER KÄLIN/GIORGIO MALINVERNI/MANFRED NOWAK, Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, 2. A., Basel 1997, 75.
- 79 FRANCES RADAY, Systematizing the application of different types of Temporary Special Measures under Article 4 of CEDAW, in: BOEREFIJN/COOMANS (FN 77), 39. Der Autor bejaht positive Massnahmen im Arbeitsleben vor allem im *öffentlichen* Sektor, während er im privaten Sektor Probleme mit der Wirtschaftsfreiheit sieht.
- 80 BOEREFIJN/COOMANS (FN 77), 232.
- 81 BOEREFIJN/COOMANS (FN 77), 233 oben unter Verweisung auf Official Records, A 55/40, vol. I, annex VI.B.
- 82 Official Records of the General Assembly, Forty-fifth Session, Supplement No. 40 (A/45/40), vol. I, annex VI. A., in: BOEREFIJN/COOMANS (FN 77), 233 (auch Fn 5).
- 83 FRANCES RADAY, Systematizing the application of different types of Temporary Special Measures under Article 4 of CEDAW, in: BOEREFIJN/COOMANS (FN 77), 39. Der Autor bejaht solche im Arbeitsleben vor allem mit Bezug auf den *öffentlichen* Sektor, während er im privaten Sektor Probleme mit der Wirtschaftsfreiheit sieht.
- 84 So bereits 1988 mittels der General Recommendation 5, siehe BOEREFIJN/COOMANS et al (FN 77), "Committee's approach to Article 4 Paragraph 1 of the Convention, United Nations Doc. CEDAW/C/2001/II/5, Ziff. III./B, 235; und vor allem aufgrund der 4. Weltfrauenkonferenz in Beijing 1995, Committee's Approach, a.a.O., Ziff. III./A./11; BOEREFIJN/COOMANS et al. (FN 76), 235.

4. Direkte Anwendbarkeit von Art. 4 (1) CEDAW

Der Bundesrat sprach in seiner Botschaft zur CEDAW von "meist programmatischen Verpflichtungen" des Übereinkommens,⁸⁵ offenbar ging er allerdings selber davon aus, dass die CEDAW auch direkt anwendbare Vorschriften enthält. Eine rein programmatische Wirkung wird dem Anliegen der CEDAW in der Tat nicht gerecht. Mit Grund rügte der CEDAW-Ausschuss deshalb in seinem Report zum 1. und 2. Staatenbericht der Schweiz, dass die Schweiz die CEDAW hauptsächlich als programmatisch auffasse.⁸⁶ Er sah darin mit Grund eine mangelhafte Möglichkeit für Frauen, ihre Rechte gerichtlich durchzusetzen. Art. 4 (1) CEDAW ist eine Bestimmung, die sich durchaus eignet, von Frauen vor Gericht angerufen zu werden. Hat nämlich der Staat oder haben Exponenten des Staates eine zeitweilige Sondermassnahme ergriffen, darf dieser Massnahme im Prozess nicht entgegengehalten werden, sie sei diskriminierend, d.h. verstosse gegen das (formelle) Gleichheitsgebot. Das heisst, dass die CEDAW im Erwerbsleben positive Massnahmen im öffentlichen Arbeitsverhältnis direkt schützt und sie jedenfalls keiner Prüfung auf das Differenzierungsverbot der formellen Gleichstellung (Art. 8 Abs. 3 erster Satz BV) unterstellt. In diesem Sinne begründet die Bestimmung Rechte für Frauen.

5. Einfluss von Art. 4 (1) CEDAW auf Art. 3 Abs. 3 GIG

Die Auslegung der CEDAW durch die UNO-Organen, vor allem durch den mit ihrer Umsetzung betrauten CEDAW-Ausschuss fliesst aufgrund des monistischen Prinzips direkt in das Rechtsverständnis ein, wie es in der Schweiz zu gelten hat. Das bedeutet, dass – selbst wenn Art. 4 (1) CEDAW nicht unmittelbar angerufen wird – Art. 3 Abs. 3 GIG nicht unabhängig, sondern zusammen mit Art. 4 (1) CEDAW zu verstehen ist. Die Rechtsauffassung, dass positive Massnahmen im öffentlichen Arbeitsverhältnis verpflichtend sind, dass sie zudem auch Quoten umfassen können und sollen und letztlich, dass rechtlich ihr Ausgleichscharakter den Ausschlag geben muss und ein allfälliger einschränkender Effekt (gegenüber Männern) für die rechtliche Bedeutung zurückfällt, muss jedenfalls dann gelten, wenn die Massnahme zugunsten von Frauen ergriffen wird. Eine völkerrechtskonforme, mit Art. 4 (1) CEDAW harmonisierende Auslegung von Art. 3 Abs. 3 GIG bestätigt, dass Quoten von staatlichen Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern grundsätzlich unter diese Bestimmung fallen.

Art. 3 Abs. 3 GIG ist sowohl auf öffentlich-rechtliche als auch auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse anwendbar. Er hat den hauptsächlichsten Sinn (generell-abstrakt) angeordnete positive Massnahmen zur Verbesserung der tatsächlichen Stellung des diskriminierten Geschlechts, in erster Linie von Frauen, zu ermöglichen, solange sie nicht unangemessen sind.

Die Ansicht, die Bestimmung ermögliche es nur privaten Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern, Quotenregelungen zu treffen, findet weder im Wortlaut noch in der Entstehungsgeschichte des GIG eine Stütze. Sie widerspricht sodann einem Verständnis, das aus dem Sinnzusammenhang schöpft. Bezieht man Art. 3 Abs. 3 GIG auf Art. 4 (1) CEDAW, lässt sich die Beschränkung auf Massnahmen (Quoten) durch Private vollends nicht halten. Art. 4 (1) CEDAW verpflichtet nämlich öffentlich-rechtliche Arbeitgebende, zeitweilige Sondermassnahmen zu treffen, und darunter fallen auch Quoten.

Art. 4 (1) CEDAW begründet für Frauen Rechte. Er kann von ihnen in gerichtlichen Prozessen direkt angerufen werden.

85 Botschaft CEDAW (FN 13), 2.

86 Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Twenty-eight session 13-31 January 2003, Draft report, consideration of reports of States parties Sitzerland (03-21671) unter: http://www.humanrights.ch/cms/pdf/030325_co_draft_cerd.pdf (abgerufen März 2003) Ziff. 20 und 21; siehe auch die deutsche Übersetzung des Auszugs des Berichts: <http://www.equality-office.ch/d2/dokumente/cedaw-ausschuss-d.pdf> (abgerufen 22.09.06), Ziff. 20 und 21.

Übersetzung

C. Konklusion

Das GIG ist in die Entwicklung des weltumspannenden Rechtsschutzes für Frauen eingebettet, wie er in der CEDAW prominent zum Ausdruck kommt. Das GIG ist daher nicht ohne Bezug auf die CEDAW zu verstehen.