

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

lich aufgeführten Bereiche wie Familie, Ausbildung und Arbeit, sondern für sämtliche gesetzlichen Regelungsmaterien.<sup>279</sup>

- 173 Dieses absolute formale Gleichheitsverständnis ist in den ersten Entscheidungen zum *Erziehungswesen*, zu den *öffentlichen Dienstleistungen*, zu den *politischen Rechten* bis hin zum *staatlichen Leistungsrecht* im Laufe der Jahre verfestigt worden, auch wenn immer deutlicher sichtbar geworden ist, dass sich mit dieser formalen Betrachtungsweise die *tatsächlichen, oft strukturbedingten und auf traditionellen Vorurteilen beruhenden* Benachteiligungen von Frauen nicht immer beseitigen lassen, hingegen oft zu deren Mehrbelastung führen.<sup>280</sup>

#### 1. Die Gleichstellung im Erziehungswesen

- 174 Die 70er Jahre waren geprägt von einem allgemeinen Willen, besonders im *Schul- und Ausbildungswesen* Gleichheit der Möglichkeiten zwischen Knaben und Mädchen herzustellen. Nach 1981 wurde diese Absicht verstärkt und schlug sich in den verschiedensten Revisionsbestrebungen zugunsten neuer Erziehungsgesetze auf kantonaler Ebene nieder. Die kantonale Gesetzgebung versuchte mit mehr oder weniger Erfolg, die bisher in wissenschaftlichen Fächern wie Mathematik, Chemie, Physik, aber auch in dem den Knaben vorbehaltenen sog. «Werken» benachteiligte Stellung der Mädchen zu verbessern und an die neue Verfassungsbestimmung anzugleichen. Aus der Sicht jener Zeit-epoche erwies sich denn auch der erste grundlegende bundesgerichtliche Entscheid zur *Gleichheit der Zulassungsbedingungen* von Mädchen und Knaben<sup>281</sup> für den Eintritt in die Mittelschulen zunächst geradezu als eine Art «Befreiungsschlag» vor allem für Frauen, die noch alle Nachteile und Schwierigkeiten des alten, grösstenteils auf die Geschlechterrollen fixierten Schulsystems erfahren hatten.

- 175 Im Entscheid BGE 108 Ia 22 aus dem Jahr 1982 ging es um folgenden Sachverhalt: In der Schulgesetzgebung des Kantons Waadt galten seit langem bestimmte Förderungsmassnahmen für den Übertritt von der

Grundschulstufe in das Collège (Progymnasium). Sie waren zunächst – angesichts der unterschiedlichen Stundenpläne (anstelle von wissenschaftlich-mathematischen Fächern Hauswirtschaft und Kochen für Mädchen) – zugunsten der Mädchen gedacht. Als es sich zeigte, dass nach Angleichung der Lehrpläne mehr Mädchen den Übertritt in das Collège schafften als Knaben, wurden die Zulassungskriterien zugunsten der Knaben geändert: Es gab zwei unterschiedliche Bewertungen, strengere für Mädchen, weniger strenge für Knaben.

Die kantonalen Schulbehörden hatten zu ihrer Rechtfertigung argumentiert, es habe sich gezeigt, dass Knaben (die dank der umstrittenen erleichterten Zulassung nunmehr ihrerseits in der Überzahl waren) im für den Übertritt entscheidenden Alter von 10 bis 11 Jahren grundsätzlich schlechter lernten als Mädchen. Das Gebot der Gleichbehandlung müsse daher *Massnahmen* zum Ausgleich der *Chancen* zulassen; Art. 4 Abs. 2 aBV verlange nicht, dass egalitäre Zustände auf Kosten einer wirklichen Gleichheit (*une véritable égalité*) hergestellt werden müssten.

Das Bundesgericht schloss sich dieser auf Herstellung von *Chancengleichheit* (diesmal zugunsten der Knaben) ausgerichteten Auffassung nicht an. Das Recht auf gleiche Bildung, wie es von Art. 4 Abs. 2 aBV sowie von verschiedenen kantonalen und internationalen Normen festgeschrieben werde, betreffe einen Rechtsbereich, der keine Ungleichbehandlung von Frau und Mann zulasse. Insbesondere gehe es nicht an, in Bezug auf die Chancengleichheit an angeblich physische und psychische Unterschiede im schulischen Verhalten der Geschlechter anzuknüpfen. Die neue Gleichheitsbestimmung habe nach dem Willen des Volkes eine andere Bedeutung als der bisherige Art. 4 aBV. Sie bezwecke – ohne nivellieren zu wollen – eine *absolute Gleichbehandlung* in allen rechtlichen und gesellschaftlichen Bereichen. Ausnahmen seien nur zugelassen, wenn sich solche wegen *biologischer oder funktioneller* Gründe zwingend aufdrängen würden.

Auch das Argument der *Verbesserung der Chancen* des einen Geschlechts auf Kosten des andern leuchteten dem Bundesgericht nicht ein. *Chancengleichheit* könne nichts anderes bedeuten, als in formeller Hinsicht Männer und Frauen in dieselbe rechtliche Situation zu versetzen. Im Erziehungswesen bedeute dies, dass jeder Schüler, jede Schülerin sich individuell auf eine rechtliche Gleichbehandlung berufen könne. Die vom Kanton vertretene Auffassung, wonach es auch um gleiche Chancen von Gruppen gehe, verkenne den *Individualcharakter* von Verfassungsrechten, die jedem Bürger, jeder Bürgerin zustünden und nicht auf die Veränderung der gesellschaftlichen Verhältnisse ausgerichtet seien.

279 BGE 126 I 1; 125 II 385 E. 3b; 124 II 529 E. 5d; u.a.

280 Vgl. THOMAS KOLLER, Besprechung von BGE 119 V 425 in AJP 1994, S. 1603. SCHULZ, AJP 1993, S. 1320; vgl. AUER, AJP 1993, S. 1340. Die rechtliche Gleichstellung von Frau und Mann z.B. im Sozialversicherungsrecht wird m.E. zu oft – in der Politik – unter dem Gesichtspunkt der Kostenfrage beurteilt. Gleichberechtigung ja, aber nur um den Preis der Kostenneutralität! Das hat zur Folge, dass Frauen effektiv durch die Gleichstellung (z.B. bei der Altersgrenze oder durch Abbau der Witwenrentenansprüche) benachteiligt werden.

281 BGE 108 Ia 22 = Pra 71 Nr. 144; vgl. neuerdings STAMPE, S. 238 ff.

179 *Bemerkung:* In diesem ersten grundlegenden Entscheid hat das Bundesgericht den Grundstein für sein weitgehend formales und damit in gewissem Sinne reduziertes Verständnis des Gebots der Gleichberechtigung von Frau und Mann gelegt. Das kam hier den Mädchen zugute, deren Lernverhalten sie besser als die Knaben für weiterführende Schulen vorbereitete. Es hat diese formale Betrachtungsweise in einem späteren Entscheid mit anderem Sachverhalt (dem zweiten Quotenentscheid) gegen Kritik in der Lehre bestätigt.<sup>282</sup>

180 Obwohl mit Blick auf die jahrzehntelange schulische Benachteiligung der Mädchen der Entscheid des Bundesgerichtes einzuleuchten scheint, wird er jedoch in verschiedener Hinsicht der *Realität* nicht gerecht. Es entspricht einer allgemeinen Erfahrung, auf welche die Waadtländer Behörden hingewiesen haben, dass sich eine *unterschiedliche Einstellung* zur Schule und *unterschiedliches Lernverhalten* der Mädchen und Knaben im Primarschulalter in entscheidenden Prüfungssituationen auf die beiden Geschlechter verschieden auswirken.<sup>283</sup> So sind Mädchen in der Unterstufe der Schulhierarchie in der Regel interessierter, fleissiger und arbeiten besser als Knaben. Umgekehrt scheinen pubertierende Mädchen gerade dann besondere Schulschwierigkeiten aufzuweisen, wenn es um die berufliche Entscheidung im 15. oder 16. Altersjahr geht. Wäre der Argumentation der kantonalen Behörden gefolgt und einer differenzierteren – letztlich allerdings wieder die Knaben begünstigenden – Lösung gefolgt worden, hätte sich das lange vorherrschende Ungleichgewicht zwischen den Geschlechtern erneut zulasten der Mädchen eingependelt. Gleich wie Knaben begabte (resp. benotete) Mädchen wären wiederum schulisch benachteiligt worden, was man kaum auf die Dauer hätte hinnehmen können.

181 Gleichgültig, ob es sich bei den genannten Unterschieden im Geschlechterverhalten um biologisch-psychologische Erscheinungen oder einfach um Sozialisierungsfolgen handelt, hat diese Problematik unterschiedlichen Schulverhaltens teilweise weitreichende Folgen für die zukünftige Weiterbildung und kann Anlass zu besonderen (Schutz-)Massnahmen geben. Das wäre grundsätzlich mit in die Überlegungen des Bundesgerichts einzubeziehen gewesen, um dem in Art. 4 Abs. 2 aBV enthaltenen umfassenden Gebot, materielle Gleichheit herzustellen,

282 BGE 125 I 21 E. 3b: Urner Quotenentscheid; vgl. HANGARTNER, AJP 1997, S. 1031 ff., der diese enge formale Betrachtungsweise gutheisst. Vgl. die kritische Auseinandersetzung damit u.a. von TOBLER, Quoten, S. 115 ff.

283 Vgl. MANTOVANI VÖGELI, S. 103 ff., 106 f.

gerecht zu werden und um den Anwendungsbereich des Gleichstellungsgebots nicht von Anfang an auf die formale Betrachtungsweise einzuengen.

In einem weiteren Entscheid von 1986<sup>284</sup> beschwerte sich eine Mutter mit zwei schulpflichtigen Töchtern über die Revision eines kantonalen Schulgesetzes, welches die Schulbehörden ermächtigte, für Knaben und Mädchen *gleichwertigen Unterricht* vorzusehen. Die Beschwerdeführerinnen waren der Auffassung, eine bloss gleichwertige Ausbildung genüge nicht, um den verfassungsmässigen Anspruch der Mädchen auf gleiche Möglichkeiten, somit auf gleiche Chancen in der schulischen Bildung durchzusetzen. Den Behörden des Kantons Nidwalden warfen Mutter und Töchter vor, mit dieser Einschränkung eines nicht absolut gleichen Unterrichts an den überlieferten Rollen festhalten und damit die Mädchen benachteiligen zu wollen.

Dieser Auffassung widersprach zunächst das Obergericht des Kantons Nidwalden. Es vertrat die Auffassung, nicht jede ungleiche Behandlung von Knaben und Mädchen bei der Lehrplangestaltung widerspreche von vornherein Art. 4 Abs. 2 aBV, selbst wenn die Unterscheidungen einzig durch die Zugehörigkeit zum einen oder andern Geschlecht bedingt sein sollten.

Das Bundesgericht differenzierte insoweit, als eine geschlechterbedingt unterschiedliche inhaltliche Ausgestaltung der Schulplangestaltung unter Umständen aus *biologischen Gründen* möglich sein müsse. Zu denken sei etwa an Turnen und Sport oder an das Fach «Menschenkunde», soweit dieses auch sexuelle Aufklärung enthalte. Würden einschränkende Formulierungen (Gleichwertigkeit des Unterrichts) im kantonalen Gesetz verwendet, müssen sie sich *verfassungskonform auslegen* lassen. Das Bundesgericht setzte sich indessen nicht weiter mit dem Begriff der «Gleichwertigkeit» der schulischen Bildung auseinander, sondern begnügte sich mit der Feststellung, den Beschwerdeführerinnen gehe es nur um die Fächer «Hauswirtschaft» und «Handarbeit». Wäre mit diesen Fächern eine schulische Mehrbelastung der Mädchen oder ihr Ausschluss aus technisch-naturwissenschaftlichen Fächern wegen des Vorrangs der Hauswirtschafts- und Handarbeitsstunden verbunden, so müsste ein Verstoss gegen das Gebot der Gleichbehandlung festgestellt werden.

284 BGE vom 10.7. 1986, publ. in ZBl 1987 (88), S. 167.

185 Doch auch wenn die gesamte Ausgestaltung von Lehrplänen und Stundentafeln für die beiden Geschlechter nur vom Grundsatz der *Gleichwertigkeit* ausgeht, sieht das Bundesgericht jedenfalls dann keinen Handlungsbedarf, wenn der *Zugang* zu den besonderen Fächern Mädchen und Knaben gleicherweise offen steht. Im Gegensatz zum grundlegenden Entscheid 108 Ia 22 befand es nur vier Jahre später, ein absolutes Verständnis des Anspruchs auf gleiche Bildung und Ausbildung sei zu eng. Solange den *Knaben* der Zugang zu den Fächern «Handarbeit» und «Hauswirtschaft» ermöglicht werde und solange auch den *Mädchen* der Zugang zum Werkunterricht – obligatorisch oder auch nur freiwillig – geöffnet werde, sei Art. 4 Abs. 2 aBV nicht verletzt.

186 *Bemerkung:* Der Nidwaldner Entscheid erscheint in gewisser Hinsicht zwar differenzierend, und damit entspricht er einem «gerechten» Verständnis des Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 BV. Betrachtet man aber die Fächer, um die es ging (Hauswirtschaft und Handarbeit), lässt sich ein ungutes Gefühl nicht vermeiden. Denn gerade in ländlichen Regionen war und ist es schwierig, vom *traditionellen Rollendenken* wegzukommen und auch für Mädchen eine gleiche Palette von Möglichkeiten einer breiten Berufs- und Lebensgestaltung von Anfang an im Schulbereich vorzusehen. Das scheint sich aus der Argumentation des Handarbeits- und Hauswirtschaftsinspektorates des Kantons Nidwalden zu ergeben. Es hatte bereits seit 1974 als wünschbar bezeichnet, den *Knaben* einen Zugang zu den bisher ausschliesslich den Mädchen als Obligatorium vorbehaltenen Hauswirtschafts- und Handarbeitsunterricht zu ermöglichen. Dieser Wunsch beruhte auf dem Gedanken, eine *Benachteiligung der Knaben* abzubauen. Dass aber von den Schulbehörden gleicherweise der Wunsch geäussert worden wäre, einen *Abbau der Benachteiligung der Mädchen* durch Förderung eines gleichen Zugangs zu naturwissenschaftlichen Fächern oder zum Werkunterricht zu erleichtern, finden sich keinerlei Hinweise.

187 Dieser Sachverhalt weist auf eine Tendenz hin, die sich auch in andern Bereichen zeigt: Art. 4 Abs. 2 aBV dient oft dazu, den männlichen Teil der Bevölkerung besser zu stellen.<sup>285</sup> Es wäre daher grundsätzlich zu überlegen gewesen, ob nicht mit Blick auf die bekannte *berufliche Segregationstendenz* von Frauen<sup>286</sup> die konsequente Durchsetzung des

285 Z. B. BGE 116 V189 E. 3d; 121 II 97; auch Rz. 194 ff.

286 Vgl. BUNDESAMT FÜR STATISTIK, eidg. Volkszählung 1990: Berufliche Gleichstellung – ein Mythos? Geschlechtersegregation in der schweizerischen Berufswelt.

absolut verstandenen Gleichstellungsbegriffs in kantonalen Schulgesetzen gerechtfertigt gewesen wäre, soweit es um die Art und den *Inhalt* der vermittelten Schulfächer geht. Die Erfahrungen der letzten zwanzig Jahre im Schul- und Ausbildungswesen zeigen freilich, dass das nicht genügt. Es gilt letztlich, die der Eigenart beider Geschlechter entsprechende Schulform zu finden. Insofern relativiert oder verschiebt sich das Gebot absolut gleichen Anspruchs auf gleiche Ausbildung i.S.v. Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 BV auf die *Art der Weitervermittlung schulischen Wissens* (evtl. zum Teil durch Abkehr vom gemeinsamen Unterricht in einzelnen Unterrichtsfächern). Das ist zwar primär die Aufgabe der Gesetzgebung, aber es wäre hilfreich gewesen, wenn das Bundesgericht die Schulentscheide zum Anlass genommen hätte, auf diese grundlegende Problematik in dieser tatsächlichen Ungleichheit der Geschlechter hinzuweisen, die für den weiteren Bildungs- und Ausbildungsgang von Frauen wesentlich sein kann.

## 2. Politische Betätigung und formale Gleichstellung

### a) Das Stimmrecht der Frauen von Appenzell Innerrhoden

Wenn es einen Bereich gibt, in welchem sich das streng *formale Verständnis* des Bundesgerichts rechtfertigt, ja aufdrängt, dann gilt das für die allgemeinen *politischen Rechte*. Diese wurden denn auch nach langer, intensiver Vorarbeit gegen stets heftige Widerstände im Jahre 1971 den Schweizer Frauen auf Bundesebene zugestanden. Bis zum Jahre 1990 aber weigerten sich die Männer von Appenzell IR, ihren Frauen auf Gemeinde- und Kantonsgebiet die gleichen politischen Rechte zu gewähren wie sie sie für sich seit Jahrhunderten in Anspruch nahmen. 188

Nach dreimaliger Ablehnung entsprechender Vorstösse an der Landsgemeinde wagte eine Anzahl von Frauen, mit einer Beschwerde an das Bundesgericht zu gelangen.<sup>287</sup> Dieses stand nunmehr vor der schwierigen Frage, ob es überhaupt angehe, gestützt auf Art. 4 Abs. 2 aBV einen Kanton ausgerechnet in einer föderalistisch geordneten Angelegenheit zu einem Verhalten zu zwingen, das andernorts inzwischen selbstverständliches Allgemeingut geworden war. Seinem Entscheid stand Art. 74 Abs. 4 aBV entgegen, der einen Vorbehalt zugunsten des kantonalen Rechts für Abstimmungen und Wahlen in den Kantonen 189

287 BGE 116 Ia 359.

und Gemeinden enthielt. Diese Bestimmung wurde 1971 als Beruhigung für Kantone eingeführt, die befürchtet hatten, dem Bund komme im Falle einer Ablehnung des Frauenstimm- und -wahlrechts die Befugnis zu, das allgemeine Erwachsenenstimm- und -wahlrecht für Kantons- und Gemeindeangelegenheiten zwangsweise anzuordnen. Im Gegensatz zu andern Sachverhalten (etwa der Frage nach dem Militär- oder Zivilschutzdienst für Frauen), in denen das Bundesgericht von der *Gleichwertigkeit* verschiedener, einander widersprechender Verfassungsbestimmungen ausgegangen ist,<sup>288</sup> hat es diese gleichstellungshindernde Vorschrift des Art. 74 Abs. 4 aBV angesichts des späteren Art. 4 Abs. 2 aBV nunmehr als überholt betrachtet.<sup>289</sup> Zu dieser Konstruktion gelangte es über eine (angesichts des klaren Wortlauts von Art. 74 Abs. 4 aBV an sich gewagte, aber m.E. zutreffende<sup>290</sup>) verfassungskonforme Auslegung, gestützt auf welche die politischen Rechte den Frauen von Appenzell IR durch Richterspruch zugestanden werden konnten.

b) Politische Rechte und ihre Verlustmöglichkeiten zum Nachteil von Frauen

- 190 Es gab aber auch föderalistisch bedingte Situationen für Frauen, einmal erworbene *politische Rechte* wieder zu verlieren. Diese Diskriminierungsmöglichkeit befand sich im Bereich der Orts- und Bürgergemeinden und hing mit den alten eherechtlichen Vorschriften zusammen. Das erfuhr 1982 eine Basler Bürgerin, die mit ihrer Heirat Solothurnerin geworden war. Weil der Bund seit der Vereinheitlichung des Familien- und Eherechts in den Jahren 1907/1912 ausschliesslich befugt ist, über die *familienrechtlichen Wirkungen* der Ehe zu legiferieren, betrachtet er sich allein als kompetent zur Entscheidung über die Beibehaltung oder den Verlust des Bürgerrechts u.a. auf der innerschweizerischen Ebene.<sup>291</sup> In diesem Kontext schrieb Art. 161 aZGB vor, dass die Ehefrau mit der Heirat das Kantons- und Gemeindebürgerrecht des Ehemannes erhält. Wie es sich mit dem Verlust des Bürgerrechts verhält, darüber war nichts gesagt; aber es galt die gewohnheitsrechtliche Regel, dass die Ehefrau mit der Heirat ihr bisheriges Bürgerrecht verlor.

288 Vgl. BGE vom 17.9.1991 i.S. A. K. c. Militärdirektion Zürich; BGE 118 Ia 341.

289 Vgl. Yvo HANGARTNER, Besprechung zu BGE 118 Ia 341: Zivilschutz, in AJP 1993, S. 84; eher verneinend HAEFLIGER, S. 78.

290 Vgl. die abweichende Meinung von SANDOZ, S. 310.

291 Zu den übrigen Rechtsungleichheiten bedingt durch den Zivilstand vgl. hinten Rz. 284 ff.

Nicht nur lag in dieser Regelung ein schwerer *Eingriff in die Persönlichkeitsrechte* der Frau, sondern damit hatten Frauen in einzelnen, noch auf der traditionellen Bürgergemeinschaft basierenden Gemeinden konkrete Konsequenzen zu tragen, wie sie einen Mann nie – ausser bei freiwilligem Verzicht auf ein Bürgerrecht – treffen konnten. Die Basler Bürgerin, seit längerem Mitglied des Burgerrats, musste sich daher nach ihrer Heirat mit einem Solothurner damit abfinden, auf ihr politisches Mandat zu verzichten. Diese Konsequenzen wollte der kantonale Gesetzgeber nach Erlass des Art. 4 Abs. 2 aBV für die Zukunft vermeiden.<sup>292</sup> Er ergänzte das kantonale Bürgerrechtsgesetz mit einer Norm, die es Frauen erlaubt hätte, bei ihrer Heirat mit einem Nicht-Baslerbürger eine *Beibehalterklärung* abzugeben, gleich, wie dies nach eidgenössischem Bürgerrecht seit 1952 bei Ausländerehe möglich war.<sup>293</sup>

Das Bundesgericht gab der Eidgenossenschaft Recht, die gegen die Revision des Basler Bürgerrechtsgesetzes eine staatsrechtliche Klage eingereicht hatte. Es aberkannte den kantonalen Behörden die Befugnis, bezüglich des Erwerbs und Verlustes in Bürgerrechtssachen zu legiferieren. Aus Art. 161 Abs. 1 aZGB ergebe sich, dass die Frau mit dem Erwerb des Bürgerrechts des Mannes gleichzeitig ihr bisheriges Bürgerrecht verliere. Diese Rechtslage beruhe auf dem überlieferten, gewohnheitsrechtlichen *Grundsatz der Einheit der Familie* und habe nach langer Rechtstradition den Verlust ihres angestammten Bürgerrechts mit allen damit nach kantonalem Recht verbundenen Ansprüchen zur Folge. Das Bundesgericht verkannte nicht, dass sich die Anschauungen darüber inzwischen grundlegend geändert hatten. Es liess aber die Frage offen, ob durch ein zeitgemässes Verständnis von Art. 161 Abs. 1 aZGB die gewohnheitsrechtliche Verlustregel aufzuheben und der Frau das angestammte Bürgerrecht bei Heirat von Bundesrechts wegen zu belassen sei. Es wollte auch nicht gestützt auf den damals neuen Art. 4 Abs. 2 aBV mit Hilfe einer verfassungskonformen Auslegung die Frauen bürgerrechtlich mit den Männern gleichstellen. Diese Frage lasse sich nur auf dem Weg der Gesetzgebung lösen. Es stellte somit den Vorrang des gleichstellungswidrigen Bundesrechts über inhaltlich gleiches kantonales Recht, auch wenn dieses im Ergebnis gleichstellungsfreundlicher und damit bundesverfassungskonformer gewesen wä-

292 BGE 108 Ib 392.

293 BG über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts vom 29.9.1952, Art. 9; diese Bestimmung ist aufgehoben seit der Revision vom 23.3.1990, in Kraft seit 1.1.1992 (AS 1991 1034 1043; BB1 1987 III 293).

re. Und es geriet damit zuungunsten von Frauen in Widerspruch zu seinem formalen Verständnis des Gleichstellungsgebots der Geschlechter.

- 193 *Bemerkung:* In diesem Bereich des familienrechtlich geordneten Bürgerrechts ist formale Gleichheit von Frau und Mann, die in diesem Rechtsbereich durchaus am Platz wäre,<sup>294</sup> auch heute noch nicht vollständig hergestellt. Die Übergangsbestimmungen des revidierten Eherechts von 1988 gestatteten allerdings den unter altem Recht verheirateten Frauen während einer Übergangszeit von einem Jahr die Wiederannahme des durch Heirat verlorenen Bürgerrechts.<sup>295</sup> Nach Art. 161 Abs. 1 revZGB dürfen zudem Frauen neben dem neuen ehemännlichen Bürgerrecht auch ihr angestammtes Bürgerrecht behalten.

### 3. Die öffentliche Dienstpflicht und das Gebot der Geschlechtergleichbehandlung

- 194 *Öffentliche Dienstpflichten* sind auf persönliche Dienste ausgerichtet, die in der Regel seit jeher obligatorisch von *Männern* eines bestimmten Alters erbracht werden müssen. Solche Dienstpflichten können durch eine *Ersatzabgabe* kompensiert werden, sei es, weil eine zu grosse Zahl von Dienstwilligen vorhanden ist oder eine persönliche Erfüllung der Dienstpflicht aus andern Gründen wie Krankheit, Invalidität usw. unmöglich ist.<sup>296</sup>
- 195 Persönliche Dienstpflichten resp. die *Ersatzabgabe* dafür finden sich auf rechtlich verschiedenen Ebenen: Es gibt die auf Verfassungsebene angesiedelte *Militärdienstpflicht* i.S.v. Art. 18 aBV/Art. 59 BV und die *Zivilschutzdienstpflicht*, die in Art. 22<sup>bis</sup> aBV/Art. 61 BV geregelt ist. Darüber hinaus finden sich öffentliche Dienstpflichten auf kantonaler und Gemeindeebene, so vor allem die *Schutzwehr- und Feuerwehrpflicht*. Während für Männer grundsätzlich bezüglich sämtlicher Dienstpflichten ein *Obligatorium* besteht, gilt für Frauen das *Prinzip der Freiwilligkeit*.<sup>297</sup> Die Kantone kannten bis zu der auf Art. 4 Abs. 2 aBV gestützten bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die 1986 in diesem Be-

reich einsetzte, ebenfalls ein durchwegs rein männliches Obligatorium für ihre Feuerwehrdienste. Dies entsprach alter Tradition und hatte starke gesellschaftliche Wirkungen als eigentliches «Netzwerk» der dienstpflichtigen Männer.<sup>298</sup>

Diese rechtliche Ordnung ist schon im Vorfeld der Einführung des Frauenstimm- und -wahlrechts von Kreisen der Stimmrechtsgegner immer wieder in Frage gestellt und vor allem mit der Zuerkennung der politischen Rechte verknüpft worden. Mit der Einführung des Geschlechtergleichheitsgebots erneuerte sich diese Diskussion. Zwar nicht im Parlament anlässlich der Beratung des Gleichheitsartikels,<sup>299</sup> wohl aber im politischen Leben ausserhalb des Parlaments: «Neue Rechte für die Frauen» sollten auch zur Übernahme sämtlicher den Männern obliegenden Pflichten führen. Der in die entsprechenden Verfassungsartikel eingebaute Grundsatz der Freiwilligkeit für Frauen genügte den Vertretern (und einigen Vertreterinnen) dieser Ansicht nicht. Diese Betrachtungsweise stand derjenigen entgegen, die davon ausging, eine Gleichstellung von Männern und Frauen bezüglich der öffentlichen Dienstpflichten sei im Blick auf die Verschiedenheiten der Lebensmuster, der unterschiedlichen Rollen, aber auch wegen der klaren Entscheidung des Verfassungsgebers nicht zwingend.<sup>300</sup> Die Militär-, Wehr- und Schutzdienstpflichten werden seit jeher als verfassungsrechtlich vorgegebene Ausnahmeregelungen gegenüber Art. 4 Abs. 2 aBV verstanden und verletzen den Grundsatz der Rechtsgleichheit von Frauen und Männern insoweit nicht.<sup>301</sup>

Die Gleichstellungsfrage im Zusammenhang mit dem *Militärdienst*<sup>302</sup> hat sich in einem einzigen bundesgerichtlichen Entscheid gestellt. Wie in allen öffentlichen Dienstpflichten betreffenden Beschwerden ging es dem Beschwerdeführer keineswegs um den gleichberechtigten Einbezug der Frauen in das Militärdienstobligatorium mit allen Pflichten und Rechten (etwa hinsichtlich der Karrieremöglichkeit oder der Schaffung eines sozialen Netzes unter Gleichgesinnten), sondern nur um den Einbezug der

294 Vgl. vorne Rz. 73.

295 Art. 8 Abs. 1 SchlT ZGB; vgl. zur Bedeutung dieser Bestimmung BGE vom 17. 11. 1988, publ. in ZZW 1989, S. 65 ff.

296 Vgl. KÄGI-DIENER, S. 138, 140.

297 Art. 59 Abs. 2 BV; Art. 18 aBV sah diese Mitwirkung der Frauen auf freiwilliger Basis noch nicht ausdrücklich vor. Seit dem Freiwilligen Hilfsdienst der Frauen im Zweiten Weltkrieg war aber gemäss Art. 202 der Militärdienstorganisation vom

12. 4. 1907 eine freiwillige Dienstleistung rechtlich verankert. Seit seiner Einführung in Art. 22<sup>bis</sup> Abs. 5 aBV gilt der Zivilschutz für Frauen als freiwillig mögliche Dienstleistung; dies wurde auch in Art. 61 Abs. 3 BV festgeschrieben.

298 Vgl. KÄGI-DIENER, S. 134 f.

299 Die Problematik der verfassungsrechtlichen Ausnahmen – Militär- und Zivilschutzdienst – war nicht besonders umstritten, vgl. JÖRG P. MÜLLER, Grundrechte, S. 448 f.

300 Vgl. Bericht BR 1990, S. 11 ff.

301 Botschaft Gleiche Rechte, S. 58; Bericht BR 1990, S. 12 f.

302 Nicht publ. Entscheid vom 17. 9. 1991 i.S. A. K. c. Militärdirektion und Bundessteuer-Rekurskommission des Kantons Zürich, ASA 60, S. 566.

Frauen in die *Ersatzabgabepflicht*. Es lag auf der Hand, dass eine solche Pflicht der Absicht des Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 BV widersprechen würde, Frauen in allen Bereichen des gesellschaftlichen und beruflichen Lebens zu weniger Diskriminierung zu verhelfen. Sie hätte vielmehr bedeutet, Frauen finanziell an die Kosten dieser Dienstleistungen beitragen zu lassen und ihnen damit – über die allgemeine Steuerpflicht hinaus – neue finanzielle oder persönliche Belastungen aufzubürden, ohne ihre rechtliche und tatsächliche Stellung zu verbessern.

198 Das Bundesgericht wies diese Beschwerde vom 17. September 1991 allerdings nicht mit dieser gleichstellungsrechtlichen Überlegung ab, sondern mit dem Hinweis auf die von Verfassung und Gesetz vorgegebene Ordnung, die i.S.v. Art. 113 Abs. 3 und 114<sup>bis</sup> Abs. 3 aBV/Art. 191 BV für das Bundesgericht verbindlich ist. Der Mann, welcher seine Wehrpflicht nicht oder nur teilweise durch persönliche Dienstleistungen erfülle, könne daher nicht unter Berufung auf den in Art. 4 Abs. 2 aBV verankerten Grundsatz der gleichen Rechte für Frau und Mann verlangen, vom *Militärpflichtersatz* befreit zu werden. Es sei nicht der Sinn des im Jahre 1981 neu in die Bundesverfassung eingefügten Art. 4 Abs. 2, die im Parlament nicht in Frage gestellte Wehrpflicht des Art. 18 aBV obligatorisch auf Schweizerinnen auszudehnen.

199 Im bisher ebenfalls einzigen Entscheid zur Frage, ob die *Zivilschutzdienstpflicht* gegen das Gebot der Gleichbehandlung der Geschlechter verstosse, ging es um die effektive Pflicht zur Dienstleistung. In BGE 118 Ia 341 verwahrte sich G. M. dagegen, in einen eintägigen Grundkurs «Sanitätsdienst» einrücken zu müssen. Der Umstand, dass nur Männer zu solchen Pflichten gezwungen würden, verstosse einerseits gegen das Verbot der Zwangsarbeit, wie dies Art. 14 i.V.m. Art. 4 EMRK untersage, und andererseits gegen das Gebot, Frauen rechtlich gleich wie Männer zu behandeln. Das Bundesgericht vermochte auch hier weder eine Verfassungswidrigkeit noch eine Verletzung der EMRK festzustellen. Dass das Obligatorium auf eine Personengruppe allein beschränkt werde, erweise sich als notwendig und verhältnismässig im Sinne des nicht über Art. 4 Abs. 2 aBV hinausgehenden Diskriminierungsverbots von Art. 14 EMRK.<sup>303</sup> Während es festhält, das Gebot der allgemeinen Rechtsgleichheit lege es nahe, Männer, die nicht militärpflichtig seien, in den Zivilschutz einzubeziehen, weil hier eine gewisse *Konnexität* bestehe, meinte das Bundesgericht, der Nichtein-

bezug von Frauen basiere auf biologischen und funktionellen Gründen, ohne diese allerdings näher zu erläutern.

*Bemerkung:* In diesem Zusammenhang hätte sich die Frage stellen können, ob unter dem Gesichtspunkt der *Chancengleichheit* zumindest für Familienfrauen resp. Alleinerziehende mit Kindern oder mit Angehörigen, die Pflege benötigen, nicht bereits mehr als genug an – die Öffentlichkeit entlastenden – Dienstleistungen erbracht wird. Mit dem weit verbreiteten formalrechtlichen Argument, Frauen seien gleicherweise wie Männer zur Leistung öffentlicher Dienste heranzuziehen, dem das Bundesgericht in diesen Entscheiden mit Recht nicht gefolgt ist, wird man ihrer Lebenswirklichkeit nicht gerecht. Das würde dazu führen, Frauen unter Gleichstellungsgesichtspunkten mehr und mehr zu belasten.<sup>304</sup>

201 Anders wurde hinsichtlich der kantonalen oder kommunalen Feuerwehrpflicht entschieden. Diese Pflicht war über Jahrzehnte hinweg eine Männerdomäne und ist es wohl auch unter der Herrschaft des Art. 4 Abs. 2 aBV – trotz der weitherum nunmehr geschlechtsneutral gefassten Kantons- und Gemeinderegelungen – geblieben. Ein gleichberechtigter Einbezug der Frauen in diese öffentliche Dienstpflicht, die in ländlichen Gebieten oft eine soziale Integrationskomponente für Männer enthält, könnte theoretisch dazu führen, Frauen gesellschaftlich besser in die lokalen Gemeinschaften einzugliedern und ihnen auch das damit verbundene gesellschaftliche Netzwerk nutzbar zu machen.<sup>305</sup> Ob das geschieht, ist allerdings zu bezweifeln, war jedenfalls nicht die Absicht der Beschwerdeführer, wie die unten angeführten Fälle zeigen. Es war und ist im Übrigen seit jeher selbstverständlich, dass vor allem in ländlichen Gegenden Mütter oder Ehefrauen von dienstpflchtigen Männern gewisse Aufgaben wie etwa den Alarmdienst, die Kleiderrei-

304 Die andere Erfahrung und daraus entstehende Kompetenzen von Frauen für die Berufsarbeit zu berücksichtigen, erfolgt m.W. erst in wenigen kantonalen Vorschriften und einigen privaten Unternehmungen, so z.B. im kantonalbernerischen Lehrergesetz, das in Jahren der Haushaltsführung und Familiensorge einen Grund zur Anrechnung für den Eintritt in die dienstaltersgemässe Besoldungskategorie erblickt. Vgl. «Der Bund» vom 25.10.2001, S. 28 m.Hinw. auf eine neue Studie: BERNADETTE KADISHI (Hrsg.), Schlüsselkompetenzen wirksam erfassen, Altstätten 2001. Als Gegenbeispiel BGE vom 20.11.2000 i.S. L. F. c. TAMM Ticino, wo der nichtbezahlte (zusätzliche) Mutterschaftsurlaub zu Lohnstufenverlusten führt. Die Entwicklung im Bereiche der Gleichstellung geht mehr und mehr wieder in Richtung zugunsten einer Betonung der Gleichheit mit Männern und der «Gefahr» ihrer «umgekehrten» Diskriminierung, vgl. GRISEL, S. 537 ff.; BGE 123 I 152: Solothurner Quotenentscheid.

305 Vgl. KÄGI-DIENER, S. 135 f.; zum Ganzen nunmehr STAMPE, S. 241 ff.

303 Vgl. zu diesem Entscheid die Besprechung von YVO HANGARTNER, in AJP 1993, S. 845 ff., insb. 846 ff.; GEORG MÜLLER in BV-Kommentar, Rz. 136 zu Art. 4.

nigung oder auch den Sanitätsdienst freiwillig und selbstverständlich übernommen haben.

202 Verschiedene – selbst nicht dienstverpflichtete – Männer haben versucht, die in praktisch allen Kantonen allein für Männer vorgesehene Feuerwehrpflicht im Lichte von Art. 4 Abs. 2 aBV in Frage zu stellen. Allerdings ging es ihnen nicht so sehr darum, Frauen in die konkrete Dienstpflicht einzubinden, sondern darum, sich selbst von der Pflicht zu befreien, im Falle eines Dispenses von dieser Pflicht eine Ersatzabgabe bezahlen zu müssen. Das Bundesgericht hat vorerst in seinen Entscheidungen unterschieden, ob die Ordnung der Feuerwehrdienste in Städten und grösseren Gemeinden mit ihren Berufs- und behelfsweise aufbietbaren Milizfeuerwehren zur Diskussion steht oder ob es um kleinere Berggebiete geht, deren Feuerwehrorganisation ganz andern, schwierigeren Bedingungen unterliegt und für die andere Grundsätze gelten als für städtische Feuerwehren.

203 Im ersten dieser Entscheide, in BGE i.S. D. B. vom 10. Oktober 1986,<sup>306</sup> stand eine *städtische* Feuerwehrordnung zur Diskussion. Die kantonalen Instanzen haben darauf hingewiesen, der Feuerwehrdienst erfordere für viele Funktionen besondere *Körperkräfte* und *physische Anforderungen*, welchen Männer im Durchschnitt eher gewachsen seien als Frauen. Die Dienstpflicht für Männer sei deshalb auf eine Altersklasse beschränkt, von welcher ein Höchstmass an körperlicher Leistung und Ausdauer erwartet werden könne.

204 Dieser auf biologischen Überlegungen beruhenden Auffassung vermochte das Bundesgericht einiges abzugewinnen. Es gestand zu, dass dort, wo mit solchen Einsätzen ernstlich gerechnet werden müsse und wo die Ausrüstung und Organisation der Feuerwehr den *gesundheitsgefährdenden Einsatz* von jedem einzelnen Feuerwehrangehörigen verlange, könne der Gesetzgeber durchaus eine Beschränkung der Dienstpflicht auf Männer des leistungsfähigsten Alters vorsehen und *Frauen der gebärfähigen Jahrgänge im Interesse allfälliger Nachkommen* von den Risiken des Feuerwehrdienstes fernhalten.

205 Doch von diesem Argument wandte sich das Bundesgericht in der Folge ab. Es unterschied nun, ob es um städtische Feuerwehren oder um solche grösserer Gemeinden gehe, die mit verschiedensten organisatorischen Möglichkeiten auch Frauen ohne weiteres in irgendwelchen geeigneten Funktionen wie Verkehrsdienst, Sanitätsdienst, Feuerwache

usw. eingliedern können.<sup>307</sup> Wer aufnahmefähig sei, bestimme sich ausschliesslich nach der *individuellen Diensttauglichkeit* und nicht nach dem Geschlecht.

206 Im Fall der kleinen Berggemeinde Aeschi hat das Bundesgericht die Verfassungswidrigkeit einer auf Männer allein bezogenen Regelung der Feuerwehrdienste allerdings wieder verneint. Es befand, in derartigen Verhältnissen rechtfertige sich eine ausschliesslich auf Männer bezogene Dienstpflicht. Diese müssten nicht nur die Bekämpfung von Feuersbrünsten übernehmen, sondern stünden insbesondere auch bei der Bekämpfung von Elementarschäden und Naturkatastrophen an vorderster Front. Insofern seien Einsätze zu leisten, die von Frauen im Hinblick auf deren *biologische und funktionale Ungleichheiten* nicht verlangt werden dürfen, denn es seien «grosse nächtliche Wanderungen allein oder zu zweit» als Föhn- oder Windwache zu unternehmen. Doch verlangt das Bundesgericht auch unter derartigen Umständen eine Prüfung, ob sich die Organisationsstruktur derart ändern liesse, dass sie den Einbezug von Frauen ermögliche.<sup>308</sup>

207 Ist die Gesundheit von Frauen schützenswerter als diejenige von Männern? Die im Entscheid des Bundesgerichts vom 10. Oktober 1986 noch festgehaltene Auffassung, aus *gesundheitsgefährdenden Gründen* sei es zu rechtfertigen, Frauen aus dem Obligatorium der Feuerwehrdienstpflicht auszuschliessen, stellte es im letzten dieser Feuerwehrdienstfälle wieder in Frage. Im Entscheid vom 23. April 1997,<sup>309</sup> ebenfalls eine Berggemeinde betreffend, ging es wiederum lediglich um die Frage, ob die ausschliesslich Männer betreffende *Ersatzabgabe* für nicht persönlich geleisteten Feuerwehrdienst diskriminierend sei. Das wurde ohne weiteres bejaht. Das Bundesgericht erklärte u.a., der Umstand, dass eine Tätigkeit in der Feuerwehr bestimmte Risiken berge, könne nicht zur generellen Dispensation aller Frauen führen, würde das doch bedeuten, dass das *Leben von Frauen schutzwürdiger und wertvoller wäre als dasjenige von Männern*. Zudem sei körperliche Kraft nicht unbedingt geschlechtsspezifisch. Die Befreiung von der Dienstpflicht habe für beide Geschlechter nach Beurteilung der *Diensttauglichkeit* zu erfolgen, nicht aber nach dem Geschlecht allein.

307 Nicht publ. Entscheid vom 3.9.1992 i.S. Einwohnergemeinde X c. D. A. und kantonales Steuergericht des Kantons Solothurn, wobei sich die Frage stellt, ob mit solchen Überlegungen nicht gerade wieder die Türe zum alten Rollendenken geöffnet wird.

308 BGE 123 I 56 E. 2c und e m.Hinw.

309 BGE 123 I 56.

306 Publ. in ZBl 1987 (88), S. 306.

208 *Bemerkung:* Die in den Entscheiden zur Feuerwehrdienstpflicht vertretene Auffassung, Männer würden diskriminiert, wenn sich die Dienstpflicht nur nach dem Geschlecht und nicht nach der individuellen Diensttauglichkeit ausrichte, ist für die Vertreter einer formalen Gleichstellungsphilosophie selbstverständlich richtig. Sie hat denn auch in verschiedenen Kantonen zur Revision der entsprechenden Gesetze oder Reglemente und zum grundsätzlich obligatorischen Einbezug von Frauen in diese Dienstpflicht geführt. Es gab allerdings auch Referenden, die sich gegen diese formalen Gleichstellungsbestrebungen in der Gesetzgebung wandten, teilweise wohl auch in der Meinung, dem Zweck des Gleichstellungsartikels, welcher der Besserstellung von Frauen dienen will, werde nicht oder nur ungenügend Rechnung getragen, wenn als Folge einer angeblichen Männerdiskriminierung die Frauen effektiv nicht besser gestellt, sondern nur neu belastet würden. Die von den Beschwerdeführern rein auf Geldleistungen bezogene Argumentationweise zur Geschlechterdiskriminierung, die vom Bundesgericht nicht beanstandet worden ist, verkennt, dass das Ziel des Art. 4 Abs. 2 aBV nicht war, in erster Linie «Diskriminierungen» gegenüber Männern und deren (finanzielle) Entlastung zu bewirken. Die neue Verfassungsbestimmung wollte vielmehr neben der individuellen Gleichstellung vor allem auch eine *gesamtgesellschaftliche Besserstellung der Frauen in allen Bereichen und die Beseitigung ihrer Diskriminierungen bewirken*.<sup>310</sup> Diese Absicht lässt sich nicht durch Ausdehnung der körperlich-physischen und finanziellen Belastungen auf die weibliche Bevölkerungshälfte herstellen, sondern verlangt differenzierende Lösungen (z.B. Freiwilligkeit). Denn sonst verändert sich an der Grundproblematik tatsächlicher Ungleichheit von Frauen in unserer männerdominierten Rechts- und Gesellschaftsordnung nichts.

#### 4. Formale Betrachtungsweise und Rechtsgleichheit bezüglich der Witwerrente in AHV und BVG

209 Eine auf rein formale Gleichstellung ausgerichtete Betrachtungsweise der Gerichte wie der politischen Organe zeichnet sich auch in der Ge-

310 Vgl. dazu die Ausführungen von KÄGI-DIENER, S. 149f., die mit Recht darauf hinweist, die formale Betrachtungsweise von Art. 4 Abs. 2 aBV sei zu eng, sofern man dieser Vorschrift auch eine – historisch und von Sinn und Zweck verlangte – dynamische, aktive Komponente zuweise. Gerade unter dem Gesichtspunkt des Art. 4 Abs. 2 aBV ist u.U. auch mit frauenschützerischen Anliegen die «soziale Ohnmacht» von Frauen zu beseitigen.

setzung und Rechtsprechung zur Sozialen Sicherheit ab. Das lässt sich am Beispiel der *Witwerrente* aufzeigen.

210 Weder das AHV-Gesetz vom 20. September 1946 noch seine verschiedenen Revisionen kannten bis zur 10. Revision vom 7. Oktober 1994, in Kraft seit 1. Januar 1997, eine Rente für verwitwete Männer. Eine solche war zwar oft (von Frauenseite) gefordert worden, ist aber stets (von Männerseite) heftig bekämpft worden.<sup>311</sup> Ebenso wenig wollte der Gesetzgeber im Bundesgesetz über die Berufliche Vorsorge vom 25. Juni 1982 eine solche gleichstellungsfreundlichere Leistung vorsehen. Beide Gesetze stützen sich auf das damals gültige *Eherecht*, das in Art. 160 Abs. 2 aZGB dem Ehemann die Rolle des finanziellen Versorgers von Ehefrau und Kindern auferlegt hat.<sup>312</sup> Einzig das Bundesgesetz über die Unfallversicherung kennt seit jeher eine (und seit 1981 weitgehend geschlechtsneutral ausgestaltete) Hinterlassenenrente für Frauen und Männer, die für beide Geschlechter gleicherweise einschränkende Voraussetzungen vorsieht.<sup>313</sup>

211 Dass nicht nur angesichts der zunehmenden Erwerbstätigkeit von Frauen, sondern auch durch ihren Ausfall als «Haushälterin» die hinterbliebenen Ehemänner durch den Tod ihrer Ehefrau einen Schaden erleiden können, der sozialversicherungsrechtlich in ähnlicher Weise abzugelten ist wie beim Tod des Ehemannes, wurde in der Rechtsprechung nach 1981 ein Thema.<sup>314</sup> Soweit freilich *Bundesrecht* zur Diskussion stand, konnten das Bundesgericht und das Eidgenössische Versicherungsgericht nicht einschreiten. Sie fühlten sich an die Vorschrift des Art. 113 Abs. 3 und 114<sup>bis</sup> Abs. 3 aBV/Art. 191 BV gebunden, wonach Bundesrecht selbst bei Verfassungswidrigkeit anzuwenden ist.<sup>315</sup> Dies umso mehr, als das AHVG wie auch das BVG nicht einmal ansatzweise eine Regelung für Witwer vorsahen. Das EVG stellte immer wieder fest, ein solcher *Anspruch auf Witwerrente* im Bereich der all-

311 LUCHSINGER, S. 105 ff.

312 Vgl. dazu LAUTERBURG/LISCHETTI/AESCHBACHER, S. 56, 86 ff.; BIGLER-EGGENBERGER, Soziale Sicherheit, S. 168 ff. zur AHV, S. 181 ff. zur Beruflichen Vorsorge; zur früheren Praxis vgl. BGE 79 V 219, insb. S. 225; 92 V 85.

313 Vgl. Art. 29 UVG in der Fassung vom 20.3.1981, insbes. Abs. 3 und 4 (dieser Abs. bez. des Anspruchs von Geschiedenen); früher Art. 60, 60<sup>bis</sup> und 84 KUVG.

314 BGE 116 V 198; 119 V 277 = Pra 83 Nr. 288; BGE 120 V 312; nicht publ. BGE vom 13.5.1997 i.S. W. H. c. Pensionskasse des Kantons Solothurn.

315 Vgl. vorne Rz. 134f. Zur Rechtsprechung nicht publ. BGE vom 26.7.1991 i.S. K. St. c. AK des Kantons Zürich; vom 30.6.1992 i.S. F. R. c. CC del Cantone di Ticino, publ. in RDAT 1993 I 83 214; vom 5.5.1993 i.S. S. D. c. AK des Kantons Bern.

gemeinen AHV lasse sich auch nicht durch Auslegung des Gesetzes oder durch Lückenfüllung einführen. Das geltende Recht sehe bewusst keine *Gleichstellung des Witwers* gegenüber der Witwe vor.<sup>316</sup> Hier war somit der *Gesetzgeber* gefordert, der mit der 10. AHV-Revision schliesslich in Art. 23 AHVG in der Fassung der Übergangsbestimmungen vom 1.1.1997 die Ansprüche von Witwern an jene der Witwen angeglichen hat, wenn auch mit ähnlich einschränkenden Bedingungen wie im Unfallversicherungsgesetz.

212 *Bemerkung:* Ein Unterschied zur *Witwenrente* besteht in der AHV somit auch noch nach der 10. AHV-Revision: Die Rente des Mannes ist an die Voraussetzung geknüpft, dass Kinder unter 18 Jahren aus der gemeinsamen Ehe oder durch den Tod der Ehefrau rentenberechtigte Stief-, Adoptiv- oder Pflegekinder *im gemeinsamen Haushalt* leben. Frauen erhalten aber gemäss Art. 24 AHVG in der nunmehr geltenden Fassung nach dem Tod ihres Ehegatten auch als Kinderlose eine Rente, wenn sie im Zeitpunkt des Todes das 45. Altersjahr überschritten haben und die Ehe wenigstens fünf Jahre gedauert hat.

213 Diese differenzierende Lösung ist aus formal gleichstellungsrechtlichen Gründen, aber auch aus Gründen der Benachteiligung anderer Paarsituationen (z.B. homosexuelle Lebensgemeinschaften oder Erwachsene, welche Angehörige im gleichen Haushalt betreuen) umstritten. Die Ausrichtung einer Witwenrente ist m.E. aber auch heute noch grundsätzlich richtig, auch wenn dies eine nicht unerhebliche Begünstigung kinderloser Frauen mittleren Alters oder auch spät gebärender Frauen darstellt. Angesichts der heutigen Ausbildungs- und Arbeitsmöglichkeiten wird sich freilich mit den Jahren die Frage stellen, ob sich diese «Privilegierung» in allen Fällen allein zugunsten der verheirateten Frauen rechtfertigen lässt. Denkbar wäre die Verwendung besonderer Kriterien wie etwa die Frage nach einer effektiv ausgeübten Berufstätigkeit oder neben der Anknüpfung an das Alter auch an weitere Kriterien wie den Gesundheitszustand oder eine Invalidität, wie dies z.B. in Art. 29 Abs. 3 UVG vorgesehen ist. Es liesse sich denken, den Anspruch auf eine Hinterbliebenenrente aus Gründen der Rechtsgleichheit an «gleiche Lebensverhältnisse» anzuknüpfen. Die Jahre der Rezession (von 1984 bis 1999) haben freilich gezeigt, wie schwierig es

316 Den weiblichen Mitglieder der AHV-Kommission der Jahre 1969–1975, zu denen die Autorin gehörte, und bereits früher wurde von den männlichen Mitgliedern und der (männlichen) Vertretung des Bundesamtes stets entgegengehalten, Witwer seien nicht auf Renten angewiesen; auch LUCHSINGER, S. 105f.

besonders für Frauen mittleren und höheren Alters ist, eine Erwerbsarbeit zu bekommen resp. sie bei der ihnen zumeist zugeschienenen wirtschaftlichen «Pufferfunktion» auch behalten zu können. Angesichts der Tatsache, dass die Erwerbsmöglichkeiten zumindest der *älteren Frauen und damit auch der Witwen* vor allem bei einem Neueinstieg in das Berufsleben schwierig sind, lässt sich eine radikale, rein von formalen Gesichtspunkten geleitete Gleichstellung von Frauen und Männern in diesem Rechtsbereich – vor allem, wenn es um blosse Sparmassnahmen geht – m.E. unter dem Gesichtspunkt des Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 BV kaum rechtfertigen.<sup>317</sup>

Die Gesetzgebung zur *Beruflichen Vorsorge* stützt sich im obligatorischen Bereich auf die AHV-Gesetzgebung.<sup>318</sup> Dem BVG ist daher eine *Witwerrente* ebenfalls unbekannt, wobei allerdings die einzelnen Institutionen im nichtobligatorischen Bereich die Freiheit – und nach BGE 116 V 198 E. 3c nun auch die Pflicht – haben, verfassungskonforme weitergehende Leistungen vorzusehen.<sup>319</sup> Im kantonalen und betrieblichen Bereich haben sich denn auch bereits berufliche Vorsorgeeinrichtungen diesem Gebot angepasst. Die Kantonale Lehrerversicherungskasse des Kantons St. Gallen sah in der bis 1993 geltenden Fassung im Gegensatz zu Art. 19 BVG vor, dass nicht nur Witwen-, sondern unter bestimmten Bedingungen auch Witwerrenten ausgerichtet werden. Wird eine Witwerrente beansprucht, muss nach dem entsprechenden Reglement nachgewiesen werden, dass der Ehemann zu Lebzeiten der Versicherten von dieser *namhaft unterstützt* worden oder dass er nur noch *beschränkt arbeitsfähig* ist. Diese Regelung beruhte auf dem alten Eherecht, das im Mann den hauptsächlichen finanziellen *Versorger* der Ehefrau und der Familie sah, während die Ehefrau nur subsidiär zu entsprechenden finanziellen Leistungen verpflichtet war. Diese einschränkende Voraussetzung erfüllte der Beschwerdeführer H. K. indessen nicht. Er wollte sich *mit dieser Einschränkung im Leistungsanspruch* auch nicht abfinden, sondern berief sich auf Art. 4 Abs. 2 Satz 1 aBV, wonach er als Mann bezüglich der Hinterlassenenrente in der Beruflichen Vorsorge rechtlich gleich wie die Frau zu behandeln sei.<sup>320</sup>

317 Vgl. die Diskussionen um die bevorstehende 11. AHV-Revision, die einmal mehr aus *Gründen der Finanzlage der AHV* die Witwenrente der Witwerrente angleichen, Frauen somit erneut benachteiligen will.

318 Art. 19 BVG.

319 Auch BGE 120 V 312; Art. 49 BVG.

320 BGE 116 V 198, speziell E. 1a.

215 Das EVG anerkannte, dass die Konzeption der angefochtenen Vorsorgeverordnung grundsätzlich dem eidgenössisch geregelten *Eherecht* entsprach, wie es bis 1988 in Kraft stand, und es übersah auch nicht die Verwandtschaft der angefochtenen Regelung mit jener des Art. 23 (neu Art. 24) AHVG. Aber es berief sich auf die strenge Praxis, wonach geschlechtsbezogene rechtlich unterschiedliche Regelungen nur dann zulässig seien, wenn sich dies aus biologischen oder funktionalen Gründen aufdränge. Hier entfielen von vornherein biologische Gründe. Wenn sich die kantonalen Behörden trotzdem auf die Zulässigkeit einer für Mann und Frau verschiedenen Lösung berufen, so liegen darin nach Meinung des EVG Überlegungen, die dem überkommenen *Rollenverständnis* Referenz erweisen würden. Auch ein *funktionaler Unterschied* dürfe nicht schon in der *traditionellen Rollenverteilung* zwischen den Geschlechtern erblickt werden, weil sonst versucht würde, eine Ordnung zu rechtfertigen, die man mit Art. 4 Abs. 2 aBV gerade habe beseitigen wollen.<sup>321</sup>

216 Das EVG suchte die Lösung des Problems diesmal nicht über die *Konnexität* der kantonalen Regelung der Witwen- und Witwerrente mit Bundesrecht, wie es dies im ersten Entscheid zum Pensionierungsalter noch getan hatte.<sup>322</sup> Es lehnte einen solchen engen Zusammenhang mit dem Bundesrecht ab. Das BVG kennt – so das EVG – in Art. 19 zwar lediglich einen Anspruch auf *Witwenrente*. Weil es sich dabei aber um eine Mindestvorschrift handle, enthebe dies die Kantone nicht von der Aufgabe, im Bereich der Witwerrente als Teil der *weitergehenden Vorsorge* dem Grundsatz der Geschlechtergleichheit gemäss Art. 4 Abs. 2 aBV Nachachtung zu verschaffen. Dem Beschwerdeführer wurde daher ohne weiteres ein Anspruch auf die Witwerrente unter denselben Bedingungen in der Verordnung, wie sie für Witwenrenten gelten, zuerkannt.

217 *Bemerkung:* Das EVG hält dem kantonalen Ordnungsgeber vor, er habe mit seiner unterschiedlichen Regelung der Voraussetzungen für *Witwen- und Witwerrenten* eine rein geschlechtsspezifische Unterscheidung vorgenommen, die sich als verfassungswidrig erweise. Es meinte, der konsequente Gesetzgeber würde bei der Regelung von Hinterlassenenansprüchen nicht an den Geschlechtsunterschied anknüpfen, sondern an die Frage, ob jemand (Mann oder Frau) den Versorger verloren

und damit einen Schaden erlitten habe. Das ist m.E. im Bereich der Zweiten Säule – aber auch nur dort – grundsätzlich zutreffend. Diese auf Erwerbstätige ausgerichtete Versicherung beruht – unbesehen darum, ob es um weibliche oder männliche Versicherte geht – u.a. auf individuellen, lohnbezogenen Beiträgen. Anders als im AHVG, wo die Rechts- und Finanzierungsgrundlagen andere sind, ist es im Bereich des BVG daher unter Gleichstellungsgesichtspunkten folgerichtig, im Falle einer Verwitwung berufstätige Frauen und Männer bezüglich der Ansprüche auf Leistungen nach BVG resp. den darauf basierenden öffentlich- und privatrechtlichen Reglementen oder Statuten gleich zu behandeln. Frauen haben bisher – u.a. mangels einer Witwerrente – mit ihren Risikobeiträgen lediglich Solidaritätsbeiträge leisten müssen. Das widerspricht eindeutig dem Gebot rechtlicher Gleichstellung.

An der *Verfassungswidrigkeit* einer fehlenden *Witwerrente* hat das EVG in der Folge verschiedentlich festgehalten. In BGE 119 V 277 konnte allerdings dem Beschwerdeführer trotz der Feststellung der Verfassungswidrigkeit des kantonalen Gesetzes vom 18. Juni 1984 aus *übergangsrechtlichen Gründen* nicht zu einer Witwerrente verholfen werden. In diesem Fall war die Ehefrau bereits vor Inkrafttreten des verfassungskonform revidierten Gesetzes in den Ruhestand getreten und starb kurz nach 1981. Die *Übergangsbestimmungen* schlossen in solchen Fällen eine – echte – Rückwirkung aus.<sup>323</sup> Nach Auffassung des EVG widersprach diese kantonale Regelung Art. 4 Abs. 2 aBV nicht. Es liess zudem nicht zu, dass sich eine *Rückwirkung* von Leistungsansprüchen aus dem Gleichheitsgebot durch Auslegung herauslesen lasse.<sup>324</sup>

Anders als in BGE 116 V 198 hat sich die Rechtsprechung in der Folge nicht mehr dazu veranlasst gesehen, eine *Witwerrente* den Beschwerdeführenden ohne weiteres, d.h. durch Nichtanwendung der kantonalen Norm oder durch Aufhebung der angefochtenen Verfügung, zuzusprechen. In BGE 120 V 312, wo es um eine *privatrechtliche Vorsorgeeinrichtung* ging, die laut Reglement und Vorsorgevertrag keinen, auch keinen eingeschränkten, an besondere Voraussetzungen gebunde-

321 BGE 116 V 198 E. 2a/cc m.Hinw. auf die Lehre.

322 BGE 106 Ib 182 E. 5; 109 Ib 81 E. 5 = Pra 72 Nr. 289. Vgl. zur Bedeutung der Konnexität in der Rechtsprechung zu Art. 4 Abs. 2 aBV vorne Rz. 124 ff.

323 Vgl. zum Begriff der Rückwirkung BGE 113 Ia 412 E. 6.

324 Vgl. die m.E. berechtigten kritischen Bemerkungen von LEUZINGER-NAEF, AJP 1994, S. 377 ff. Sie kritisiert nicht das Ergebnis im konkreten Fall, aber die generell zu verstehende Aussage des EVG, Art. 4 Abs. 2 aBV bewirke keine Rückwirkung; es machte anscheinend keinen Unterschied zwischen sog. echter und unechter Rückwirkung. Die Autorin verweist deshalb auf den Widerspruch mit dem acht Jahre nach dem Tod des Ehegatten einer Witwe zuerkannten Anspruchs auf eine Witwenrente aufgrund einer geänderten Rechtslage in BGE 99 V 200.

nen Anspruch auf Witwerrente kannte, liess es die Frage nach der *Verfassungsmässigkeit* sogar offen. Zwar – so das EVG – gelte Art. 4 Abs. 2 aBV auch gegenüber privatrechtlich organisierten Vorsorgeträgern im Sinne einer *indirekten Drittwirkung*.<sup>325</sup> Entscheidend war aber, dass ein solches Recht auf Witwerrente im Gegensatz zur St. Galler Regelung (BGE 116 V 198) aus keinerlei Anhaltspunkten im Reglement, auch nicht mit eingeschränkten Anspruchsvoraussetzungen, herzuleiten gewesen wäre.

220 Das EVG ging in der Folge – anders als in BGE 116 V 198 – stets davon aus, die in Frage stehende Beschränkung des Anspruchs auf *Witwenrenten* lasse sich trotz grundsätzlicher Verfassungswidrigkeit nicht unter Berufung auf Art. 4 Abs. 2 aBV beseitigen. Dem EVG ging es bei seinen Überlegungen<sup>326</sup> nicht so sehr um die allfälligen finanziellen Folgen einer Ausdehnung der Witwenrente auf die hinterbliebenen Ehemänner. Ebenso wenig hätten die sachlichen Grenzen richterlichen Eingreifens in politisch relativ heikle Bereiche einer andern Lösung entgegengestanden.<sup>327</sup> Entscheidend war für das EVG nunmehr allein, dass Art. 4 Abs. 2 aBV nicht dazu dienen könne, Leistungsansprüche einzuführen, welche die anwendbare statutarische oder reglementarische Ordnung – in Übereinstimmung mit der bundesgesetzlichen Regelung im Bereich der obligatorischen Vorsorge – nicht kenne.<sup>328</sup>

221 Dass die *Witwerrente* – anders als in der allgemeinen *Volksversicherung AHV* – im obligatorischen Bereich der *Beruflichen Vorsorge* auf Bundesebene, 20 Jahre nach Einführung des Gleichstellungsgebots für Frau und Mann, noch nicht geschaffen worden ist, ist wenig verständlich. Die Ausgangslage in der *Beruflichen Vorsorge*, vor allem bezüglich deren Finanzierung, ist eine wesentlich andere als jene der auf Solidarität beruhenden AHV. Die Ansprüche aus der Zweiten Säule werden durch eigene und Arbeitgeberbeiträge finanziert. Sie beruhen daher auf anderen Finanzierungsgrundlagen, nämlich (anders als die AHV mit ihrem Umlageverfahren) weitgehend auf dem sog. Kapitaldeckungsverfahren. Das bedeutet, dass Arbeitnehmende, Frauen wie Männer, welche der obligatorischen *Beruflichen Vorsorge* unterstehen, ihre Ansprüche weitgehend selbst finanzieren. Auch Frauen sind ver-

325 Vgl. zur indirekten horizontalen Drittwirkung BGE 120 V 312 E. 3b.

326 BGE 123 V 189.

327 Vgl. BGE 117 V 318 E. 6; ULRICH MEYER-BLASER, ZSR 1992 II, S. 410; WEBER-DÜRLER, Grenzen des Rechtsschutzes, S. 352.

328 BGE 123 V 189.

pflichtet, sog. *Risikobeiträge* für den Fall ihres Todes i.S.v. Art. 2 und 7 BVG zu bezahlen. Im Falle ihres Todes fallen diese aber nicht an ihre hinterbliebenen Ehegatten, sondern an die Vorsorgeeinrichtungen. In diesem Rechtsbereich wäre daher eine formale Gleichschaltung von – diesbezüglich benachteiligten – Frauen mit Männern besser zu rechtfertigen als im Bereiche der AHV.<sup>329</sup>

Die Rechtsprechung hat im Bereich des BVG diese gesetzliche Lücke 222 nur gegenüber einer kantonalen *öffentlichrechtlichen Vorsorgeeinrichtung*<sup>330</sup> durchgesetzt und nur deswegen, weil deren Reglement bereits den Ansatz einer Witwerrenten-Regelung kannte und zudem nach 1981 verschiedentlich geändert worden war, ohne aber eine volle Angleichung an das Gebot der Gleichbehandlung der Geschlechter zu verordnen. Dass EVG und Bundesgericht in andern Fällen zurückhaltender gewesen sind, hätte bei allem Verständnis für diese Rechtsprechung nicht verhindern müssen, sich nicht nur mit der *Feststellung* einer verfassungswidrigen Regelung zu begnügen, sondern es hätte auf die *grundlegende Verschiedenheit* der beiden Systeme hingewiesen werden müssen. Eine rein formale Betrachtungsweise im Bereich des BVG hätte sich angesichts der rechtlichen Unterschiede in beiden Rechtssystemen ohne weiteres rechtfertigen lassen.

### 5. Das Renten- und Pensionierungsalter für Frau und Mann

Das für Frauen und Männer seit der 6. AHV-Revision vom 19. Dezember 1963 ungleiche *Rentenalter*<sup>331</sup> ist bereits kurz nach Einführung des Art. 4 Abs. 2 aBV der richterlichen Überprüfung unterbreitet worden. Auf Bundesebene steht freilich die Schranke der Art. 113 Abs. 3 und 114<sup>bis</sup> Abs. 3 aBV/Art. 191 BV einer Verfassungskontrolle des AHVG entgegen. Aber auf der Ebene der kantonalen oder privatrechtlichen *Beruflichen Vorsorge* stellte sich das Problem des ungleichen Rentenalters verschiedentlich. Zwar richtet sich die Ordnung des BVG (Art. 13 BVG) streng nach jener des AHV-Gesetzes aus. Aber die Grenze für

329 Vgl. SCHULZ, AJP 1993, S. 1316; FEHLMANN, S. 322 f.

330 BGE 116 V 198; vgl. nun auch BGE 123 V 189: Gleichbehandlung von öffentlichrechtlichen mit privatrechtlichen Vorsorgeeinrichtungen bezüglich dieses Witwerrentenanspruchs.

331 Art. 21 Abs. 1 AHVG in der bis 1997 geltenden Fassung, Art. 21 Abs. 1 AHVG in der Fassung der 10. AHV-Revision vom 7.10.1994, in Kraft seit 1.1.1997: Alter 64/65.

den Altersrentenbeginn von Frauen im Sinne des BVG ist nicht an die 10. AHV-Revision angepasst worden. Es besteht deshalb eine gewisse Spannung zwischen den beiden Altersvorsorgesystemen, v.a. im obligatorischen Bereich des BVG, die Nachteile für Frauen beinhalten (z.B. im Falle von Invalidität).

224 Art. 6 BVG gesteht den kantonalen und privaten Vorsorgeregeln die Befugnis zu, über das Obligatorium hinaus *bessere Leistungsansprüche* vorzusehen.<sup>332</sup> Die Heraufsetzung der Altersgrenze für weibliche Vorsorgeberechtigte allein würde indessen diesem Gebot widersprechen, da darin eine deutliche Verschlechterung der ohnehin grundsätzlich benachteiligten Stellung von älteren Frauen auf dem Arbeitsmarkt läge, sofern nicht auch die Voraussetzungen für die Unterstellung (zu grosser Koordinationsabzug v.a. für Teilzeitarbeitende und schlecht entlohnte Berufsangehörige) und die Beitragsseite zugunsten der Arbeitnehmerinnen verbessert würden.

225 Es waren vor allem Männer, die sich früh das Gleichstellungsgebot auch in Bezug auf den Altersrentenbeginn zunutze zu machen versuchten. Bereits am 8. Februar 1980, also schon vor der Abstimmung über den geplanten Gleichheitsartikel, hat sich ein Beamter gegen das in Art. 23 der Statuten der Eidg. Versicherungskasse vorgesehene *unterschiedliche Rentenalter* für Frauen und Männer – 60 Jahre für Frauen und 65 Jahre für Männer – gewandt.<sup>333</sup> Er berief sich vor allem auf das *Übereinkommen Nr. 111* der Internationalen Arbeitsorganisation über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf vom 25. Juni 1958, das von der Schweiz 1961 ratifiziert und am 13. Juli 1962 in Kraft gesetzt worden war. Das Bundesgericht verneinte aber eine unmittelbare Anwendbarkeit dieser internationalen Vorschriften. Es hatte sich daher nur mit der Frage zu befassen, ob die geschlechtsspezifisch ausgestaltete Altersgrenze für Beamte und Beamtinnen gegen Art. 4 aBV in der Fassung aus der Zeit vor 1981 verstosse. Eine Verletzung der Rechtsgleichheit im Sinne dieses allgemeinen Gleichbehandlungsgebotes läge nach der Rechtsprechung nur vor, wenn mit der beanstandeten Regelung eine rechtliche Unterscheidung getroffen würde, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist. Das Bundesgericht gesteht damit dem Gesetzgeber einen *weiten Spielraum des Ermessens* zu; dieser hat nur auf die je zeitbedingten Anschauungen und Gegebenheiten Rücksicht zu nehmen und sich an das

332 Vgl. SCHWARZENBACH/WIRZ, S. 30.

333 BGE 106 Ib 182.

Willkürverbot zu halten. Ein strengerer Massstab ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dann am Platz, wenn die rechtlich ungleiche Behandlung in einem Bereich erfolgt, welcher durch die Grundrechte einen besonderen Schutz erfährt, weil die Wertschätzung von Personen betroffen ist. Das war bereits vor 1981 (seit 1977: BGE 103 Ia 517), z.B. der Fall bei einer Diskriminierung auf Grund des *Geschlechts*.<sup>334</sup>

Im zu beurteilenden Fall hat aber das Bundesgericht das Begehren des Beschwerdeführers aus Gründen der Konnexität mit Bundesrecht<sup>335</sup> abgewiesen. Es berief sich auch auf die bundesrätliche Botschaft von 1956 zur Revision des AHVG. Der Bundesrat argumentierte damals zugunsten einer Reduktion des *Frauenrentenalters*, weil die (schwächere) *Konstitution* der Frauen ein niedrigeres Rentenalter erfordere. Im zu beurteilenden Fall bezweifelte das Bundesgericht allerdings die Richtigkeit dieser Auffassung. Es verwies darauf, dass sich seit 1956 die Anschauungen über die Gleichheit der Geschlechter gewandelt hätten. Aber es lehnte es dennoch ab, die beanstandete Regelung auf ihre Verfassungsmässigkeit zu überprüfen.

227 Allerdings hat das Bundesgericht bereits kurze Zeit später in einem Entscheid vom 25. März 1983<sup>336</sup> Art. 23 der Statuten der Eidg. Versicherungskasse als mit dem Gebot der Geschlechtergleichheit unvereinbar erklärt. Diesmal war die Regelung angefochten, welche den Beamtinnen bereits nach 35 Dienstjahren die Pensionierung vorschrieb, die Männer aber erst nach 40 Dienstjahren in Pension schickte. Das EVG betonte unter Hinweis auf den ersten Entscheid zum Gebot der Geschlechtergleichbehandlung,<sup>337</sup> eine unterschiedliche Behandlung von männlichen und weiblichen Versicherten sei seit Inkrafttretens des Art. 4 Abs. 2 aBV nicht mehr erlaubt. Insbesondere dürfe seither in der verschiedenen Konstitution von Frauen und Männern kein Unterscheidungskriterium mehr gesehen werden.<sup>338</sup> Weil aber die verschiedensten Möglichkeiten denkbar seien, den Eintritt ins *Pensionierungsalter* geschlechtsneutral zu regeln, begnügte sich das Bundesgericht damit, eine Verfassungswidrigkeit festzustellen und die Neuregelung dem Gesetzgeber zu überlassen.

334 BGE 106 Ib 182 E. 4a; 103 Ia 517 = Pra 67 Nr. 138; BGE 105 Ia 120.

335 Art. 23 Reg. EVK und Art. 21 Abs. 1 AHVG.

336 BGE 109 Ib 81 = Pra 72 Nr. 289.

337 BGE 108 Ia 22 E. 5d = Pra 71 Nr. 144.

338 Dies im Gegensatz zum viel späteren Entscheid 123 I 56 E. 2c betr. Feuerwehrpflicht in einer Berggemeinde.

- 228 Die Eidg. Versicherungskasse hat sehr bald nach diesem Entscheid, im Jahre 1988, ihr Reglement den Anforderungen von Art. 4 Abs. 2 aBV durch eine formal geschlechtsneutrale Regelung angepasst.
- 229 Die Rechtsprechung hat in weiteren Entscheiden die Frage, ob eine unterschiedliche Regelung des *Pensionierungsalters* für Frauen und Männer gegen das Gebot der rechtlichen Gleichbehandlung der Geschlechter verstosse, stets bejaht. Das Bundesgericht rückte zudem von seiner früher geäusserten Meinung ab, die rechtsungleiche Regelung der Altersgrenzen nach BVG schränke wegen der Konnexität seine Prüfungsbefugnis i.S.v. Art. 113 Abs. 3 und 114<sup>bis</sup> Abs. 3 aBV ein.<sup>339</sup> Das Bundesgericht sah sich aber nicht selbst in der Lage, den einzelnen Beschwerdeführern – es waren durchwegs Männer in öffentlichrechtlichen Anstellungen – zum gleichen Recht auf Pensionierung zu verhelfen, wie dies für Frauen galt. Es lehnte es auch ab, im Anspruch auf eine Altersrente einen *Anspruch auf gleichen Lohn* i.S.v. Art. 4 Abs. 2 Satz 3 aBV zu sehen. Insbesondere aber hat das Bundesgericht ein unmittelbares Recht auf Durchsetzung des Rechtsgleichheitsgebots auf Tatbestände verneint, die vor 1981 begründet worden sind. Wohl messe die Rechtsprechung gerade Art. 4 Abs. 2 Satz 1 aBV die Bedeutung einer echten *Grundrechtsgarantie* zu, die einen unmittelbar durchsetzbaren Anspruch auf Gleichbehandlung gebe, und zwar auch in Rechtsgebieten, die schwergewichtig dem Gesetzgeber zur verfassungskonformen Ausgestaltung zugewiesen seien. Doch die Rechtsprechung lässt nach Auffassung von Bundesgericht und EVG ein unmittelbares Eingreifen der Gerichte nur zu, wenn es nicht um politisch heikle oder komplexe, eine Vielzahl von Regelungsmöglichkeiten enthaltende Materien gehe. Diese Voraussetzung für ein richterliches Eingreifen haben Bundesgericht und EVG im Bereiche der Regelung des *Altersrentenbeginns* stets verneint.<sup>340</sup> Es handle sich – anders als bei der geschlechtsneutralen Ausgestaltung der *Witwen-/Witwerrente* – bei dieser Frage der gleichen Ansetzung der Altersgrenze um eine *erstrangig politische Frage*. Das schliesse ein Eingreifen der Gerichte in die bestehende ungenü-

339 BGE vom 8.11.1985 i.S. L. T. c. Tribunal cantonal de Neuchâtel, publ. in ZBl 1986 (87), S. 482; BGE 116 V 198 m.Hinw.; 117 V 318; Entscheid des EVG vom 18.6.1993 i.S. Pensionskasse der Stadt Rorschach c. F. W.; BGE vom 22.3.1996 i.S. K. J. B. c. Regierungsrat des Kantons St. Gallen.

340 Vgl. BGE 123 V 189 E. 4f, wo im Vergleich zur Einführung einer Witwerrente durch Richterspruch die Gleichziehung hinsichtlich der Altersgrenze mit Recht als viel folgenschwerer bezeichnet und deshalb der Gesetzgebung überwiesen worden ist.

gende Ordnung aus. Man könne sich zwar fragen – so das EVG in BGE 117 V 318 –, ob diese Zurückhaltung angesichts der Schwere des durch die Verfassungswidrigkeit entstehenden Rechtsnachteils<sup>341</sup> einerseits und der überlangen gesetzgeberischen Untätigkeit andererseits noch geboten sei. Doch stehe einem unmittelbaren Eingreifen der Gerichte auf jeden Fall deren beschränkte *funktionelle Eignung* entgegen, einen Regelungsbereich grundlegend (neu) zu normieren.<sup>342</sup>

Diese formale Betrachtungsweise erlitt indessen gewisse Einbrüche, wenn es um Ansprüche von Frauen ging. Bereits im Jahre 1984 berief sich auch eine Beamtin des Bundes auf das Gebot formal rechtsgleicher Behandlung im Zusammenhang mit der unterschiedlichen Regelung des *Rücktrittsalters* für Frauen und Männer und der Wiederwahl von Beamten.<sup>343</sup> Sie machte geltend, aus wirtschaftlichen Gründen sei sie darauf angewiesen, über das Rücktrittsalter für Frauen von (damals noch) 60 Jahren oder nach 35 Dienstjahren hinaus bis zum 65. Altersjahr arbeiten zu können. Im Sinne eines Entgegenkommens ihrer Arbeitgeberschaft hätte diese Beamtin aus sozialen Gründen, jedoch in einer untergeordneten Stellung und zu schlechterem Lohn, weiterarbeiten können. Mit einer solchen Schlechterstellung ihrer Arbeitsbedingungen aber wollte sie sich nicht zufrieden geben. Sie focht daher ihre Nichtwiederwahl in ihrer bisherigen Leitungsfunktion gestützt auf Art. 4 Abs. 2 aBV an.

Das Bundesgericht gestand der Beschwerdeführerin zwar grundsätzlich die Befugnis zu, ihren Anspruch auf Weiterführung des Beamtenverhältnisses bis zu ihrem 65. Altersjahr gestützt auf Art. 4 Abs. 2 aBV vor Gericht geltend zu machen. Aber es stützte sich in diesem Fall einmal mehr – wie in BGE 106 Ib 182 E. 5 im Zusammenhang mit der Anfechtung des damaligen Art. 23 der Statuten der Eidg. Versicherungskasse – auf den *engen Sachzusammenhang* zwischen der Beamtenverordnung und dem AHV-Gesetz. Es lehnte es somit ab, die *Verfassungsmässigkeit* von Art. 8 Abs. 1 der bundesrätlichen Verordnung über

341 Ob das Gericht dabei an Rechtsnachteile für die beschwerdeführenden Männer gedacht oder sich auch zu – viel gewichtigeren – Benachteiligungen für Frauen (z.B. vorzeitiges Ausscheidenmüssen aus dem Arbeitsmarkt, niedrigere Ansprüche wegen niedrigerem Lohn oder Verlust der Ansprüche nach IVG) Gedanken gemacht hatte, blieb stets offen.

342 Vgl. dazu auch BGE 116 V 198 E. 3; 109 Ib 81 E. 5= Pra 72 Nr. 289; HÄNNI, ZSR 1988, S. 591 ff.; HAEFLIGER, S. 95; BIAGGINI, S. 465 ff.; WEBER-DÜRLER, Grenzen des Rechtsschutzes, S. 352.

343 Nicht publ. BGE vom 23.3.1984 i.S. C. J. c. EJPD.

die Wiederwahl von Beamten zu prüfen. Soweit der Beamtin aus sozialen Überlegungen der Arbeitgeberschaft die Möglichkeit einer Weiterbeschäftigung zu *schlechteren Arbeitsbedingungen* geboten wurde, hat das Bundesgericht eine Verletzung von Bundes- oder Verfassungsrecht verneint. Die von der Eidgenossenschaft geltend gemachten öffentlichen Interessen an einer Neubesetzung der bisherigen Stelle der Beschwerdeführerin würden gegenüber jenen der Nichtwiedergewählten überwiegen. Dass in den dieser Frau zugemuteten schlechteren Arbeitsbedingungen allenfalls eine (indirekte) Diskriminierung liegen könnte, ist weder geprüft noch beachtet worden.

232 Anders entschieden wurde in einem Entscheid vom 22. März 1996. Hier ging es ebenfalls um einen Anspruch auf längere Beschäftigung, diesmal aber um den Anspruch eines kantonalen Beamten. Dieser verlangte, über das in einer regierungsrätlichen Verordnung vorgesehene geschlechtsneutrale *Pensionierungsalter* von 63 Jahren hinaus bis zum 64. Altersjahr arbeiten zu können.<sup>344</sup> K. J. B. behauptete vor Bundesgericht, das kantonale Gesetz biete keine Handhabe zur «Zwangspensionierung» mit 63 Jahren. Das Bundesgericht bejahte zugunsten des Beschwerdeführers eine Verletzung der Delegationsregeln des kantonalen Rechts und aberkannte dem Regierungsrat des Kantons St. Gallen die Befugnis, durch einfache Verfügung in die Rechtstellung öffentlichrechtlicher Angestellter und Beamter einzugreifen. Denn eine zwangsweise «vorzeitige» Pensionierung führe zu einer *finanziellen Versorgungslücke*, die im Alter von 63 Jahren praktisch – und entgegen der Vorgabe der Verfassung<sup>345</sup> – nicht mehr durch Übernahme anderer Arbeiten gefüllt werden könnte. Eine derart schwere Folge der vorverschobenen Pensionierung hätte durch den kantonalen Gesetzgeber geregelt werden müssen und nicht durch regierungsrätliche Verordnung. Daran ändert nach Auffassung des Bundesgerichts nichts, dass die Zielsetzung der Ordnungsänderung gerade auf die Anpassung der bisher unterschiedlich geregelten Pensionierungsalter für Männer und Frauen an Art. 4 Abs. 2 aBV ausgerichtet war. Ebenso wenig änderte die Tatsache etwas, dass andere Betroffene die für Männer vorverschobene Pensionierung – trotz der damit verbundenen Versorgungslücke – als Vor-

344 Es ging in diesem Fall um die regierungsrätliche Verordnung über die Kantonale Lehrerversicherungskasse vom 13.11.1990, gestützt auf Art. 10<sup>bis</sup> Abs. 2 des st. gallischen Gesetzes über die Besoldung der Volksschullehrer vom 30.11.1971; nicht publ. BGE vom 22.3.1996 i.S. K. J. B. c. Regierungsrat des Kantons St. Gallen.

345 Vgl. Art. 34<sup>quater</sup> aBV/Art. 111 ff. BV.

teil und nicht als Belastung empfunden haben. Weil durch diese Versorgungslücke nur Männer und nicht auch die Frauen betroffen werden, liegt nicht nur nach Ansicht des Beschwerdeführers, sondern auch des Bundesgerichts in dieser Regelung eine unstreitig *geschlechtsspezifische Benachteiligung* der Männer.<sup>346</sup>

Es ist m.W. ein einziger Entscheid gefällt worden, in welchem auch eine *privatrechtlich* angestellte Frau gestützt auf Art. 4 Abs. 2 aBV um die Verlängerung ihres Arbeitsvertrags über das 60. Altersjahr hinaus gekämpft hat.<sup>347</sup> Die Angestellte einer Versicherungsgesellschaft, die von einer anderen Unternehmung übernommen worden war, hatte einen neuen Anstellungsvertrag zu unterschreiben, in welchem auch die Vorsorgeregelung neu formuliert war. Diese sollte im Sinne einer Übergangsregelung für die älteren Angestellten wie bisher weiter geführt und neue Angestellte sollten dem Obligatorium des (neu in Kraft getretenen) BVG unterstellt werden. Das hiess, dass mit dem Erreichen des Pensionsalters auch der Arbeitsvertrag – unter Vorbehalt besonderer Vereinbarungen – automatisch, d.h. ohne spezielle Kündigung, aufgehoben werde.

234 Frau M. B., die diesen Anstellungsvertrag vorbehaltlos unterzeichnet hatte, versuchte nach Erreichen ihres 60. Altersjahres – unter Hinweis auf ihre prekäre wirtschaftliche Situation und auf den Grundsatz der Gleichbehandlung der Geschlechter – erfolglos, ihren Anstellungsvertrag, der einen Vorbehalt einer Weiterbeschäftigung enthielt – im Sinne dieses Vorbehalts durch die Arbeitgeberfirma verlängern zu lassen. Sie beklagte sich darüber, sie erleide durch dieses *missbräuchliche Vorgehen ihrer Arbeitgeberin* einen Verdienstausschlag während zweier Jahre. Das könne sie wirtschaftlich nicht verkraften. Das Bundesgericht liess diese Rüge im Berufungsverfahren zu, betrachtete aber – anders als im Fall des Lehrers aus St. Gallen<sup>348</sup> – die Voraussetzungen für eine Gutheissung der Rechtsmittel (einerseits Berufung auf Bezahlung von Schadenersatz, andererseits staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung von Art. 4 Abs. 2 aBV) weder unter dem Gesichtspunkt des Arbeitsvertragsrechts noch in *indirekter Anwendung* von Art. 4 Abs. 2 aBV als erfüllt. Dass das Arbeitsverhältnis zwischen der Arbeitgeberin

346 Dies im Gegensatz und mit andern Folgen als im Entscheid bezüglich der Bundesbeamtin 12 Jahre zuvor.

347 BGE 114 Ia 329 und 114 II 349 = Pra 79 Nr. 114.

348 Vgl. vorne Rz. 230 ff.; nicht publ. BGE vom 22.3.1996 i.S. K. J. B. c. Regierungsrat St. Gallen.

und M. B. ein befristetes sei und die Anstellung nach dem massgebenden Vorsorgereglement ohne weiteres mit Erreichen des Pensionierungsalters zu Ende gehe, habe die Arbeitnehmerin mit ihrer Unterschrift unter den – neuen – Arbeitsvertrag anerkannt. Sie könne sich nun nicht auf eine Verletzung arbeitsvertraglicher Bestimmungen oder auf das Gleichbehandlungsgebot des Art. 4 Abs. 2 aBV berufen, welche Norm zudem nicht zwischen Privaten, sondern nur im Verhältnis der Bürger/innen zum Staat *unmittelbar* gelte. Zwar lasse diese Bestimmung, die *indirekte Auswirkungen* auch auf private Rechtsverhältnisse haben könne, keine unterschiedliche rechtliche Regelung für Männer und Frauen mehr zu. Aber vorliegend sei die Rechtsuchende reglementskonform in Pension versetzt worden. Sie habe diesem Reglement zumindest stillschweigend zugestimmt und sei nunmehr daran gebunden.

235 Der Betroffenen konnte auch nicht helfen, dass sie sich auf die verfassungsmässig garantierte Lohngleichheit berief. Das Bundesgericht ist seit BGE 109 Ib 81 E. 4c davon ausgegangen, die Altersrente gemäss BVG sei – ungeachtet des engen Bezugs zu einer Erwerbsarbeit – nicht Lohn für geleistete Arbeit. Unter den Lohnbegriff falle auch nicht das von der Arbeitgeberin ausbezahlte Sparkapital aus der Beruflichen Vorsorge.<sup>349</sup> Ausserdem wies das Bundesgericht darauf hin, für Anpassungen von geschlechtsdiskriminierenden Normen, die bereits vor 1981 in Kraft standen und die für die Beschwerdeführende galten, sei den Behörden und Privaten eine gewisse «Gnadenfrist» zuzugestehen, die vorliegend noch nicht abgelaufen sei. Zudem habe sich Frau M. B. der vereinbarten Rücktrittsregelung ohne Vorbehalt gefügt.

236 *Bemerkung:* Dieser Fall hätte m.E. Anlass dafür geboten, die Komplexität der rechtlichen und vertraglichen Situation und die *Schutzwürdigkeit* der Arbeitnehmenden gegenüber einseitig verfügbaren, komplizierten Anordnungen der Arbeitgeberschaft im Zusammenhang mit der Beruflichen Vorsorge flexibler und verfassungskonformer zu beurteilen, umso mehr, als sich in diesen Fällen von «Frauen-Beschwerden» ein von der Beurteilung von «Männerbeschwerden» abweichendes

349 Das Bundesgericht verweist in diesem Zusammenhang auf BGE 106 Ib 182, wo es in E. 5 davon ausgeht, Art. 113 Abs. 3/114<sup>bis</sup> Abs. 3 aBV stünden einer Gleichstellung von Frauen und Männern, wenn Bundesrecht streitig ist, entgegen. Anders dann in BGE 109 Ib 81 = Pra 72 Nr. 289 und ZBl 1986 (87), wo es von der Verfassungswidrigkeit unterschiedlicher Altersgrenzen ausgeht. Vgl. die andere Meinung des deutschen Bundesverfassungsgerichts noch in seinem Entscheid vom 28. 1. 1987, publ. in EuGRZ 14/1987, S. 291 ff.

Verständnis des Art. 4 Abs. 2 aBV/8 Abs. 3 BV abzeichnet. Die Unterschrift unter die von der Arbeitgeberschaft vorgelegte vertragliche oder reglementarische Änderung eines Anstellungsvertrags wurde von «Partnern» in ungleicher (Macht-)Position verlangt. Die Verweisung auf die Zustimmung und eigene Verantwortung hilft in solchen Fällen nicht viel. Zudem ging es um das verfassungsrechtliche Gebot der Gleichbehandlung von Frau und Mann, das durch die Übernahme einer diskriminierenden Regelung in die Zeit nach 1981 von der Arbeitgeberschaft offensichtlich – sowohl bezüglich einer Gleichbehandlung älterer mit jüngeren Arbeitnehmenden als auch hinsichtlich der Unterschiede zwischen männlichen und weiblichen Angestellten – missachtet worden war. Das hätte angesichts der grundsätzlich in privatrechtlichen Sachverhalten *indirekt* zulässigen Rüge einer Verfassungswidrigkeit Anlass geben können, die besonders komplexe Sach- und Rechtslage mit Hilfe einer verfassungskonformen Auslegung zugunsten der benachteiligten und diskriminierten Arbeitnehmerin zu regeln. Es hätte zudem Anlass bestanden, den Begriff des Lohnes i.S.v. Art. 4 Abs. 2 Satz 3 aBV eventuell weiter zu fassen, hängt doch die Berufliche Vorsorge eng mit dem Erwerbslohn zusammen.<sup>350</sup> Das hätte ermöglicht, das zur Diskussion stehende Problem der Weiterdauer eines Vertrags über die Altersgrenzen nach BVG hinaus anders, nämlich gestützt auf die besondere Bestimmung des Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. Abs. 3 Satz 3 BV verfassungskonform zu lösen.

#### 6. Die Mutterschaft als besonderes Problem der rechtlichen Gleichstellung

Welche Probleme sich bezüglich der Gleichheit von Frau und Mann im Recht der staatlichen Leistungen ergeben, hat auch die Regelung der *Waisenrenten* aufgezeigt: 237

Im AHVG hat die *traditionelle Auffassung* über die unbezahlt arbeitenden Mütter und die ungenügende Beachtung der Familienarbeit bewirkt, dass die Voraussetzungen für den Anspruch auf Waisenrenten beim Tod der Mutter anders als für Vaterwaisenrenten geregelt worden sind. Für die Ermittlung ihrer Höhe galten über Jahrzehnte hinweg unterschiedliche, beim Tode der Mutter erheblich *schlechtere Bemessungsgrundlagen*. Zudem waren Mutterwaisenrenten an die Voraussetzung «erheblicher wirtschaftlicher Nachteile» für die Waisen ge- 238

350 Etwa im Sinne des Europäischen Gerichtshofs, siehe STEINER, Verbot, S. 70 ff.

knüpft.<sup>351</sup> Diese einengende Voraussetzung wurde im Zusammenhang mit der 8. AHV-Revision ab 1. Januar 1975 fallen gelassen, aber unterschiedliche Bemessungsgrundlagen für Mutter- und Vaterwaisenrenten blieben bis zur 10. AHV-Revision, somit bis 1. Januar 1997, bestehen.

239 Trotz dieser, aus heutiger Sicht nicht mehr begründbaren, rechtlichen Regelung hatten sich m.W. die Gerichte nach 1981 nur wenig mit der Frage zu befassen, ob die unterschiedliche Regelung der *Mutterwaisenrente* in der bundesrätlichen Verordnung vor Art. 4 Abs. 2 aBV standzuhalten vermöge.<sup>352</sup> Sie ermöglichte angesichts der zumeist niedrigen Frauenlöhne kaum, die durch den Ausfall der Mutter entstehenden Mehrkosten für Haushalts- und Kinderbesorgung sozialversicherungsrechtlich abzugelten.

240 Ein 1992 verwitweter Vater von fünf Kindern verlangte *Waisenrenten* in der gleichen Höhe wie für Vaterwaisen. Er machte geltend, er müsse nun anstelle der verstorbenen Ehefrau entweder seine Erwerbsarbeit aufgeben oder für die Kinder eine Drittperson anstellen. Mit den Mutterwaisenrenten, berechnet nach den Grundlagen des Art. 48 Abs. 4 AHVV, vermöge er eine ausreichende, verfassungsrechtlich gewährleistete minimale Lebenshaltung nicht zu behalten. Die Berechnung der Mutterwaisenrenten und damit auch Art. 48 Abs. 4 AHVV widerspreche dem Gleichbehandlungsgebot nach Art. 4 Abs. 2 aBV.

241 Das EVG wollte dem Beschwerdeführer jedoch nicht folgen. Es berief sich in seinem nicht veröffentlichten Entscheid vom 5. Mai 1993 i.S. S. D. darauf, es habe bereits in BGE 112 V 257 die Vorschrift des Art. 48 Abs. 4 AHVV über die Berechnung der Mutterwaisenrente als gesetzmässig erklärt. Aus diesem Entscheid gehe klar hervor, dass der Gesetzgeber Mutter- und Vaterwaisenrenten nicht gleich geregelt haben wollte. Nachdem der Gesetzgeber diese Kompetenz des Bundesrates auch in der 8. AHV-Revision nicht angetastet habe, habe er einerseits den Willen zur Aufrechterhaltung der ungleichen Behandlung der *Waisenrenten* ausgedrückt, andererseits habe er der vom Bundesrat getroffenen Regelung zugestimmt. Es könne deshalb nicht gesagt werden, der Bundesrat habe mit Art. 48 Abs. 4 AHVV eine geschlechtsspezifische Unterscheidung getroffen, die rechtlich nicht abgedeckt sei. Was den Vorwurf betreffe, Art. 4 Abs. 2 aBV sei durch diese Regelung verletzt, hat das EVG, anders als in seiner Rechtsprechung zur *Gleichberechtigung* bezüglich

351 Art. 25 Abs. 1 AHVG in der Fassung vom 30.6.1972, in Kraft ab 1.1.1975; Art. 48 Abs. 1 und 4 AHVV in der Fassung vom 7.7.1983.

352 Nicht publ. BGE vom 5.5.1993 i.S. S. D. m.Verw. auf BGE 112 V 257.

der Ansprüche auf Witwer- und Witwenrenten und unter Übernahme der Argumentation zum Willkürverbot des Art. 4 Abs. 1 aBV, erklärt, die vom Bundesrat in Art. 48 Abs. 4 AHVV getroffene Regelung könne nicht als unsachlich bezeichnet werden. Eine unzulässige Ungleichbehandlung wäre nur gegeben, wenn männliche und weibliche Waisen ein und desselben Elternteils unterschiedlich behandelt würden. Die vom Bundesrat getroffene Unterscheidung beschränke sich jedoch nur auf die *Berechnungsart der Mutterwaisenrente*. Es entspreche dem heutigen System der Alters- und Hinterlassenenversicherung, die Stellung von Mann und Frau beitrags- und rentenrechtlich verschieden auszugestalten. Auch lasse sich nichts aus der bevorstehenden 10. AHV-Revision herleiten, auch wenn diese – bis auf wenige Ausnahmen – die Herstellung der vollständigen Gleichberechtigung von Frau und Mann im Bereich der AHV bezwecke. Eine rechtliche Vorauswirkung in dem Sinne, dass die in Art. 25 Abs. 1 AHVG gewollte unterschiedliche Regelung von Mutter- und Vaterwaisenrenten dadurch modifiziert oder in Frage gestellt würde, könne weder den Erläuterungen in der Botschaft noch dem dazu gehörenden Gesetzesentwurf entnommen werden.

*Bemerkung:* Der zu beurteilende Sachverhalt geht auf das Jahr 1992 zurück. Damals stand Art. 4 Abs. 2 aBV bereits seit elf Jahren in Kraft. Die unterschiedliche Ordnung der Mutter- und Vaterwaisenrenten, auch wenn sie vom Gesetzgeber gewollt und 1972 indirekt bestätigt worden war, widersprach unzweifelhaft dem Gebot, Männer und Frauen rechtlich gleich zu behandeln. Da das EVG bundesrätliche Verordnungen zumindest auf ihre Gesetzmässigkeit (und doch wohl auf ihre Verfassungsmässigkeit) überprüfen kann, hätte es nahegelegen, entsprechend dem Antrag des Beschwerdeführers einen Verstoss gegen Art. 4 Abs. 2 aBV grundsätzlich festzustellen. Die gesetzliche Regelung enthielt in zweierlei Hinsicht eine diskriminierende Ungleichbehandlung eines vergleichbaren Sachverhalts: Es ging nicht einfach darum, dass männliche und weibliche *Waisen* ungleich behandelt wurden. Die diskriminierende Ungleichbehandlung lag einerseits in der *unterschiedlichen Bemessungsgrundlage* (für Vaterwaisen wurde auf die Bemessungsgrundlagen des Ehepaares abgestellt, für Mutterwaisen nur auf jene der verstorbenen Frau). Andererseits beruhte die ungleiche Regelung auf einem unhaltbaren *Ungleichgewicht der familienrechtlichen Leistungen von Mutter und Vater*. Eine solche Feststellung zuhanden des Verordnungs- und Gesetzgebers hätte sich unbeachtet der Art. 113 Abs. 3 und 114<sup>bis</sup> Abs. 3 aBV aufgedrängt und wäre angesichts des sonst strengen formalen Verständnisses des Art. 4 Abs. 2 aBV – und v.a. an-

242

gesichts des Vorranges der Verfassung – auch möglich und zulässig gewesen. Man kann sich sogar fragen, ob angesichts der klaren Grundlagen der Bemessung solcher Renten gemäss dem in Revision stehenden Art. 33 Abs. 1 AHVG nicht sogar – wie dies in BGE 116 V 198 gegenüber einer kantonal-öffentlichrechtlichen BVG-Regelung geschehen ist –, trotz der üblichen Zurückhaltung des Gerichts, Gleichheit durch Richterspruch hätte hergestellt werden können.<sup>353</sup>

#### 7. Anspruch auf Mutterschaftsurlaub: Eine reine Frauensache?

243 Auf derselben Ebene liegt die Frage, ob ein Mutterschaftsurlaub eine reine Frauensache sei. Es geht einerseits um einen eigentlichen Mutterschaftsurlaub von 14 Wochen und andererseits um die Problematik eines Urlaubs nach Adoption eines Kindes.

244 Eine unterschiedliche Behandlung von Frauen und Männern ist nach der bundesgerichtlichen Formel immer dann gefordert, wenn der aus dem Geschlecht sich ergebende *biologische Unterschied* den konkreten Sachverhalt so entscheidend prägt, dass gemeinsame Elemente überhaupt nicht zu erkennen sind oder vollständig zurücktreten. *Arbeitsrechtliche Schutzbestimmungen* waren und sind unter diesem Gesichtspunkt verfassungsrechtlich ohne weiteres zulässig, wenn es um schwangere und stillende Frauen geht. In der Praxis stellt sich dennoch die Frage, wie es sich verhält, wenn Personalgesetze oder -verordnungen *allein zugunsten von Frauen* einen über das Minimum des Art. 35 ArbG i.V.m. Art. 324a Abs. 3 OR hinausgehenden bezahlten *Mutterschaftsurlaub*, aber nicht auch einen *Vaterschaftsurlaub* vorsehen. Das Bundesgericht hatte sich in einem Entscheid vom 11. Februar 1994 mit dieser Problematik zu befassen.<sup>354</sup> Ein Universitätsassistent, dessen Ehefrau kurz vor dem Abschluss ihrer Examina stand und als Nichterwerbstätige deshalb keiner Personalordnung mit Leistungen bei Mutterschaft unterstand, verlangte für sich den in der Personalverordnung vorgesehenen Mutterschaftsurlaub von vierzehn Wochen. Das Bundesgericht lehnte dieses Ansinnen ab. Es wies darauf hin, dass der allein Frauen zustehende Mutter-

353 Vgl. umgekehrt BGE 119 V 425 = Pra 83 Nr. 177 mit der – die Frau im Grunde benachteiligenden – innovativen Auslegung von Art. 34 Abs. 3 IVG und Art. 22<sup>bis</sup> AHVG bezüglich des familienrechtlichen «Unterhalts» und der damit verbundenen Einengung der Ansprüche einer Frau gegenüber der direkten Auszahlung von Zusatzrenten. Dazu Besprechung von THOMAS KOLLER, AJP 1994, S. 1600ff.

354 BGE i.S. U. P. H. c. die Finanzdirektion des Kantons Bern, publ. in ZBI 1994 (95), S. 375.

schaftsurlaub auf geschlechtsbedingten biologischen Gründen beruhe und deshalb vor Art. 4 Abs. 2 aBV standzuhalten vermöge. Diese Regelung stehe im Einklang mit verschiedenen Gesetzen, die Leistungen zugunsten von Müttern vorsehen, sei dies in Form eines Arbeitsverbots während einer bestimmten Zeit gemäss Art. 35 Abs. 2 ArbG oder in Form von Krankenversicherungs- oder *Taggeldleistungen* i.S.v. Art. 14 Abs. 6 des KUVG vom 13. Juni 1911 resp. Art. 74 Abs. 2 KVG vom 18. März 1994. In diesen Gesetzen würden Leistungen zugunsten der Mütter für die Dauer von acht Wochen (Arbeitsverbot), zehn Wochen oder gar sechzehn Wochen (Taggeldleistungen) vorgesehen.<sup>355</sup> Wenn daher die beanstandete Beamtenordnung einen Mutterschaftsurlaub von vierzehn Wochen allein für Frauen vorsehe, sei dies auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden, sondern durch das Stillen des Kindes gerechtfertigt. Denn eine Mutter, die ihr Kind stillt, begegne – so das Bundesgericht – erheblichen Schwierigkeiten auf dem Arbeitsmarkt. Da der beanstandete Mutterschaftsurlaub unmittelbar mit einem relevanten geschlechtsspezifischen Tatbestandselement verknüpft und nicht überlang sei, lasse sich diese Regelung unter Gleichstellungsgesichtspunkten nicht beanstanden.<sup>356</sup>

Der Familienvater wandte indes ein, wenn der Zweck dieser Bevorzugung von Frauen darin bestehe, die *Rahmenbedingungen* für die Frau in der Arbeitswelt zu verbessern und gleichzeitig ihre Doppelrolle in Familie und Beruf zu erleichtern, sei nicht einzusehen, weshalb nur der Frau die *Doppelrolle in der Familie* erleichtert werden solle. Damit werde nur die traditionelle Form der Rollenteilung übernommen und zementiert, was Art. 4 Abs. 2 aBV gerade vermeiden wolle. Das Bundesgericht gesteht dem Beschwerdeführer zu, die Schaffung eines *Elternurlaubs* wäre wohl geeignet, die Gleichstellung von Mann und Frau in Familie und Arbeitswelt zu fördern. Aber das zu ermöglichen, sei Sache des Gesetzgebers und nicht des Richters.

Anders verhält es sich mit Adoptionsurlauben: Den *weiblichen* Spitalangestellten des Kantons Genf stand analog zum eigentlichen Mut-

355 Das Bundesgericht verweist auch auf Art. 8 der Richtlinie 92/85 des EWG-Rates vom 19.10.1992, der einen Mutterschaftsurlaub von mind. 14 Wochen empfiehlt, ebenso auf das Übereinkommen Nr. 103 der IAO und die Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961 sowie die Europäische Ordnung der Sozialen Sicherheit vom 16.4.1964, die ebenfalls mindestens 12 Wochen Mutterschaftsurlaub vorsehen.

356 Der Bund kennt eine noch grosszügigere Ausgestaltung des Mutterschaftsurlaubs von 16 Wochen: Art. 56 Abs. 2<sup>bis</sup>, 61 Abs. 2<sup>bis</sup> BO vom 10.11.1959; Art. 85 Abs. 2<sup>bis</sup> BO vom 29.12.1964; Art. 71 Abs. 2<sup>bis</sup> der Angestelltenordnung vom 10.11.1959.

*terschaftsurlaub* im Falle der Adoption von Kindern unter zehn Jahren<sup>357</sup> ein Urlaub im selben zeitlichen Rahmen von sechzehn Wochen zu. Dem *Adoptivvater* J.-P.B. wurde zunächst ein unbezahlter Urlaub von einer bis zwei Wochen zugestanden, um für eine Auslandsadoption die nötigen Schritte unternehmen zu können. Nach Ablauf dieser Zeit ersuchte er darum, ihm den reglementarisch für Frauen vorgesehenen «*Adoptionsurlaub*» zu gewähren. Ein solcher Urlaub stand nämlich der *nichterwerbstätigen* Ehefrau des Gesuchstellers nicht zu. Dieses Gesuch, das sich auf Art. 4 Abs. 2 Satz 1 aBV stützte, wurde indessen von den kantonalen Behörden abgelehnt, obwohl sie einen Verstoß gegen diesen Verfassungsgrundsatz bejaht hatten. Sie meinten aber, die Schaffung eines Elternurlaubs sei Sache des Gesetzgebers, nicht aber der richterlichen Instanzen oder Verwaltungsbehörden.

247 Das Bundesgericht hat die Beschwerde von J.-P.B. gutgeheissen. Zwar ging es im bundesgerichtlichen Verfahren nicht mehr um die – unbestrittene – Verfassungswidrigkeit der beanstandeten kantonalen Bestimmung, sondern nur um die *Folgen*<sup>358</sup> der festgestellten Unvereinbarkeit mit Art. 4 Abs. 2 aBV. Weil keinerlei besondere (administrative oder finanzielle) Schwierigkeiten zu befürchten waren, wenn die beanstandete Norm auch auf (die wenigen dem Reglement unterstehenden) Adoptivväter übertragen wurde und auch im konkreten Fall von Seiten der Ehefrau kein Anspruch zu befürchten war, gab es für das Bundesgericht keinen Grund, die beanstandete Norm – und zwar ohne Einschaltung des Gesetzgebers – nicht verfassungskonform auszulegen und sie zugunsten des Adoptivvaters anzuwenden.

248 Das Bundesgericht hat mit Blick auf das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot des Art. 4 Abs. 1 aBV/Art. 8 Abs. 1 BV freilich auch einen gewissen Widerspruch darin erblickt, dass mit dieser Lösung zugunsten der *Adoptivväter* eine Ungleichheit gegenüber *leiblichen Vätern* entstehe. Doch seien besonders bei Auslandsadoptionen die Umstände derart verschieden, dass sich eine unterschiedliche Behandlung unter Willkürgesichtspunkten rechtfertige.

249 *Bemerkung:* Diese Entscheide haben dem Bundesgericht die Gelegenheit geboten, einerseits die geltenden Regelungen zum *Mutterschaftsurlaub* als verfassungsrechtlich abgestützt zu bejahen, soweit es um den sozialpolitisch motivierten Schutz von Mutter und Neugebore-

357 Nicht publ. BGE i.S. J.-P. B. c. Commission de recours du personnel des établissements hospitaliers du canton de Genève vom 2. 11. 1990.

358 Vgl. zu den Folgen einer Verfassungswidrigkeit vorne Rz. 129 ff.

nem geht. Andererseits aber kann man sich fragen, ob die Kompetenz des Gerichts tatsächlich überschritten worden wäre, wenn das Bundesgericht versucht hätte, eine auch für Väter geltende Regelung durch Richterspruch zu schaffen. Diese Frage hat sich das Bundesgericht in einem Entscheid aus dem Jahre 1991 zugunsten einer berufstätigen Mutter in anderem Zusammenhang und unter Hinweis auf die Zeitfrage gestellt, aber offen gelassen, und später, in einem der jüngeren Entscheide, hat es in der Frage einer Gleichbehandlung von Frauen und Männern bezüglich der Regelung von Dienstalterszulagen gegenüber Müttern, unter Rückgriff auf seine formale Betrachtungsweise, die Möglichkeit, eine berufstätige Mutter wegen ihrer Mutterschaft und somit aus biologischen und familienpolitischen Gründen besser zu behandeln als andere Berufstätige, verneint, ohne sich aber mit der Problematik allfälliger indirekter Diskriminierung von Müttern auseinanderzusetzen.<sup>359</sup> Eine Antwort hat sich im Fall des U. P. H. nicht aufgedrängt, war doch der Mutterschaftsurlaub zeitlich relativ bescheiden. Im Blick auf die Notwendigkeit, den erwerbstätigen Müttern zur Wiedererlangung der Kräfte nach einer Niederkunft die erforderliche arbeitsfreie Zeit einzuräumen, wäre es zumindest nicht angegangen, die vierzehn Wochen allein unter den formalrechtlichen Gleichstellungsgesichtspunkten zugunsten der Väter abzukürzen, wie dies der Beschwerdeführer im genannten Fall meinte. Damit wäre ein *Abbau sozialen Schutzes* verbunden gewesen, der weder dem Sinn und Zweck von Art. 4 Abs. 2 Satz 1 aBV entsprochen noch den Frauen mehr tatsächliche Gleichheit gebracht hätte. Es ist daher m.E. grundsätzlich richtig, dass der Gesetzgeber in diesem Rechtsbereich Lösungen zu suchen hat, welche dem Gleichstellungsgebot nicht nur formal, sondern auch in materieller Hinsicht entsprechen würden.

Es ist umgekehrt richtig, in Fragen des *Adoptionsurlaubs* einen Anspruch auf Gleichbehandlung von Vätern grundsätzlich zu bejahen. Die Ausgangslage ist nicht mit derjenigen für leibliche Mütter und Väter vergleichbar. Wichtig ist in Adoptionsfällen einzig, dass mit einer solchen Massnahme die Möglichkeit geschaffen wird, eine intensive und enge Beziehung zwischen Adoptionseltern resp. neben der Mutter auch zwischen Vater und Kind herzustellen. Damit wird zudem in gewissem Sinne das überlieferte *Rollendenken* aufgebrochen. Der Beschwerde-

359 Vgl. einerseits BGE vom 31. 5. 1991 i.S. A. G. c. Einwohnergemeinde X.; andererseits BGE vom 20. 11. 2000 i.S. L. F.-Z. und SSP/VPOD c. Tamm, del. Cantone Ticino, Vgl. hinten Rz. 251.

fürer U. P. H. im Entscheid vom 11. Februar 1994 hatte denn auch u.a. unter Berufung auf den Genfer Fall vom 2. November 1990 versucht, das Recht auf *Vaterschaftsurlaub* nach Geburt seines leiblichen Kindes mit der Bedeutung der Väter für die Entwicklung von Kleinkindern zu begründen. Das ist als allgemeiner Grundsatz zutreffend. Doch hätte eine Gleichstellung des Mutterschaftsurlaubs mit dem Adoptionsurlaub – wie erwähnt – zu einer Aushöhlung des sozialen Schutzgedankens für Mütter und Kinder geführt. Das wäre mit dem Gedanken einer materiellen Gleichstellung der Geschlechter nicht vereinbar gewesen. Die in den genannten zwei Fällen festzustellende differenzierte Betrachtungsweise des Bundesgerichts und der Verweis auf die Gesetzgebung erweist sich m.E. vielmehr als überzeugend.

251 Fraglich aber ist wiederum, ob der Entscheid zu einem neueren Sachverhalt<sup>360</sup> unter dem Gesichtspunkt formaler und materieller Gleichstellung richtig sein kann. Es ging um eine Lehrerin, welche zusätzlich zu ihrem bezahlten Mutterschaftsurlaub noch einen unbezahlten Urlaub von neun Monaten bezogen hat. Nach der massgebenden kantonalen Gesetzgebung haben unbezahlte Urlaube von mehr als 30 Tagen pro Jahr die Wirkung, dass das gesamte Urlaubsbezugsjahr für die Berechnung von Dienstaltersstufen und für die je nach Dienstalter abgestuften Gratifikationen ausser Betracht bleibt. Das führte dazu, dass die Betroffene dienstaltersmässig wegen ihres unbezahlten Mutterschaftsurlaubs von neun Monaten um ein Dienstjahr schlechter gestellt wurde als sie es wäre, wenn sie keinen Urlaub bezogen hätte. Das Bundesgericht hielt indessen dafür, die kantonale Regelung, welche ungeachtet der Motive alle Urlaube, die über die gesetzlich vorgesehene Zeit hinaus gehen, gleichstellt, halte vor der Verfassung stand. Eine Verletzung des Gleichstellungsgebots nach Art. 8 Abs. 3 BV wollte es somit nicht wahrhaben, obwohl es offenkundig ist, dass es etwas anderes ist, wenn aus familiären Gründen Urlaube bezogen werden als wenn es um irgendwelche Urlaubswünsche ginge. Es liegt auf der Hand, dass Mütter durch die geschlechtsneutrale Regelung des beanstandeten Gesetzes u.U. negativ betroffen sind. In diesem Fall hätte sich m.E. deshalb eine Abkehr vom formalen Gleichheitsdenken und eine Berücksichtigung des konkreten – letztlich auf für die Berufstätigkeit dieser Frau (im Schuldienst) bedeutsamen – Motivs aufgedrängt, um eine indi-

360 Nicht publ. BGE vom 20.11.2000 i.S. L. F.-Z. und SSP/VPOD c. Tamm, del Cantone Ticino.

rekte, wenn nicht gar eine direkte (implizite) Diskriminierung auszuschliessen.

## II. Das Problem der indirekten Diskriminierung

Wie dieser letzte Sachverhalt zeigt, tut sich die Rechtsprechung schwer mit dem Konstrukt der indirekten Diskriminierung. Das Bundesgericht hat zwar anerkannt, dass es vor allem Frauen sind, die Hausarbeit leisten und kleinere Kinder betreuen. Es hat auch eingesehen, dass es vor allem Frauen sind, die sich die Möglichkeit von Mutterschaftsurlauben im Sinne des kantonalen Rechts zunutze machen.<sup>361</sup> Aber ganz allgemein hat es aus dieser Einsicht kaum je Konsequenzen gezogen.

Das Bundesgericht hat sich im Rahmen des Art. 4 Abs. 2 Satz 1 aBV 253 denn auch nur wenige Male mit dem Problem *indirekter Diskriminierung* befasst.<sup>362</sup> Es stand dieser neuen Rechtsfigur zunächst eher ablehnend gegenüber;<sup>363</sup> der Begriff wurde erstmals 1999 im Zusammenhang mit einer Lohngleichheitsklage *definiert*.<sup>364, 365</sup> Eine indirekte geschlechtsbedingte Diskriminierung liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn eine formal geschlechtsneutrale Regelung im Ergebnis wesentlich mehr bzw. überwiegend Angehörige des einen Geschlechts ohne sachliche Begründung gegenüber jenen des andern Geschlechts erheblich benachteiligt. Es geht dabei darum, den Frauen, die als Gruppe und als Einzelpersonen in verschiedensten Lebensbelangen von formal gleichem Recht in der Lebensrealität unterschiedlich betroffen sind,<sup>366</sup> zu

361 Vgl. BGE vom 20.11.2000 i.S. L. F.-Z. und SSP/VPOD c. Tamm, del Cantone Ticino.

362 Vgl. auch vorne Rz. 86, Zuletzt in BGE 126 II 377 E. 6c.

363 Z. B. BGE 119 Ia 241 = Pra 83 Nr. 105: Steuerabzüge für Nichterwerbstätige; 121 I 97: Lösung der Fehlbetragsverteilung im Trennungs- und Scheidungsrecht und nun auch bezüglich der Bevorzugung von Müttern bei verlängertem Mutterschaftsurlaub; siehe den in FN 87 zitierten Entscheid.

364 BGE 125 II 385: Lohngleichheit für Physiotherapeutinnen. Das Bundesgericht verweist in diesem Entscheid auf die Botschaft zum Gleichstellungsgesetz: BBl 1993 I 1248 ff.; 1295 f.; vgl. auch BGE 125 I 71 E. 2a; 125 III 368 E. 3; 124 II 409 E. 7. Zum Ganzen auch ELISABETH FREIHOFF, Rz. 13, 15 zu Art. 3 GlG; ARIOLI, Rechtsfigur, S. 1397 f.; TOBLER, Quoten, S. 70 ff.; grundsätzlich ablehnend WEBER-DÜRLER, ZBJV 1992, S. 376.

365 Zum Begriff ARIOLI, Rechtsfigur S. 1330 ff. m.Hinw.; STEINER, Verbot, S. 344 ff.

366 Z. B. Nachtarbeit vgl. BGE 116 Ib 270; sodann ArG vom 20.3.1998, in Kraft seit 1.5.2000, Art. 16 ff.; Heraufsetzung der Altersgrenze in Art. 23 AHVG der 10. Revision; auch BGE vom 10.10.1986 i.S. D. B., publ. in ZBl 1987 (88), S. 306; vom 3.9.1992 i.S. Einwohnergemeinde Egerkingen c. D. A. und kantonales Steuerge-

gleichen Chancen und zu materieller Gleichheit zu verhelfen. Diese Definition müsste deshalb durch die Rechtsprechung grundsätzlich viel häufiger zur Anerkennung von Diskriminierungen führen als dies tatsächlich geschieht.

254 Es war der Einführung des *Gleichstellungsgesetzes* vorbehalten, dieser Rechtsfigur im Arbeitsleben zu mehr Bewusstsein zu verhelfen.<sup>367</sup> In andern Gleichheitsverfahren gibt sich das Bundesgericht relativ schnell mit einer geschlechtsneutralen Formulierung in Gesetzen und Verfügungen zufrieden, ohne die angefochtene Regelung auf allfällige *versteckte oder indirekte Diskriminierungen* zu hinterfragen.<sup>368</sup> Neben dem oben genannten Entscheid hat sich die Frage vor allem in BGE 119 Ia 241 und erneut im Entscheid vom 8. März 1996 i.S. A. S.-G. gestellt. Es ging um die Frage, wie im Rahmen der privaten Vorsorge i.S.v. Art. 34<sup>quater</sup> Abs. 6 aBV der Begriff der «salariés et indépendants» im Blick auf Art. 4 Abs. 2 aBV zu verstehen sei resp. ob ein Steuerabzug im Rahmen der privaten Vorsorge (sog. 3. Säule) für Ehepaare mit minderjährigen Kindern, nicht aber für Alleinstehende mit erwachsenen Kindern im gemeinsamen Haushalt, gegen das Diskriminierungsverbot der geschlechtsbezogenen Gleichbehandlungsbestimmung verstosse. Die Beschwerdeführerin berief sich u.a. auf eine *indirekte Diskriminierung*, weil Frauen, insbesondere alleinstehende Mütter mit Kindern und nichterwerbstätige Frauen, überwiegend in einem solchen – auf das Kriterium der Erwerbstätigkeit ausgerichteten – Steuersystem benachteiligt und damit vom Ausschluss aus der Dritten Säule betroffen würden.

255 Das Bundesgericht hat anerkannt, dass Frauen in solchen auf Erwerbstätige beschränkten Systemen viel häufiger als Männer benachteiligt würden. Doch die Tatsache, dass Hausfrauen weniger häufig einer Erwerbstätigkeit nachgehen als ihre Ehemänner und dass sie sich deshalb keine abzugsfähige gebundene Vorsorge anlegen können, beinhaltet nach Auffassung des Bundesgerichts bloss eine *tatsächliche* und nicht

richt Solothurn; BGE 123 I 56 m.Hinw.; 123 I 296 = Pra 87 Nr. 47; auch BGE 116 V 322; 125 V 205; zum Scheidungsrecht vgl. BINKERT/WYSS, S. 33 ff., 221 ff.; Botschaft Scheidungsrecht, S. 32. Zu indirekten Benachteiligungen auch BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Unbezahlt – aber trotzdem Arbeit, S. 7; BAUMANN/LAUTERBURG, Knappes Geld, 9. Kapitel, Rz. 482 ff. zur indirekten Diskriminierung in der IV; auch Rz. 513 ff., 553 ff.

367 Vgl. hinten Rz. 476 ff., 558 ff.

368 BGE 125 III 368 E. 3 m.Hinw.; 121 III 301; 121 I 97 zu Art. 145 ZGB; Entscheide zum Problem der Steuergerechtigkeit im Vergleich Ehepaar/Paar in eheähnlichen Verhältnissen, vorne Rz. 88 f.

eine rechtliche Ungleichheit, die allein unter Art. 4 Abs. 2 aBV fallen würde.<sup>369</sup> Eine ähnliche Argumentation lag auch dem Entscheid 121 I 97 betr. die Unterhaltsregelung während des Scheidungsverfahrens zugrunde. Hier stehe nicht eine Differenzierung nach dem Geschlecht in Frage, weil nicht an ein geschlechtsspezifisches Kriterium angeknüpft werde. Die Frau werde nicht als Frau, sondern als unterhaltsberechtigter Ehegatte betroffen, meint das Bundesgericht. Dass sie eine Folge der gesellschaftlichen Wirklichkeit zu tragen habe, lasse sich nicht über Art. 4 Abs. 2 Satz 1 aBV beheben, sondern falle in den Zuständigkeitsbereich des Gesetzgebers. Dieser habe gegebenenfalls die *tatsächliche Ungleichheit* mit kompensatorischen Massnahmen zu beseitigen.

Soweit es der beschwerdeführenden Frau in einem dieser Fälle um die (für Alleinstehende und Ehepaare) unterschiedlichen Steuerabzüge ging, hielt das Bundesgericht die Rüge einer indirekten Diskriminierung gar als völlig unbegründet. Auch im Entscheid vom 8.3.1996 wiederholt es seine Auffassung, dass allein *rechtliche Ungleichbehandlungen* unter den Anwendungsbereich des Art. 4 Abs. 2 aBV fallen. Dass das EVG in BGE 116 V 322 eine andere Auffassung vertreten hat, veranlasste das Bundesgericht nicht, seinen Standpunkt zu überdenken. Es meinte nur, diese Rechtsprechung lasse sich nicht auf den Fall der Beschwerdeführerin übertragen.

257 In BGE 116 V 322 ging es im Rahmen versicherungsrechtlicher Ansprüche auf Hilfsmittel um die Abgabe eines Hörgeräts an nichterwerbstätige Hausfrauen. Während dieses Hilfsmittel an Berufstätige, Männer wie Frauen, abgegeben wird, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen<sup>370</sup> erfüllt sind, sind über Jahre hinweg nichterwerbstätige Hausfrauen von diesen Ansprüchen ausgeschlossen gewesen, soweit es um spezifische, in erster Linie auf die Verbesserung der beruflichen Möglichkeiten ausgerichtete Hilfsmittel ging. Dazu gehörten vor allem kostspielige Hilfsmittel, so u.a. Motorfahrzeuge resp. Ersatz- und Reparaturleistungen, Treppenlifts, aber auch Hörhilfen.

258 Das EVG hat die bisherige Praxis mit dem Entscheid aus dem Jahre 1990 geändert und sie 1995 bestätigt.<sup>371</sup> Es wies nunmehr darauf hin,

369 BGE 119 Ia 241 = Pra 83 Nr. 105.

370 Art. 21 IVG; Art. 14 IVV/Hilfsmittelverordnung. Dazu BAUMANN/LAUTERBURG, Knappes Geld, Rz. 167 ff., 553, 573 ff., 580 ff.

371 BGE 121 V 258; vgl. auch BGE 122 V 212: Abgabe von Motorfahrzeugen. Vgl. dazu insbes. hinten Rz. 406 ff., 410 ff. «Haus- und Erwerbsarbeit»; Gleichstellung in der Rechtsprechung. Zum Ganzen BAUMANN/LAUTERBURG, Knappes Geld, Rz. 185 ff., 574 ff., 582 ff., 593 ff.

der Begriff der Berufsausübung in Gesetz und Verordnung sei im Blick auf Art. 4 Abs. 2 aBV weit zu fassen; er umfasse auch die nicht bezahlte Arbeit einer Hausfrau, setzt doch Art. 21 Abs. 1 IVG für den Anspruch auf Hilfsmittel die Ausübung einer Erwerbstätigkeit mit einer Tätigkeit im Haushalt gleich. Eine andere Auffassung liesse sich im Lichte einer verfassungskonformen Auslegung nach Art. 4 Abs. 2 aBV nicht rechtfertigen, «denn auch heute noch sind mehrheitlich weibliche Versicherte im Hinblick auf Kinderbetreuung vorwiegend im Haushalt tätig».

259 Indirekte Frauendiskriminierung findet sich auch in der *Arbeitslosenversicherung*, z.B. im BGE 121 V 336.<sup>372</sup> Eine halbtags tätige kaufmännische Angestellte bildete sich nach ihrer Scheidung weiter und suchte danach erfolglos eine Vollzeitstelle. Sie meldete sich bei der *Arbeitslosenversicherung* an, um Entschädigung als Vollerwerbstätige zu beanspruchen. Diesem Begehren wurde nicht entsprochen, weil sie keinen anrechenbaren Verdienstausschlag erleide. Denn sie arbeite immer noch zu 50%. Dem hielt das EVG zwar entgegen, ob ein anrechenbarer Arbeitsausfall i.S.v. Art. 8 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 11 Abs. 1 AVIG vorliege, beurteile sich bei Versicherten, die zwar eine Teilzeitbeschäftigung ausüben, aber eine Ganztagesstelle suchen, nicht nach den Verhältnissen der Vergangenheit, sondern prospektiv im Hinblick auf die von ihnen angestrebte Beschäftigung. Das vermochte dieser Arbeitslosen allerdings nicht zu helfen. Ihr stand die Tatsache entgegen, dass sie zwar als *Teilzeitbeschäftigte* Beiträge an die Arbeitslosenversicherung geleistet hatte, aber innerhalb der Rahmenfrist nicht für eine volle Arbeit. Das EVG unterliess es in diesem Fall zu prüfen, ob diese nachteilige Folge der Arbeitslosenentschädigungs-Regelung nicht – wie bei Teilzeitarbeit üblich – zur Hauptsache ganz typisch Frauen treffe und damit – indirekt – gegen Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 BV verstosse.

260 Diese Frau konnte sich auch nicht auf den Befreiungstatbestand des Art. 14 Abs. 1 AVIG berufen. Diese Vorschrift befreit Arbeitslose von der Pflicht der Erfüllung der Beitragszeit, wenn sie innerhalb der gesetzlichen Rahmenfrist (Art. 9 Abs. 3 AVIG) während insgesamt mehr als zwölf Monaten u.a. aus Gründen der Schulausbildung, Umschulung oder Weiterbildung nicht in einem Arbeitsverhältnis standen und deshalb die Beitragszeit nicht erfüllen konnten. Im genannten Entscheid

372 Vgl. zum Problemkomplex der Arbeitslosenversicherung nunmehr BEATRICE DESPLAND, Familienrecht und Arbeitslosenversicherung – ein Widerspruch?, Basel 2001. Zu Art. 13 und 14 Abs. 2 AVIG auch BGE 125 V 123; 125 V 127.

verneinte das Gericht den – von der Praxis streng verstandenen – Kausalzusammenhang.

Ausserdem wird nach Art. 14 Abs. 2 AVIG die Erfüllung der Beitragszeit erlassen, wenn die betroffene Person wegen Scheidung oder Trennung, wegen Invalidität oder Tod des Ehegatten/der Ehegattin oder aus ähnlichen Gründen gezwungen ist, eine unselbständige Erwerbstätigkeit aufzunehmen oder zu erweitern. Im oben genannten Fall aber wurde auch diese Möglichkeit verneint, weil nicht dargelegt worden sei, dass eine Vollzeitarbeit unzumutbar war. Das Gericht hat sich in diesem Entscheid die Frage nicht gestellt, ob allenfalls die einschlägigen Regelungen typisch für mögliche *indirekte Diskriminierungen* von Frauen sein könnten, welche viel mehr als Männer *Teilzeitarbeit* leisten.<sup>373</sup>

262 Ähnlichen Schwierigkeiten begegnet eine Frau, welche nach der Scheidung oder Trennung «oder aus ähnlichen Gründen» eine Erwerbsarbeit aufnehmen muss und keine Arbeit findet. Nach Art. 14 Abs. 2 AVIG sind diese Frauen grundsätzlich von der Erfüllung der Beitragszeit befreit, aber entscheidend ist, dass sie wegen ihrer persönlichen Situation in eine wirtschaftliche Zwangslage geraten.<sup>374</sup> Zwischen dem geltend gemachten Grund der Arbeitsaufnahme und der Notwendigkeit oder Erweiterung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit muss ein von der Frau nachzuweisender *Kausalzusammenhang* gegeben sein.

263 Nach der Rechtsprechung ist immer zu beachten, dass das Gesetz die in Art. 14 AVIG genannten Befreiungsgründe nicht mehr zulässt, wenn das betreffende Ereignis (Scheidung, Verwitwung oder «ähnliche Gründe») mehr als ein Jahr zurückliegt. Dies kann zu Schwierigkeiten führen, wenn z.B. bei einer Scheidung lediglich befristete, aber zunächst eine wirtschaftliche Notlage ausschliessende Beiträge gesprochen werden. Wollen sich die Betroffenen, in weit überwiegendem Masse Frauen, nach Ablauf dieser scheidungsrichterlichen Frist auf Art. 14 Abs. 2 AVIG berufen, steht ihnen diese Verwirkungsfrist oft entgegen. Die damit verbundenen Auswirkungen werden durch die Rechtsprechung noch verstärkt, betrachtet das EVG doch eine Scheidung oder Tren-

373 Vgl. F-Frauenfragen 2–3/97, S. 67: zw. 1970 und 1990 nahm die Teilzeitarbeit von 16% der Erwerbstätigen auf 31% zu. Heute sind es 44% der erwerbstätigen Frauen, die einer Vollbeschäftigung nachgehen, 34% arbeiten in einer Teilzeitstelle, 22% in sog. atypischen Arbeitsverhältnissen. Demgegenüber sind nur 12% Männer teilzeitbeschäftigt oder in atypischen Arbeitsverhältnissen; vgl. LAUTERBURG/LISCETTI/AESCHBACHER, S. 343, v.a. 363 ff.

374 BGE 119 V 51 E. 3a m.Hinw.; 121 V 336 E. 5.

nung selbst dann nicht mehr als kausal zur Arbeitssuche, wenn die betroffene Frau bereits vor dem Wegfall befristeter Unterhaltsbeiträge – z.B. aufgrund einer Konvention – eine Erwerbsarbeit zu suchen beginnt, weil sie einer wirtschaftlichen Notlage nach Fristablauf vorbeugen will. Die Rechtsprechung erklärt dann, nicht die ausbleibenden Unterhaltsbeiträge der Frau, sondern andere, nicht unter Art. 14 Abs. 2 AVIG fallende Gründe seien entscheidend, d.h. kausal für den Versuch einer Arbeitsaufnahme.

264 In der an sich zugunsten von Frauen geschaffenen Regelung des Art. 14 Abs. 1 und 2 AVIG liegt daher in der Anwendungspraxis ein gewisser Widerspruch, der sich indirekt diskriminierend auch wieder gegen Frauen auswirken kann. Ob mit Hilfe einer verfassungskonformen Auslegung eine Milderung geschaffen werden könnte, ist bisher von der Rechtsprechung m.W. nicht beantwortet worden, läge aber im Sinn und Zweck des Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 BV.

265 Wie verhält es sich mit der Regelung der Arbeitslosenversicherung bei Verlust einer oder mehrerer Teilanstellungen?<sup>375</sup> Es fragt sich insbesondere, wie sich der Anspruch bei Arbeitslosigkeit auf kontrollfreie Tage, somit auf Ferien, berechnet, ob nach der Anzahl der bisher effektiv bezogenen (Teil-)Taggelder, also qualitativ, wie dies die kantonalen Behörden taten, oder ob nicht zeitmässig, d.h. nach den Tagen effektiv zurückgelegter Arbeitslosigkeit zu rechnen sei, was sich für die Arbeitslosen günstiger auswirken würde. Nach der Zählweise der Kontrollorgane wären Teilzeitarbeitende erheblich benachteiligt, müssten sie doch doppelt so lange auf kontrollfreie Tage warten als Vollzeitangestellte.

266 F. bezog seit Mai 1993 Taggelder der Arbeitslosenversicherung. Ihre Teil-Erwerbstätigkeit wurde als Zwischenverdienst angerechnet. Vom 18. Juli bis 5. August 1994, also während 15 Tagen nach 127,5 Taggeldbezügen, weilte sie in den Ferien. Das wurde von der Arbeitslosenversicherung aufgrund einer qualitativen Berechnung effektiv bezogener Taggelder in einer engen Anwendung des Art. 27 Abs. 1 AVIV zum Anlass genommen, ihre Anspruchsberechtigung für fünf Tage zu streichen.

267 Das EVG erblickte in diesem Vorgehen der Arbeitslosenversicherungsorgane, obwohl diese auf den Wortlaut der massgebenden Bestimmung abgestellt haben, eine Verkennung des *Schutzgedankens* der in

<sup>375</sup> BGE 122 V 435; Art. 17 Abs. 2 AVIG und Art. 27 Abs. 4 AVIV in der Fassung von 1991.

Art. 17 AVIG vorgesehenen Einrichtung kontrollfreier Bezugstage. Es betrachtete aber darüber hinaus auch die bundesrätliche Verordnung (Art. 27 Abs. 1 AVIV in der damals gültigen Fassung) als gesetz- und verfassungswidrig.<sup>376</sup> Der Verstoss gegen das Gleichheitsgebot liege darin, dass nach der beanstandeten Regelung Versicherte, die keine vollen Taggelder beziehen, länger warten müssten, bis sie über fünf kontrollfreie Tage verfügen könnten als Versicherte, die Anspruch auf ein volles Taggeld hätten. Eine andere Lösung drängte sich nach Auffassung des EVG trotz der geschlechtsneutralen Fassung der einschlägigen Bestimmungen auf; denn es sind vor allem Frauen, welche häufiger in Teilzeitanstellungen sind, und es sind Frauen, die vor allem auch mehrere Teilzeitarbeiten für verschiedene Arbeitgebende ausführen.<sup>377</sup> Das EVG beurteilte jedoch den konkreten Sachverhalt unter dem Gesichtspunkt des *allgemeinen Gleichheitsgebots*, weil die massgebende Regelung geschlechtsneutral gefasst war. Das Gericht hat – wenn auch ohne auf die Rechtsfigur der indirekten Diskriminierung zurückzugreifen – im Wesentlichen aus sozialen (Schutz-)Überlegungen auf eine Verfassungsverletzung mit indirekt geschlechtsbezogenen Auswirkungen erkannt.

### III. Ohne Ausnahmen geht es nicht

Die Rechtsprechung geht davon aus, dass das aus Art. 4 Abs. 2 Satz 1 aBV hergeleitete relativ *absolute Diskriminierungs- und Differenzierungsverbot* Frauen und Männer gleicherweise schützt. Die im Verhältnis der Geschlechter geltende Verfassungsbestimmung schliesst nach der Rechtsprechung grundsätzlich die Geschlechtszugehörigkeit als taugliches Kriterium für rechtliche Differenzierungen aus.<sup>378</sup> Diese Bestimmung verbietet nach der Rechtsprechung somit im Sinne eines *Differenzierungsverbots* – unter Vorbehalt angemessener, verhältnismässiger

<sup>376</sup> Art. 27 Abs. 1 AVIV in der seit 1.1.1992 gültigen Fassung; BGE 122 V 85 E. 5a/bb. Auch Art. 329a Abs. 2 i.V.m. Art. 362 OR stand zur Diskussion.

<sup>377</sup> BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Schweiz. Arbeitskräfteerhebung (SAKE): 1999 arbeiteten 54,6% Frauen in Teilzeit, Männer waren zu 90,6% voll- und hauptberuflich.

<sup>378</sup> Neben vielen andern BGE 108 Ia 22 E. 5a = Pra 71 Nr. 144; gleiche Zulassung zur Mittelschule; nicht publ. BGE vom 10.7.1986; Gleichheit oder Gleichwertigkeit des Unterrichts; BGE vom 31.5.1991: Bezahlter Mutterschaftsurlaub wie Krankheit, Militärdienst oder andere öffentliche Pflichten; BGE 123 I 56 und 125 I 21: Quoten; 126 I 1: Gebühren für Namensänderung m.v.w.Hinw. auf die Rechtsprechung, Zur Lehrmeinung vgl. z.B. JÖRG P. MÜLLER, Grundrechte, S. 458ff.; GEORG

ger Gleichstellungsmassnahmen gemäss Satz 2 – jede nicht durch zwingende *biologische oder funktionale Unterschiede* gerechtfertigte geschlechtsbezogene Regelung. Das Recht müsse geschlechtsneutral sein.<sup>379</sup> Die frühen Entscheide hatten sich denn auch sehr oft mit Beschwerden von Männern zu befassen, die sich – zumeist erfolgreich – über eine geschlechtsbedingte Ungleichbehandlung und damit über eine in ihren Augen verfassungswidrige Differenzierung beklagten.<sup>380</sup>

269 Es stellt sich die Frage, ob diese *formale Betrachtungsweise* der geschlechtsneutralen Regelung, die über das Geschlecht hinaus bestehende tatsächliche, Frauen anders als Männer treffende Unterschiede nicht beachten will, nicht doch dazu führen muss, nach weiteren Ausnahmen zu rufen. Die Rechtspraxis zeigt denn auch, dass die beiden als zulässig erkannten Ausnahmen biologischer oder funktionaler Unterschiede bei rein formaler Betrachtungsweise dem Gebot nach materieller Gleichheit von Frau und Mann in allen Regelungssachverhalten nicht immer gerecht zu werden vermögen. Denn die Lebensbedingungen der beiden Geschlechter, ihre je eigene Lebenswirklichkeit, beruhend u.a. auch auf männerbezogenen Strukturen und einer unterschiedlichen Sozialisation, sind nach wie vor zu verschieden. Die rechtlich geschlechtsneutrale Einbindung von Frauen und Männern in männlich geprägte Strukturen in Schule, Familie, Arbeitswelt, Gesellschaft verlangt – will der Zweckbestimmung des Gleichheitsartikels der Bundesverfassung entsprochen werden – daher oft eine *differenzierende Betrachtungsweise* und ruft je nach Rechtsbereichen nicht einfach nach formalen, sondern nach *materiell* gleichstellungsbewussten Lösungen.

270 Das in der Rechtsprechung formelhaft verwendete *Begriffspaar der biologischen oder funktionalen Rechtfertigungsgründe* einer rechtlichen Ungleichbehandlung wird nirgends näher definiert. Biologische Gründe

MÜLLER in Kommentar BV, Rz. 133 zu Art. 4 m.w.Hinw.; TOBLER, Quoten, S. 73 ff. m.w.Hinw.; WEBER-DÜRLER, Aktuelle Aspekte, S. 357 ff., 371 ff.; nunmehr auch STAMPE, S. 238 ff.

379 BGE 126 I 1 E. 2c. WEBER-DÜRLER, Aktuelle Aspekte, S. 361, meint zu den Ausnahmen: «Auch biologische Unterschiede sind nur relevant, wenn sie dem Gesetzgeber vernünftigerweise keine andere Wahl lassen als nach dem Geschlecht zu differenzieren.» Demgegenüber bejaht RIEMER-KAFKA, S. 228, Ausnahmeregelungen i.S.v. kompensatorischen Massnahmen.

380 Siehe vorne Rz. 202 ff., 210 ff. und BGE 106 Ib 182 zu Art. 23 der Statuten der EVK; 109 Ib 81 = Pra 72 Nr. 289; gleich lange Beitragsdauer; BGE vom 10. 10. 1986 in ZBI 1987 (88), S. 306; Feuerwehersatzabgabe bis hin zu nicht publ. BGE vom 11. 2. 1994: Mutterschafts-/Vaterschaftsurlaub; BGE vom 2. 11. 1990: Vaterschaftsurlaub bei Adoption.

sind leicht zu erkennen. Sie liegen in der Funktion von Schwangerschaft und Mutterschaft. Doch selbst da zeigen sich Unklarheiten<sup>381</sup>, wie bereits vorne beschrieben. Umgekehrt lehnte es das Bundesgericht als nicht verfassungswidrig ab, berufstätige Mütter bezüglich der rechtlichen Auswirkungen eines unbezahlten Urlaubs auf Dienstalterszulagen und Lohnerhöhungen besser zu stellen als andere (männliche und weibliche) Berufstätige.<sup>382</sup>

*Bemerkung:* In der Berner Entscheidung schwingt ein Argument mit, das über die bisherige, eng auf biologische Ausnahmegründe beschränkte Rechtsprechung hinausreicht: Begründet wird die kantonale Regelung des Mutterschaftsurlaubs auch damit, dass sie dazu diene, die *Beziehung* zwischen Mutter und Kind zu festigen. Darin liegt ein *Schutzgedanke*, der über die rein biologische Mutterschaft hin zur «sozialen Mutterschaft» führt und nicht nur die Mutter in ihrer biologischen Funktion, sondern auch das Kind miteinschliesst. Hier könnte unter dem Gesichtspunkt der Geschlechtergleichbehandlung ein Ansatz gesehen werden, Väter in diese «soziale Mutterschaft» rechtlich einzubinden. Das Bundesgericht hat denn auch offen gelassen, ob bei längerer Dauer des allein auf die Mutter bezogenen Urlaubs von einem «Elternurlaub» zu sprechen wäre, der aus Gründen der Gleichstellung auch Vätern zu öffnen wäre. Hätte es im Tessiner Fall eine Diskriminierung von Müttern angesichts des im System der Urlaubsregelung liegenden Lohnverlustes bejaht, wäre eine der Gleichberechtigung hinderliche Schranke gefallen: Es wäre die Möglichkeit von echten, Väter einbeziehenden Elternurlauben als «Massnahme» im Sinne der Verfassungsbestimmung und des Art. 3 Abs. 3 GlG geschaffen worden.

Die Frage, ob Art. 4 Abs. 2 aBV eine Beschränkung des Mutterschaftsurlaubs auch bei Adoption ausschliesslich auf Mütter zulasse, hat das Bundesgericht im Entscheid vom 2. November 1990 zutreffenderweise verneint, soweit damit nicht eine Benachteiligung von Adoptivmüttern verbunden ist. Erstaunen mag, dass das oberste Gericht in diesem Fall dem Beschwerdeführer unmittelbar zu seinem Recht verhalf und ihn nicht einfach – wie häufig – an den Gesetzgeber verwies. Das Bundesgericht behalf sich mit einer verfassungskonformen Auslegung, weil die umstrittene kantonale Regelung sich ohne grosse Schwierigkei-

381 Vgl. z.B. BGE vom 11. 2. 1994 i.S. U. P. H. c. Finanzdirektion des Kantons Bern, publ. in: ZBI 1994 (95), S. 375.

382 BGE vom 20. 11. 2000 i.S. L. F.-Z. und SSP/VPOD c. Tamm. del Cantone Ticino, E. 3.

ten auch auf Adoptivväter übertragen liess, keine Benachteiligung der – nichterwerbstätigen – Mutter nach sich zog und auch keine besonders hohen Kosten für den Kanton verursacht hat.

273 Mit biologischen Gründen versuchte das Bundesgericht – entgegen seiner bisherigen Rechtsprechung – auf einem ganz anderen Rechtsgebiet einen kantonalen Entscheid zu stützen.<sup>383</sup> Bisher hatte es in seiner Rechtsprechung zum *Feuerwehrdienst* kein grundsätzliches Hindernis für den Einbezug von Frauen, sei es in den aktiven Dienst, sei es in die Ersatzabgabepflicht erblickt. Erst im Entscheid betr. die Gemeinde Aeschi erkannte es, wenn ein öffentlicher Dienst von allen Dienstpflichtigen harte körperliche Anstrengung erfordere oder einen Einsatz verlange, der mit unvermeidlichen *Gesundheitsschädigungen* verbunden ist, sei das Frauen nicht zumutbar und könne ohne Verstoß gegen das geschlechtsbezogene Gleichheitsgebot auf Männer eines bestimmten Alters beschränkt werden.<sup>384</sup> In dieser Argumentation verbirgt sich im Grunde mehr ein traditionelles Verständnis von der «schwachen Frau» als eindeutig feststellbare biologische Unterschiede.

274 Dass sich der Anrufung biologischer Gründe in Fällen öffentlicher Dienstpflicht Grenzen entgegenstellen, hat das Bundesgericht wenig später eingesehen. In seinem Entscheid BGE 123 I 56 E. 3a und im Entscheid vom 3.9.1992 führte es aus, bestimmte Risiken könnten nicht allein von Männern, sondern unter Umständen gar besser von Frauen getragen werden. Jedenfalls dürfe das Vorhandensein von Gefährdungsmöglichkeiten nicht zur generellen Dispensation aller Frauen führen. Das würde sonst bedeuten, dass das Leben von Frauen schutzwürdiger und wertvoller sei als dasjenige von Männern, und das wäre mit Art. 4 Abs. 2 aBV nicht zu vereinbaren. Auch wenn im Durchschnitt

383 Feuerwehrdienst der Gemeinde Aeschi, Entscheid vom 8.1.1991, publ. in ZBl 1991 (92), S. 418.

384 Vgl. zur Kritik, dass in solchen Fällen nie die entscheidende Frage gestellt wurde, inwiefern denn ein solcher Einbezug von Frauen in die aktive Dienstpflicht oder gar nur in die Pflicht zur Ersatzabgabe tatsächlich einer *verbesserten gesellschaftlichen* Eingliederung der Frauen unter Gleichstellungsgesichtspunkten dienen könnte, vorne Rz. 206. Auch die Gefahr von sexueller Belästigung (auf nächtlichen Wanderungen) ist vom Bundesgericht nicht angesprochen worden. Das wäre ein Grund zum Ausschluss von Frauen gewesen. Für die Gesetzgebung waren zumeist finanzielle Erwägungen massgebend, um auf diesen Zug formaler Gleichstellung aufzuspringen. Das Problem einer Anpassung an diese Rechtsprechung stellt sich nunmehr neu bei der Absicht des Militärdepartementes, Frauen unter dem *Namen der Gleichberechtigung* zu den Kampftruppen zuzulassen. Vgl. zum Problem des unbesehenen Einbezugs von Frauen in die öffentliche Dienstpflicht KÄGI-DIENER, S. 149.

mehr Männer als Frauen die für den Feuerwehrdienst erforderlichen (körperlichen) Eigenschaften besitzen, vermöge dies – so das Bundesgericht in BGE 123 I 56 – im Lichte der Verfassungsbestimmung keine entscheidende Rolle zu spielen. Es gehe allein um eine Frage der *Diensttauglichkeit bei einzelnen Personen*, und den Frauen sei grundsätzlich gleichermassen wie den Männern zumutbar, bei Dienstbefreiung die Ersatzabgabe zu bezahlen.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts schweigt sich darüber aus, 275 was *funktionale Gründe* sind, die in Abweichung vom Gleichstellungsgebot zu Differenzierungen in der rechtlichen Behandlung der Geschlechter führen dürfen. Dieser Begriff hätte z.B. in der Praxis zur öffentlichen Dienstpflicht bedeuten können, die an sich grosse Belastung vieler Frauen in Haus, Familie und Beruf oder Freiwilligenarbeit als Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung zuzulassen.<sup>385</sup> Das Bundesgericht hat das aber nie zu umschreiben versucht, sondern ist zeitweise von diesem Begriff wieder abgerückt. In der Lehre ist die Zulässigkeit funktionaler Gründe teilweise umstritten, vor allem aus Besorgnis darüber, die Unklarheit dieses Begriffs verwische die Abgrenzung zum allgemeinen Gleichheitsgrundsatz des Art. 4 Abs. 1 aBV/Art. 8 Abs. 1 BV.<sup>386</sup> Das stehe dem mit Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 BV verfolgten Ziel einer Abkehr von überlieferten Rollenvorverständnissen entgegen.<sup>387</sup>

Funktionale Gründe zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung 276 dürfen nach Meinung des Bundesgerichts berücksichtigt werden, wenn sie in engem Zusammenhang zum Geschlecht stehen und einer formalen Gleichbehandlung absolut entgegen stehen.<sup>388</sup> Sie fallen somit praktisch mit biologischen Gründen zusammen, weisen aber doch auf ein besonderes und auch besonders schwer zu lösendes Problem hin: Die Beschränkung auf Ausnahmen biologischer Art vermag nicht immer dem Grundanliegen des Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 BV zu entsprechen. Formale Rechtsgleichheit kann – wie erwähnt – in verschiedensten Rechtsbereichen geschlechtsbezogene Diskriminierungen verdecken. Um nicht neue tatsächliche Ungleichheiten und Benachtei-

385 Vgl. z.B. BGE 108 Ia 22 E. 5a = Pra 71 Nr. 144.

386 Vgl. BGE 106 Ib 182 E. 4 und 5; zur Lehre etwa GEORG MÜLLER in BV-Kommentar, Rz. 137 zu Art. 4 m.w.Hinw.; WEBER-DÜRLER, Gleichberechtigung, S. 9; DIES., Aktuelle Aspekte, S. 363; JÖRG P. MÜLLER, Grundrechte, S. 459.

387 Zur bundesgerichtlichen Abkehr von diesem Begriff s. BGE 116 V 198; Witwerrente; anders 116 Ib 270 und 116 Ib 284; Nacht- und Sonntagsarbeit.

388 BGE 123 I 56 E. 3a: Feuerwehrabgabepflicht; auch BGE 116 V 198.

277 lungen zu schaffen, konnte das Bundesgericht nicht umhin, die Bedeutung biologischer Ausnahmegründe auszuweiten.

Typisch für diese rechtlich schwierige Situation sind die genannten Entscheide zur Umsetzung des Gleichheitsgebots zwischen Frau und Mann im Bereich öffentlicher Dienstpflichten oder des Altersrentenbeginnes. Bis zum Entscheid des Bundesgerichts i.S. Gemeinde Aeschi vom 8. Februar 1991 hat es eine Ungleichbehandlung zugelassen, weil die *schwächeren Körperkräfte* der Frauen sowie der Schutz ihrer *Gebärfähigkeit*<sup>389</sup> und der Schwangerschaft, einer Niederkunft<sup>390</sup> oder dem Schutz vor erhöhter Anfälligkeit für Übergriffe aller Art einer rechtlichen Gleichbehandlung entgegenstünden. Die *Konstitution* der Frau ist allerdings bereits in den ersten Entscheiden zu Art. 4 Abs. 2 aBV in Frage gestellt worden.<sup>391</sup> Mit BGE 121 I 102 ist das Bundesgericht entschieden von diesem Argument abgerückt.<sup>392</sup> Die schwächere Konstitution der Frau wurde ursprünglich als vorgeschobener Rechtfertigungsgrund auch für einen früheren Anspruch auf eine Altersrente benützt und diente im Grunde allein dazu, finanzielle und wirtschaftliche Interessen (frühere Ausschaltung von Frauen vom Arbeitsmarkt) zu verfolgen. Auch spielte die Tatsache mit, dass die Sozialversicherungen in gewisser Hinsicht Ehemänner erheblich privilegiert hatten, so dass im tieferen Rentenalter der Frauen eine gewisse Kompensation erblickt werden kann.<sup>393</sup> Bis zur 10. AHV-Revision im Jahre 1995/1997 war es daher nicht so sehr die schwächere Konstitution der Frauen, sondern vielmehr der gesetzgeberische Wille, die sozialversicherungsrechtlichen Nachteile v.a. der erwerbstätigen Frauen zu *kompensieren*. Das geschah z.B. durch eine laufende Reduzierung der (Frauen-)Altersgrenze.

278 Das Bundesgericht verweist im Rahmen seines Verständnisses der Geschlechtergleichheit immer wieder auf das «gewisse» Ermessen, das den Kantonen und Gemeinden zuzugestehen sei. Das gilt in erster Linie für die Umsetzung allgemeiner Rechtsbegriffe wie der Zumutbarkeit oder der zum Ausschluss von Benachteiligungen verwendeten

389 ZBl 1987 (88), S. 306; Feuerwehrdienst, wenn gesundheitsgefährdenden Einsätzen nicht durch organisatorische Massnahmen begegnet werden kann.

390 BGE 118 Ia 341; Zivildienst; nicht publ. BGE vom 11.2.1994 i.S. U. P. H.: Mutterschaftsurlaub über eine minimale Schonzeit hinaus.

391 BGE 106 Ib 182/109 Ib 81 = Pra 72 Nr. 289 unter Berufung auf die Botschaft des Bundesrates von 1956 zur 4. AHV-Revision, BGE 116 II 657 E. 5.

392 Vgl. auch ZBl 1986 (87), S. 483 f.; BGE 117 V 318 E. 2.

393 Vgl. LUCHSINGER, Solidarität; LAUTERBURG/LISCHETTI/AESCHBACHER, S. 26 ff.; BIGLER-EUGENBERGER, Soziale Sicherung, S. 98 ff., 104 ff.

Gründe, die Wahl organisatorischer und technischer Lösungen oder auch für die Frage, unter welchen Voraussetzungen Frauen und Männer in den einzelnen Kantonen in die öffentlichen Dienstpflichten einzubeziehen resp. zu dispensieren seien.<sup>394</sup> Mit dem Hinweis auf das Ermessen der gesetzgebenden Behörden ist aber die Gefahr einer Aushöhlung der Geschlechtergleichheit immer präsent und könnte auch Anlass für ein Festschreiben der traditionellen Mutterrolle der Frau unter Ausklammerung der Vaterrolle sein. Der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz will aber gerade dazu beitragen, die gesellschaftlichen und v.a. wirtschaftlichen Strukturen zu verändern und einer verstärkten Einbeziehung von Vätern in ihre Haus- und Familienrolle den Weg zu ebnen, und dem könnte die Akzeptanz gewisser funktionaler Ausnahmegründe dienen.<sup>395</sup>

Die Frage, ob Art. 4 Abs. 2 Satz 1 aBV dem Nacht- und Sonntagsarbeitsverbot entgegenstehe, bot Anlass, das formale Verständnis des Bundesgerichts zu überdenken. Der bis Ende 1999 gültige Art. 34 Abs. 3 ArbG hat ein solches Verbot grundsätzlich zugunsten *aller Arbeitnehmerinnen* der Produktionsbetriebe vorgesehen.<sup>396</sup> Diese Einschränkung des *Nacht- und Sonntagsarbeitsverbots* auf Arbeitnehmerinnen in Produktionsbetrieben ist nach Kündigung des Übereinkommens Nr. 89 der Internationalen Arbeitsorganisation vom 9. Juli 1948 über die Nachtarbeit für weibliche Arbeitnehmer im Gewerbe grundsätzlich dahingefallen. Allerdings blieben die strengen Voraussetzungen in Art. 34 Abs. 3 ArbG zunächst noch in Kraft.

Das Bundesgericht hatte sich in zwei Entscheiden zur Frage der Verfassungsmässigkeit des Nacht- und Sonntagsarbeitsverbots zu äussern, dem ein Teil der Arbeitnehmerinnen unterstellt waren. Es stellte – allerdings v.a. mit Blick auf Art. 4 Abs. 2 Satz 2 aBV – differenzierte Überlegungen an, denn in Frage standen sowohl die Problematik der Geschlechtergleichbehandlung als auch die Familienarbeit sowie die soziale Integration von Frauen und Männern in ihrem alltäglichen Umfeld.<sup>397</sup> Bezüglich der *Nachtarbeit* führte es aus, nicht nur die Gesundheit der Arbeitnehmerschaft (von Frauen wie Männern) werde bedroht, sondern auch der familiäre Bereich werde in Mitleidenschaft gezogen,

394 Vgl. BGE 121 V 258.

395 Vgl. BGE 125 V 221 E. 3b; 124 II 241 E. 3; 124 V 12 E. 2a; 124 V 185 E. 5a m.Hinw.

396 Ausgenommen Krankenpflege, Restaurationsbetriebe, Heime usw., vgl. Art. 1–33 ArbVO II vom 14.1.1966.

397 BGE 116 Ib 270; 116 Ib 284. Vgl. STAMPE, S. 248 ff.

und zwar durch den Zwang, auf Ruhebedürfnisse des Schichtarbeit leistenden Familienmitglieds tagsüber Rücksicht nehmen zu müssen. Einen gemeinsamen Lebensrhythmus der Familie gebe es nicht mehr. Das beeinträchtigt v.a. die Pflege mitmenschlicher Beziehungen innerhalb der Familie nachhaltig. Noch schwieriger werde die Teilnahme am öffentlichen Leben. Das habe unter Umständen eine soziale Isolierung zur Folge. Das Bundesgericht hielt daher an den strengen Voraussetzungen der Bewilligung von Nacharbeit von Frauen fest.

281 Ähnliches führte das Bundesgericht zur *Sonntagsarbeit* aus: Der Sonntagsruhe speziell komme in sozialer und kultureller Hinsicht grösste Bedeutung zu, einerseits im Blick auf die christliche Tradition der Sonntagsheiligung, andererseits für die Erholung und Musse als Gegensatz zur Hektik und Zeitnot des Alltags. Es war dem Bundesgericht klar, dass diese Gründe sowohl für Frauen wie für Männer Geltung haben und dass mit der unterschiedlichen Regelung allein für Frauen kein *biologischer* Rechtfertigungsgrund verbunden werden kann. Das Nacht- und Sonntagsarbeitsverbot beruht – wie es ausdrücklich erwähnt – eindeutig auf der *alten Rollenteilung* zwischen Frau und Mann. Trotzdem aber hat das Bundesgericht den Bestrebungen zur formalen Gleichstellung der Frauen mit Männern in diesem Bereich der Sonntagsarbeit entgegen gehalten, ein solches Verbot habe angesichts seiner Bedeutung für die Familie und deren sozialen Beziehungen, die es zu schützen gelte, nichts mit einer Diskriminierung der Geschlechter zu tun. Es sei zu beachten, dass die Nichtanwendung der strengen Voraussetzungen in Art. 71 lit. b der ArbVO I lediglich die *formale Rechtsgleichheit* herstellen würde, und zwar durch *Verschlechterung* der Stellung der Frau, ohne dass die Stellung des Mannes mit Familienpflichten verbessert werde. Es würden damit nicht die Voraussetzungen geschaffen, dass der Mann seinen Teil zur Erziehung von Kindern und zum Haushalt beitragen könne, und es werde auch nicht verhindert, dass die Frau als billige Arbeitskraft am Sonntag oder in der Nacht ausgenützt werde.

282 Im *privatrechtlichen Arbeitsverhältnis* erweist es sich nach wie vor als schwierig, materielle, auf dem Gedanken tatsächlicher Gleichheit beruhende Rechtsgleichheit zwischen Männern und Frauen herstellen zu wollen. Soweit es um Anwendungsbereiche von Art. 4 Abs. 2 Satz 1 aBV/Art. 8 Abs. 3 BV geht, steht einer *rechtlichen Gleichstellung* die *fehlende Drittwirkung* entgegen. Einer tatsächlichen Gleichbehandlung setzt sich aber auch die zurückhaltende Auslegungspraxis zur indirekten Diskriminierung entgegen. Das zeigen u.a. die zwei Verfahren deutlich, welche dem Bundesgericht in den vergangenen Jahren zur Ent-

scheidung unterbreitet worden sind und auf die bereits in anderem Zusammenhang hingewiesen worden ist.<sup>398</sup> In diesen Fällen hat sich das Bundesgericht einerseits auf «des circonstances exceptionnelles» berufen und damit gegen die benachteiligte Beschwerdeführerin und Berufungsklägerin entschieden; im zweiten Fall – vom 8. November 1985 i.S. T. c. das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement – hat der kurze Fristablauf seit Einführung der geschlechtsbezogenen Gleichheitsbestimmung eine Rolle gespielt.

Die formelhafte Wiederholung, mit der Einführung des Gebots der Rechtsgleichheit für Frau und Mann sei jede Unterscheidung untersagt und es sei lediglich ausnahmsweise aus biologischen oder funktionalen Gründen ein Abweichen von der rechtlichen Gleichstellung von Frau und Mann zulässig, hat nicht zu verhindern vermocht, dass die Rechtsprechung weitere Rechtfertigungsgründe zulassen musste. Die weitgehend immer noch unterschiedlichen Lebensverhältnisse der Frauen und Männer verlangen dies je nach Rechtsbereich: In gewissen Rechtsbereichen lässt nur eine formalrechtliche Betrachtungsweise materielle Gleichheit zwischen Frauen und Männern zu, während in andern Bereichen Differenzierungen notwendig sind, sollen nicht viele Frauen weiterhin – oder gar neue – Nachteile im Alltagsleben erleiden oder auf kompensierende Besserstellungen verzichten. Eine differenziertere und einzelfallbetonte Betrachtungsweise erweist sich somit als notwendig. Art. 4 Abs. 2 aBV ist denn auch geschaffen worden, um die Defizite zu beheben, mit denen Frauen in Wirtschaft, Politik und Ausbildung zu leben haben. Das entspräche der hinter und über dem geschlechtsbezogenen Gleichheitsgebot stehenden *Idee der Gerechtigkeit*, auf die das Bundesgericht gelegentlich zurückgreift, wenn sich formale Lösungen als unbefriedigend erweisen und wenn es gilt, besonders stossende Ergebnisse zu vermeiden.<sup>399</sup>

398 Vgl. vorne Rz. 230f., 233ff. Es ging um BGE 114 Ia 329 m.Hinw. auf den nicht publ. BGE vom 8.11.1985 i.S. T. und 114 II 349 = Pra 78 Nr. 114.

399 Z. B. BGE 124 III 193 E. 3b: Billigkeit; 120 II 280 E. 6 = Pra 85 Nr. 13: Anspruch aus Art. 165 ZGB im Zusammenhang mit Gütertrennung aus Gerechtigkeitsgründen bejaht.

## IV. Zivilstand: Ein Problem für Rechtsgleichheit zwischen Frau und Mann

## 1. Das Namensrecht der Ehegatten im Spannungsfeld zwischen Einheit der Familie und Gleichberechtigung

284 Das eheliche *Namensrecht* ist einer der letzten Bereiche des Familienrechts, in welchem das auf Gleichstellung der Ehegatten ausgerichtete revidierte Ehe- und Ehegüterrecht eine ungleiche Behandlung der Ehegatten aufrecht erhalten hat. Der überlieferte Grundsatz der Einheit der Familie spielt – trotz einer gewissen Annäherung an das Gleichberechtigungsgebot – nach wie vor eine, wenn auch leicht eingeschränkte Rolle. Daran ist auch der jüngste Revisionsversuch im Parlament gescheitert.<sup>400</sup>

285 Art. 160 Abs. 1 (und Art. 270) ZGB bestimmt den Namen des Ehemannes und Vaters als Familienname. Die Frau kann ihren eigenen Namen nur behalten und auch an Kinder weitergeben, wenn sie nicht verheiratet ist oder wenn ihr Name vom Brautpaar anlässlich der Eheschliessung als Familienname übernommen worden ist.<sup>401</sup> Den neuen Namen hat die Frau auch als Berufs- oder Geschäftsfrau zu tragen, selbst wenn ihr daraus Nachteile erwachsen. Art. 160 Abs. 2 des Eherechts in der Fassung vom 1. Januar 1988 sieht nunmehr die Möglichkeit vor, durch *Erklärung auf dem Zivilstandsamt* den Familiennamen der Frau jenem des Mannes voranstellen zu können.<sup>402</sup> Sie kann überdies ihren angestammten Namen durch das Tragen des gewohnheitsrechtlich seit langem zulässigen *Allianznamens* sichtbar machen. Das *Prinzip der Einheit der Familie* ist somit trotz einer Annäherung an das Gleichberechtigungsgebot im revidierten Familienrecht grundsätzlich erhalten geblieben.<sup>403</sup>

400 Vgl. Schlussabstimmung vom 22. Juni 2001, AmtlBull StR 2001, S. 471 (16 ja – 25 nein); AmtlBull NR 2001, S. 949f. (77 ja – 97 nein); mit relativ grossem Mehr ist die gleichstellungsrelevante Revision vom Tisch gefegt worden.

401 Art. 30 Abs. 2 ZGB (in der Fassung vom 5. 10. 1984, in Kraft seit 1. 1. 1988), sofern sie achtenswerte Gründe geltend machen können.

402 Art. 177a ZStVO. Vgl. den alten Art. 161 Abs. 1 ZGB von 1907/1912: «Die Ehefrau erhält den Familiennamen (und das Bürgerrecht) des Ehemannes». Vgl. zum Ganzen BSK- BÜHLER, Art. 160 ZGB; BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 160 ZGB; ANDREAS BUCHER, Natürliche Personen und Personenschutz, 2. A., Basel 1995, Rz. 764; vgl. auch Schlussberatung im Ständerat, AmtlBull StR 1984, S. 124 ff.

403 BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Rz. 11a, 12 zu Art. 160 ZGB; BSK-BÜHLER, Rz. 1 zu Art. 160 ZGB.

Art. 160 ZGB hat in der Rechtsprechung nach 1988 keine hohen Wellen geworfen, wie dies die wenigen bundesgerichtlichen Entscheide zeigen.<sup>404</sup> Erstaunlicherweise haben sich im Besonderen *Männer* über das ungleiche Namensrecht beklagt. Während Frauen an ihrem angestammten Namen im Wesentlichen aus *beruflichen* und teils *emotionalen* Gründen festhalten wollen, geht es in «Männerbeschwerden» vor allem darum, *zugunsten des Namens der beruflich bekannteren Ehefrau* von der neuen, in Art. 160 Abs. 2 ZGB festgehaltenen Regel Gebrauch zu machen.<sup>405</sup>

Unter dem Gesichtspunkt noch des alten Art. 161 Abs. 1 ZGB, aber bereits mit Hinweis auf Art. 4 Abs. 2 aBV, beurteilte das Bundesgericht im Jahre 1982 das Gesuch einer Ehefrau, die gestützt auf wichtige Gründe nach Art. 30 ZGB den Namen ihres ersten Ehemannes beizubehalten wünschte, weil ihr Geschäft unter diesem Namen bekannt war.<sup>406</sup> Sie befürchtete aus diesem Grunde erhebliche wirtschaftliche Nachteile. Doch das Bundesgericht wollte in solch beruflich/wirtschaftlicher Argumentation keinen wichtigen Grund sehen. Es meinte, damit würde der Grundsatz der *Namenseinheit der Familie* verletzt, der dem Anspruch einer verheirateten Frau auf Weiterführung ihres angestammten Namens stets vorzugehen habe. Das Bundesgericht verwies diese Frau auf die gewohnheitsrechtliche Möglichkeit des *Allianznamens*.<sup>407</sup> In gewissen Lebensbereichen – so etwa für künstlerische oder wissenschaftliche Tätigkeiten – wäre es nach der Rechtsprechung zudem möglich, sich eines *Pseudonyms* zu bedienen. Diesen Ausweg fand das Bundesgericht über Art. 954 OR, der es einer selbständig erwerbstätigen Frau ausdrücklich ermöglichte, ihren Beruf unter ledigem oder früheren Ehenamen weiterzuführen. Aber den vorehelichen Namen einer (wieder-)verheirateten Frau sozusagen als ihren persönlichen Familiennamen rechtlich anerkennen wollte das oberste Gericht nicht.

404 Vor allem mit der Einführung des allg. Stimm- und Wahlrechts konnten sich Schwierigkeiten für Frauen aus dieser Namensregelung ergeben; vgl. Entscheid EGMR vom 15. 12. 1977 i.S. L. H.H.

405 Art. 160 Abs. 2 ZGB lautet: «Die Braut kann jedoch gegenüber dem Zivilstandsbeamten erklären, sie wolle ihren bisherigen Namen dem Familiennamen voranstellen.» Dazu vgl. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Rz. 13b, 25 zu Art. 160 ZGB.

406 BGE 108 II 161.

407 Zur gewohnheitsrechtlichen Natur des Allianznamens siehe HEGNAUER, ZZW 58/90, S. 100ff.; auch BGE 110 II 97 = Pra 73 Nr. 249; Auch die Übernahme des Allianznamens durch Änderung des Namens i.S.v. Art. 30 Abs. 1 ZGB würde wichtige Gründe voraussetzen, weil dadurch nach Auffassung des Bundesgerichts Rechte des Ehemannes berührt würden.

Es lehnte auch die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung im Sinne des damals neuen Art. 4 Abs. 2 Satz 1 aBV ab.

288 Des weiteren stellt sich die Frage, ob das Gesetz unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit zulasse, dass i.S.v. Art. 160 Abs. 2 ZGB auch *Männer* ihren Namen dem (weiblichen) Familiennamen voransetzen dürfen. In den beiden dem Bundesgericht unterbreiteten Fällen handelte es sich darum, den in der Öffentlichkeit als Wissenschaftlerin resp. Anwältin bekannteren Namen der Ehefrauen zum Familiennamen zu machen, ohne den eigenen Mannesnamen aufgeben zu müssen.

289 Nach dem Wortlaut des Gesetzes erwies sich eine Lösung als schwierig. Art. 160 Abs. 2 ZGB verwendet lediglich den Begriff «Braut».<sup>408</sup> Die Entwicklung des Namensrechts zeigt klar, dass die gesetzliche Lösung im Interesse einer grösseren *Gleichstellung von Frauen* getroffen worden war. Das Bundesgericht erblickte in der neuen Bestimmung deshalb allein ein *Privileg der Frauen*. Zudem sei eine solche Namensänderung nur *vor* der Eheschliessung möglich, nicht aber nach einer Heirat über Art. 30 Abs. 2 ZGB<sup>409</sup>, auch wenn achtenswerte Gründe dafür sprechen.

290 Immerhin aber anerkannte das Bundesgericht in diesen konkreten Fällen *wichtige Gründe* i.S.v. Art. 30 Abs. 1 ZGB, so dass die Ehepaare wenigstens den *Frauenamen als Familiennamen* verwenden konnten. Damit war den beschwerdeführenden Ehepaaren aber nicht gedient. Beide Ehemänner wollten *ihren eigenen Namen* dem Familiennamen voranstellen, wie dies Art. 160 Abs. 2 ZGB zugunsten der «Braut» vorsieht. Das Bundesgericht erklärte, eine rechtsgleiche Behandlung der beiden Ehemänner wäre nur durch *Auslegung gegen den klaren Wortlaut* des Gesetzes möglich, was dem Willen des Gesetzgebers nicht entsprochen habe. Es könne auch nicht von einer Lücke gesprochen werden, die gestützt auf Art. 1 Abs. 2 ZGB und Art. 4 Abs. 2 aBV vom Gericht zu füllen wäre.<sup>410</sup> Die Meinung des Parlaments sei eindeutig

408 BGE 115 II 193 i.S. Burghartz Schnyder und sodann vom 3.12.1992 i.S. H. Zehnder-Mächler.

409 Art. 30 Abs. 2 ZGB schreibt vor, das Gesuch der Brautleute, von der Trauung an den Namen der Ehefrau als Familienname zu führen, sei zu bewilligen, wenn achtenswerte Gründe vorliegen. Vgl. zur Kritik an dieser «Schikane» BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Rz. 33a zu Art. 160 ZGB.

410 Zur Bedeutung des gesetzgeberischen Willens bei der Auslegung *unklaren* Rechts vgl. BGE 125 IV 17; 125 IV 35; 124 V 185; 124 III 149; 124 III 170; 124 III 193; u.a. Vgl. zur Ausweitung der Auslegungsgrundsätze JÖRG P. MÜLLER, recht 2000, S. 119 ff.

auf die Privilegierung allein der Braut, somit auf eine *geschlechtsspezifische Ungleichbehandlung* ausgerichtet gewesen. Das Gesetz habe einen Ausgleich zugunsten der Frau schaffen wollen, weil ihr der Verzicht des Namens mit der Eheschliessung zwingend zugemutet werde. Der Mann werde mit der Heirat aber nicht zur Namensänderung gezwungen

*Bemerkung:* Das Bundesgericht übersah trotz der grundsätzlich zutreffenden Überlegung zu Sinn und Zweck der Gleichheitsbestimmung, dass im Bestreben von verheirateten Männern, den Namen der Frau zum Familiennamen zu machen, eine Chance lag, *grössere Gleichstellung von Frauen* zu bewirken. Die Möglichkeit, dass sich auch Ehemänner die neue gesetzliche Regelung zunutze machen können, musste erst vor dem *Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte* erkämpft werden (Art. 8 EMRK: Achtung des Privat- und Familienlebens; Art. 14 EMRK: Diskriminierungsverbot).<sup>411, 412</sup> Das Bundesgericht hat die einfache Möglichkeit, Art. 160 Abs. 2 i.V.m. Art. 30 Abs. 2 ZGB verfassungskonform auszulegen und darin eine beiden Geschlechtern zustehende Befugnis zu finden, abgelehnt. Es stützte sich auf den Wortlaut der angefochtenen Bestimmung und auf den – allerdings nicht ganz klaren – Willen des Gesetzgebers, der der heutigen Regelung nur mit grossen Widerständen zugestimmt hatte.<sup>413</sup> Das Bundesgericht rechtfertigte die auf die «Braut» resp. die «Brautleute» beschränkte gesetzliche Regelung im Wesentlichen mit der Überlegung, eine Heirat würde ohnehin einen Ehegatten – die Frau in der Regel – zur Aufgabe des Namens zwingen. Das *öffentliche Interesse* an der Unveränderlichkeit des Namens sei unter diesen Umständen und im Zeitpunkt vor der Heirat geringer einzustufen als bei einer späteren Namensänderung, die dann nur bei Vorliegen «wichtiger Gründe» erfolgen könne.<sup>414</sup> Immerhin anerkannte das Bundesgericht in diesen Entscheiden, dass die folgerichtige Durchsetzung des Gleichberechtigungsgrundsatzes nach einer andern Ausgestaltung des Namensrechts der Eheleute verlangt hätte.

411 Entscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 21.10.1992, Rs 16213/90 i.S. Susanna Burghartz und Albert Schnyder Burghartz.

412 Entscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 22.2.1994, Zehnder c. Schweiz, Serie A Nr. 280-B, Ziff. 27, in VPB 1994, Nr. 121, S. 768 ff.

413 Vgl. AmtlBull StR 1984, S. 5 ff.

414 Vgl. zum Verständnis des «öffentlichen Interesses» BGE 122 III 414 E.3b: Neben dem Familiennamen auch Anspruch der Mutter auf Weitergabe ihres angestammten Namens auf das Kind?

292 Das Bundesgericht hat in späteren Entscheiden, so in BGE 116 II 657 und 122 III 414, anerkannt, dass Art. 160 Abs. 2 ZGB verfassungswidrig ist. Aber es meinte auch, das Namensrecht stehe einer vielfältigen Ordnung durch den Gesetzgeber offen und müsse von diesem verfassungskonform ausgestaltet werden, was nach unterschiedlichen Grundsätzen geschehen könne.<sup>415</sup> Es hielt sich damit streng an die Schranke der Art. 113 Abs. 3 und 114<sup>bis</sup> Abs. 3 aBV/Art. 191 BV. Entgegen der späteren Praxis hat das Bundesgericht zudem damals Bundesrecht noch nicht unter dem Gesichtspunkt der Übereinstimmung mit der EMRK geprüft.<sup>416</sup>

293 In BGE 117 Ia 107<sup>417</sup> ging es um die Mitgliedschaft in Korporationen. M. C.-B. wollte von der nach der Revision des Eherechts im Jahre 1988 möglichen Vorschrift des Art. 8a SchlT ZGB keinen Gebrauch machen, welche ihr gestattet hätte, den vor der Heirat getragenen Namen ihrem nunmehrigen Familiennamen voranzustellen.

294 M.C.-B. ersuchte die Verwaltung der Korporation Zug erfolglos um Wiederaufnahme in die Korporation. Die Ablehnung erfolgte im Wesentlichen mit der Begründung, die Gesuchstellerin hätte eine Namensänderung i.S.v. Art. 8a SchlT ZGB vornehmen können. Weil sie das unterlassen habe, erfülle sie die Voraussetzungen einer Mitgliedschaft nicht und könne nicht wieder aufgenommen werden. Das Bundesgericht folgte der Argumentation der Beschwerdeführerin, dass die Verpflichtung, den früheren Namen als eine der Voraussetzungen für die Mitgliedschaft der Korporation wieder annehmen zu müssen, nur Frauen treffe und damit das Gleichstellungsgebot verletze. Nachdem nicht einzusehen sei, aus welchen sachlichen Gründen die Mitgliedschaft von einer bestimmten Namensführung abhängen soll, und nachdem diese Voraussetzung sich ohnehin nicht ausnahmslos durchführen lasse, widerspreche es dem Verbot der Ungleichbehandlung und dem Schutz der Persönlichkeit der Frau, von dieser eine Namensänderung zu verlangen. Damit würde deren Persönlichkeitsrecht in schwerwiegender Weise verletzt.

295 Grundsätzlich sind Eintragungen über Personenstandsfragen, so z.B. die Änderung von Namen, in das Zivilstandsregister kostenpflichtig, so-

415 Zu den verschiedenen Möglichkeiten siehe SCHWENZER, Namensrecht, S. 390 ff. mit rechtsvergleichendem Überblick.

416 BGE 120 II 384 E. 5a; 122 III 414 E. 3a; anders aber BGE 125 III 209 E. 5. Vgl. WALTER KÄLIN, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, Bern 1984, S. 45 m.w.Lit.hinw. in FN 90.

417 Vgl. SCHWEIZER, ZZW 1989, S. 337 ff.

weit es nicht um Handlungen geht, die von Amtes wegen vorzunehmen sind.<sup>418</sup> Das Bundesrecht gesteht dabei den Kantonen zu, eigene Gebührenordnungen aufzustellen.<sup>419</sup> Als nach einer Bewilligung, von der Trauung an den Namen der Ehefrau als Familiennamen zu führen, ein Brautpaar eine Gebührenrechnung von Fr. 184.90 zugestellt erhielt, focht es die kantonale Verordnung als verfassungswidrig i.S.v. Art. 4 Abs. 2 aBV sowie der Art. 8 und 14 EMRK an. Es gehe nicht an, Unterschiede derart zuzulassen, dass Männer, die bei der Heirat ihren Namen behalten, für die Registrierung dieses Familiennamens nach der Trauung keine Gebühr zu entrichten hätten. Frauen aber müssten nicht nur gemäss Art. 30 Abs. 2 ZGB um eine Bewilligung nachsuchen, sondern dafür werde zudem eine Gebühr erhoben.

Das Bundesgericht stimmte in BGE 126 I 1 dieser Auffassung zu. Allerdings hielt es zunächst dafür, von der streitigen Gebührenregelung würden nicht nur Frauen betroffen, die bei Eheschliessung ihren Namen beibehalten wollten, sondern ebenso – und logischerweise in gleicher Zahl – Männer, die ihre Zustimmung zu einer Änderung des Namens i.S.v. Art. 30 Abs. 2 ZGB zwingend erteilen müssten und für die Kosten solidarisch zu haften hätten. Aber das Bundesgericht betrachtet die kantonale Regelung dennoch unter dem Gesichtspunkt des Art. 4 Abs. 2 Satz 1 aBV als unzulässig.

Dieser Entscheid ist interessant, hat das Bundesgericht doch bisher bei Gleichstellungsproblemen betreffend Ehegatten oder andere Partnerschaften es abgelehnt, darin einen Anwendungsfall des Art. 4 Abs. 2 aBV sehen zu wollen.<sup>420</sup> Weil Frauen und Männer als Eheleute gleich betroffen seien, hat es bisher solche Sachverhalte unter das allgemeine Gleichbehandlungsgebot des Art. 4 Abs. 1 aBV subsumiert. Mit dem hier genannten neuesten Entscheid werden nun vergleichbare Lebensverhältnisse von Ehepaaren mit ehemännlichem Familiennamen und Ehepaaren mit dem Familiennamen der Frau in Anwendung von Art. 4 Abs. 2 aBV beurteilt und eine geschlechtsbezogene Benachteiligung festgestellt.

418 Art. 178 f. ZStVO.

419 Art. 179 Abs. 2 ZStVO.

420 Das betraf etwa die Ungleichbehandlung von verheirateten Frauen bezüglich der Regelung der kantonalen Familienzulagen, die vergleichbaren Lebensverhältnisse von Ehe- und eheähnlichen Paaren und ebenso die Ungleichbehandlung von Ehegatten in der Unterhaltspflicht (Überschuss und Manko), vgl. 121 I 97; 121 III 301; 123 III 1. Vgl. dazu auch BGE 125 V 1: Eheähnliches Verhältnis einer nicht-erwerbstätigen Frau und ihre AHV-Beitragsbemessung.

298 Die Begründung ist auch unter einem andern Aspekt bedeutsam: Obwohl der Grund für diese Ungleichheit in der umstrittenen regierungsrätlichen Gebührenordnung im Bundesrecht, nämlich in Art. 160 Abs. 1, in Art. 30 Abs. 2 ZGB und der eidg. Zivilstandsverordnung angelegt ist, und das Bundesgericht eine Überprüfung solchen Bundesrechts im Zusammenhang mit kantonalem *konnexem* Recht grundsätzlich ablehnt, hat es sich in diesem Fall damit beholfen, das Vorliegen eines «*besonders engen*» *Konnexes* zu bestreiten. Das Bundesrecht schreibe zwar eine Bewilligung für die Zulassung des Frauennamens als Familiennamen vor, *nicht aber die Erhebung einer Gebühr* für diese Bewilligung. Die Kantone dürften zwar – so das Bundesgericht – für ihre Handlungen Gebühren gemäss Art. 178 Abs. 2 und 179 ZStVO erheben. Ausgeschlossen sei dies aber u.a. für die Entgegennahme der Namenserklärung der Braut (Art. 179 Ziff. 2 ZStVO). Auch wenn in dieser Vorschrift die Bewilligung für die Erklärung der Brautleute, den Namen der Braut als Familiennamen tragen zu wollen, nicht ausdrücklich namentlich genannt werde, hätten die Kantone bei der Ausgestaltung ihrer Gebührenordnung die Bundesverfassung zu beachten.

299 *Bemerkung:* Das Parlament hat die Gelegenheit versäumt, anlässlich der unter *Gleichstellungsgesichtspunkten* erfolgten Revision des Eherechts das *Namensrecht* der Ehegatten für beide gleich auszugestalten.<sup>421</sup> Die erwähnten Entscheide des Bundesgerichts zeigen, dass sich damit seine Aufgabe nicht vereinfacht hat. Wollte es gleichstellungsbewusst die ihm unterbreiteten Sachverhalte verfassungskonform beurteilen, hätte es sich für eine Auslegung gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes und gegen die Meinungen der parlamentarischen Mehrheit durchringen müssen. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung lässt nur ausnahmsweise eine solche Auslegung gegen den Wortlaut und gegen den historischen Gesetzgeber zu, so v.a., wenn in stossender Weise der Gedanke der Gerechtigkeit verletzt würde.<sup>422</sup> So weit zu gehen, bestand nach der von vielen geteilten Auffassung des Bundesgerichts in der Namensfrage kein Anlass, auch wenn so ein neues, materielles Gleichheitsverständnis hätte begründet werden können.

421 Der jüngste Versuch, das Namensrecht gesetzgeberisch Art. 8 Abs. 3 BV anzupassen, ist erneut gescheitert, vgl. die Schlussabstimmung im Parlament vom 22.6.2001, AmtlBull NR 2001, S. 949 f., StR 2001, S. 471.

422 Z. B. BGE 125 III 57 E. 2b und c; 124 III 126 E. 1b/aa = Pra 87 Nr. 103; BGE 124 III 149 E. 4; vgl. auch BGE 125 III 209 E. 4c m. Hinw. auf 124 III 266 E. 4; 124 III 193 E. 3b; vgl. z.B. anders – innovativ – 119 V 425 = Pra 83 Nr. 177 bezüglich des eherechtlichen Begriffs des «Unterhalts».

## 2. Bürgerrecht als Problem der Gleichberechtigung von Frau und Mann

## a) Allgemeines

Das *Bürgerrecht* ist auf zwei Ebenen geregelt: Das Eherecht bestimmt das Gemeinde- und Kantonsbürgerrecht als Folge einer Eheschliessung zwischen einem Schweizerbürger und seiner schweizerischen oder ausländischen Ehefrau. Vor 1988, unter altem Recht, war die Sachlage klar: Gestützt auf den Grundsatz der Einheit der Familie erwarb die Frau mit der Heirat automatisch – auf Grund alten Gewohnheitsrechts<sup>423</sup> – das Bürgerrecht des schweizerischen Ehemannes. Die Ehefrau wurde auch in die Entlassung des Ehemannes aus dem Bürgerrecht einbezogen. Ihr eigenes Schweizer Bürgerrecht konnte sie an ihre Kinder nur weitergeben, wenn sie «von Geburt an» Schweizerin war, und dieser Begriff wurde eng ausgelegt.<sup>424</sup> Seit 1988 bestimmt Art. 161 Abs. 1 ZGB, dass die Ehefrau das Kantons- und Gemeindebürgerrecht des Ehemannes erhält, ohne das Kantons- und Gemeindebürgerrecht zu verlieren, das sie als Ledige hatte. Diese Vorschrift kann indessen nur für Schweizer Bürgerinnen gelten. Sobald ein Ehepartner oder eine Ehepartnerin über ein ausländisches Bürgerrecht verfügt, bestimmen die Normen des Bundesgesetzes über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts (BüG) die Wirkungen einer Eheschliessung.<sup>425</sup> In dieser Hinsicht war die ausländische Ehefrau, die mit der Heirat bis 1992, dem Jahr der Bürgerrechtsrevision, ohne weiteres Schweizer Bürgerin wurde, nicht nur gegenüber gebürtigen Schweizerinnen, die einen Ausländer heirateten, sondern auch gegenüber dem ausländischen Ehemann einer Schweizer Bürgerin erheblich bevorzugt.<sup>426</sup>

423 Vgl. BGE 108 Ib 392; 68 I 56.

424 Vgl. BGE 105 Ib 63; 105 Ib 49.

425 Vgl. BSK-SCHWANDER, Rz. 1 ff. zu Art. 161 ZGB; BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Rz. 8 ff. zu Art. 161 ZGB. Das BüG beruht auf einer Verfassungsänderung vom 4.12.1983, womit Art. 54 Abs. 4 aBV aufgehoben und der Weg frei wurde, um eine etwas gleichstellungsgerechtere Bürgerrechtsregelung vor allem für die gebürtige Schweizerin zu schaffen. Das geschah mit dem BG vom 14.12.1984 (bezüglich der Gleichstellung der Kinder), in Kraft seit 1.7.1985; sodann mit BG vom 23.3.1990 (bezüglich der Gleichstellung der Frauen mit den Männern), in Kraft seit 1.1.1992. Vgl. auch Botschaft Bürgerrechtsgesetz. Zum Ganzen auch SCHÄRER, S. 332 ff.

426 Vgl. Art. 3 Abs. 1 aBüG; Art. 4 lit. c aBüG; BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Rz. 38 ff. zu Art. 161 ZGB.

## b) Wiedereinbürgerung

301 Die Wiedereinbürgerung einer ehemaligen Schweizerin beurteilt sich nach öffentlichem Recht, d.h. auf Grund des Bürgerrechtsgesetzes.<sup>427</sup> Die Revision der Bürgerrechtsgesetzgebung unter Gleichstellungsgesichtspunkten fand erst lange nach Einführung des Grundsatzes der Rechtsgleichheit der Geschlechter, nämlich am 23. März 1990 (in Kraft seit 1. Januar 1992), ihren Abschluss. Nach 1981 hatte sich das Bundesgericht daher mit verschiedenen Problemen einer direkten rechtlichen Diskriminierung von Frau und Mann im *Bürgerrecht* zu befassen. So hatte die Schweizerin, die einen Ausländer heiratete, gemäss Art. 9 aBüG von 1952 vor dem Zivilstandsbeamten oder der Zivilstandsbeamtin eine *Erklärung* abzugeben, sie wolle ihr Schweizer Bürgerrecht beibehalten. Unterliess sie diese Erklärung aus Rechtsunkenntnis oder aus andern Gründen, verlor sie mit ihrer Eheschliessung ihr angestammtes Schweizer Bürgerrecht, sofern sie dadurch nicht staatenlos wurde. Um dieses Schweizerbürgerrecht wieder zu erlangen, hatte sie um *Wiedereinbürgerung* nachzusuchen.<sup>428</sup> Diese konnte aber daran scheitern, dass – anders als nach der Praxis bei Wiedereinbürgerungen von Männern – dieser Frau eine mangelnde Verbundenheit mit der Schweiz unterstellt oder ihr entgegenhalten wurde, sie habe gegen die öffentliche Ordnung verstossen. Dieses verschärfende Kriterium gilt auch noch nach neuem Recht, wenn auch nur noch übergangsrechtlich.<sup>429</sup> Für die Beurteilung solcher Wertungen besitzen die Behörden ein weites Ermessen. In dieses Ermessen will das Bundesgericht nur eingreifen, wenn es überschritten oder missbraucht worden ist. Das erschwert eine Korrektur durch das Bundesgericht.

302 Im Entscheid vom 5.2.1987 (i.S. F. R. C.-F. c. EJPD) ging es um dieses erschwerende Kriterium der Unwürdigkeit und der Wahrung der öffentlichen Ordnung. Eine gebürtige Schweizerin hatte 1979 in Italien in Unkenntnis der Möglichkeit einer Beibehalterklärung ihr Schweizerbürgerrecht verloren, als sie einen Italiener geheiratet hatte.<sup>430</sup> Ihr Ehemann gehörte zur italienischen Terroristszene, der strafrechtlich be-

427 BG über den Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts vom 29.9.1952, in Kraft seit 1.1.1953.

428 Art. 19 und 58<sup>bis</sup> aBüG.

429 Art. 58 BüG in der Fassung von 1990, in Kraft seit 1.1.1992; vgl. Botschaft Bürgerrechtsgesetz, S. 295. Zum neuen Recht vgl. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Rz. 9ff. und 38ff. zu Art. 161 ZGB.

430 Zu den Folgen der Rechtsunkenntnis in Bürgerrechtsfragen siehe BGE 101 Ib 120; Beginn einer grosszügigen Rechtsprechung dazu.

langt wurde. Frau X, die später in Italien zu einer längeren Freiheitsstrafe verurteilt worden war, brachte sich mit ihrem Kind in der Schweiz vor der italienischen Strafverfolgungsbehörde in Sicherheit und ersuchte um Wiedereinbürgerung. Ihr Gesuch wurde zunächst abgelehnt, weil «sie sich nicht als würdig» für eine Wiedereinbürgerung erwiesen habe.

Das Bundesgericht befand u.a. – und zwar *entgegen dem klaren Wortlaut* des Gesetzes, trotz des den Behörden zustehenden erheblichen *Ermessens* und obwohl es um eine bundesrechtliche Regelung ging – die materielle Voraussetzung der engen Verbundenheit mit der Schweiz und der *allein für Frauen* vorgesehenen Unwürdigkeits-Prüfung verstosse gegen das *Gleichstellungsgebot* von Art. 4 Abs. 2 aBV und sei unhaltbar. Die Verbundenheit mit der Schweiz sei in diesem Fall von keiner Seite bestritten worden. Kriterien der Unwürdigkeit und des Verhaltens gegen die Interessen der Schweiz würden ausschliesslich im Zusammenhang mit der Wiedereinbürgerung der Frau, die ihr Schweizer Bürgerrecht durch Heirat mit einem Ausländer verloren habe, im Gesetz erwähnt. Das bedeute eine *krasse Schlechterbehandlung* der Frau gegenüber einem Mann, dem gegenüber derartige Kriterien nicht angewendet würden. Diese Überlegungen müssten daher – so das Bundesgericht in seiner recht kühnen, aber m.E. richtigen Entscheidung – zur *Einschränkung des Ermessens* der Behörden führen. Diese hätten bei der Wiedereinbürgerung gemäss Art. 19 aBüG nur noch zu prüfen, ob die Gesuchstellerin mit der Schweiz in genügendem Masse verbunden sei, wobei an gebürtige Schweizerinnen kein strengerer Massstab als an ehemalige Schweizer anzulegen sei.

304 *Bemerkung:* Dieser Entscheid ist deshalb erstaunlich und erfreulich, weil das Bundesgericht Art. 4 Abs. 2 aBV dazu verwendet hat, um das behördliche – weite – Ermessen in Bürgerrechtssachen erheblich einzuschränken. Es hat damit in geschlechtsrelevanten Gleichstellungsfällen die bisher übliche Beschränkung der Prüfung von Ermessensfragen auf Willkür fallen lassen, dafür aber die Schranke des (formalen) Rechtsgleichheitsgebots eingeführt, dem in Fällen dieser Art richtigerweise Rechnung getragen wird.<sup>431</sup> Dazu kommt, dass es hier um einen klassi-

431 Willkür liegt vor, wenn der Entscheid mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt, oder wenn ein Verstoss gegen allgemeine Rechtsgrundsätze oder den Gedanken der Gerechtigkeit vorliegt; z.B. BGE 125 II 10 E. 3a; 125 II 129 E. 5b; 124 V 137 E. 2b; 124 I 247 E. 5; 124 I 310 E. 5a. Zur Ermessensrechtsprechung vgl. vorne Rz. 113ff.

schen Fall einer *Auslegung gegen den Wortlaut des Gesetzes* ging.<sup>432</sup> Das Bundesgericht hat die bisherige Rechtslage klar als nicht mehr im Einklang mit der seit 1981 geltenden Regelung beurteilt und dies auch festgestellt. Es meinte, dem Bundesgericht dürfe nicht verwehrt sein, bei der Auslegung solcher verfassungswidrigen Bestimmungen die Verfassungsentwicklung mit zu berücksichtigen. Die Rechtsprechung hat sich in der Folge allerdings nicht oft an diesen Entscheid erinnert.

c) Einbürgerung von ausländischen Ehemännern von Schweizerinnen

305 Ausländer, welche eine Schweizerin heiraten, unterstanden bis zur Revision des Bürgerrechtsgesetzes im Jahre 1990 den ordentlichen Einbürgerungsbestimmungen. Wegen ihrer Ehe mit einer Schweizerin wurde ihnen lediglich eine *kürzere Aufenthaltsdauer* in der Schweiz als Voraussetzung zur Einbürgerung zugebilligt. Diese Rechtslage hatte sich mit der Revision des Bürgerrechtsgesetzes von 1951 und auch mit der Revision des Eherechts im Jahre 1985/1988 nicht geändert. Erst seit 1. Januar 1992 sind ausländische Frauen und Männer, die schweizerische Ehen eingehen, bürgerrechtlich gleichgestellt.<sup>433</sup>

306 Die rechtliche Ausgangslage schien über lange Zeit unbestritten, obwohl sie gegen das Geschlechtergleichheitsgebot des Art. 4 Abs. 2 aBV versties. Das Bundesgericht jedenfalls hatte sich m.W. nur ein Mal mit einem pakistanischen Staatsangehörigen zu befassen, der seit 1970 mit einer Schweizerin verheiratet war. Dieser Mann beschwerte sich über eine Verletzung des Geschlechtergleichheitsgebots durch die Bürgerrechtsregelung. Er ersuchte um Feststellung, dass er das Schweizer Bürgerrecht besitze. Er berief sich auf den Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau, woraus sich ergebe, dass der damalige (seit 1992 gestrichene) Art. 3 BüG, wonach die Ausländerin mit der Heirat eines Schweizer Bürgers von Gesetzes wegen das Bürgerrecht erhalte, auch umgekehrt für ihn gelten müsse.

307 Doch das Bundesgericht hielt dem Beschwerdeführer im nicht publizierten Entscheid vom 22.7.1987<sup>434</sup> den klaren Wortlaut sowohl des

432 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts verbietet sich eine Auslegung gegen den Wortlaut des Gesetzes, v.a. wenn es um Gleichstellungsfragen im Eherecht geht; BGE 125 III 209 E. 4c m.Hinw. auf 124 III 266 E. 4; damit entfällt auch eine verfassungs- und konventionskonforme Auslegung; BGE 123 II 9 E. 2 m.Hinw.

433 Revision des BüG unter Gleichstellungsgesichtspunkten vom 23.3.1990, in Kraft seit 1.1.1992; Botschaft Bürgerrechtsgesetz, S. 302 ff.

434 I. S. M. I.-Kh c. Regierungsrat des Kantons Zürich.

genannten Art. 3 BüG als auch des Art. 161 aZGB entgegen. Es sah sich gestützt auf Art. 113 Abs. 3 und 114<sup>bis</sup> Abs. 3 aBV an diese klare und eindeutige Regelung gebunden. Diese Vorschriften seien über Jahrzehnte immer gleich verstanden worden und hätten nie Anlass zu einer Auslegung geboten. In diesem Bereich des öffentlichen Rechts sei es ausschliesslich Sache des Gesetzgebers, die *Rechtsgleichheit zwischen Mann und Frau* zu verwirklichen. Soweit sich der Beschwerdeführer auch auf Art. 8 und 14 EMRK berief, meinte das Bundesgericht, aus der Vorschrift, wonach jedermann Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, seiner Wohnung und seines Briefverkehrs habe, lasse sich hinsichtlich des Bürgerrechtserwerbs eines Ausländers durch Heirat «klarerweise» nichts herleiten.

d) Weitere Bürgerrechtsprobleme im Zusammenhang mit der Gleichstellung der Geschlechter

Bis zur erwähnten Revision des Bürgerrechtsgesetzes folgten Kinder verheirateter Eltern ausschliesslich dem *Bürgerrecht des Vaters*. Kinder eines ausländischen Vaters und einer schweizerischen Mutter wurden mit der Geburt nur Schweizerbürger, wenn sie sonst staatenlos geworden wären. Schwer begründbare Unterschiede bestanden indessen nach dem nunmehr aufgehobenen Art. 2 aBüG resp. Art. 57a BüG (Übergangsbestimmung) für Kinder einer Schweizerin, welche diese Nationalität durch Heirat oder Einbürgerung und nicht durch *Abstammung*, also durch Geburt von einem schweizerischen Vater erworben hatte. Das Bundesgericht hatte sich verschiedentlich mit der Auslegung des Begriffs «von Abstammung Schweizerin» zu befassen. Es gelangte im Verlaufe der Rechtsprechung, und ganz besonders unter der Herrschaft von Art. 4 Abs. 2 aBV zu einem immer weiter gefassten Verständnis dieses Begriffes, bis es schliesslich in BGE 105 Ib 49 und 145 den Schritt gewagt hat, jede Art des Erwerbs des Schweizer Bürgerrechts der Frau, also Abstammung, Einbürgerung mit den Eltern, Erwerb durch eine frühere Heirat oder Wiedereinbürgerung als gleich zu betrachten.

Gemäss Art. 161 Abs. 1 ZGB erhält die Ehefrau mit der Ehe das Kantons- und Gemeindebürgerrecht des Ehemannes, ohne ihr Kantons- und Gemeindebürgerrecht zu verlieren. Im Entscheid des Bundesgerichts vom 17. November 1988 ging es um die Frage, welche Bürgerrechte die Ehefrau bei verschiedenen Ehen und bei unterschiedlichen Erwerbsgründen behalten könne. M. V. geb. W. erwarb nach Auflösung

ihrer ersten Ehe durch *Einbürgerung* das Bürgerrecht der Gemeinde R. Am 6. Mai 1988 ging sie eine zweite Ehe mit R. X ein, welcher Bürger von Rapperswil BE war. Im Eheregister wurde nur der Heimatort des Mannes, nicht aber auch das von der Ehefrau vor dieser Eheschliessung aus eigenem Recht erworbene Bürgerrecht der Gemeinde R. aufgeführt. Frau V. verlangte in der Folge, ihr sei zu gestatten, nach ihrer zweiten Heirat das nach Auflösung der ersten Ehe durch *Einbürgerung* erworbene Bürgerrecht beibehalten zu können.

310 Dem bundesgerichtlichen Entscheid lag die seit 1988 gültige Fassung des Art. 161 Abs. 1 ZGB zugrunde. Ausserdem wurde Art. 8b SchlT ZGB als Übergangsbestimmung herangezogen, welche besagt, die Schweizerin, die sich unter dem bisherigen Recht verheiratet habe, könne binnen Jahresfrist seit Inkrafttreten des neuen Rechts gegenüber der zuständigen Behörde ihres ehemaligen Heimatkantons erklären, sie nehme das Bürgerrecht wieder an, das sie als ledig gehabt habe. Im konkreten Fall ging es um die Auslegung dieses Begriffs «ledig».

311 Nach Auffassung der kantonalen Behörden lässt diese Vorschrift keinen Auslegungsspielraum zu. Eine Frau, die ihr Bürgerrecht nach Auflösung einer ersten Ehe willentlich durch Einbürgerung erworben habe, verliere dieses Bürgerrecht bei einer zweiten Heirat. Sie behalte ihr «angestammtes», d.h. das durch die erste Heirat erworbene oder allenfalls das Ledigen-Bürgerrecht oder müsse es wieder annehmen, auch wenn sie dazu möglicherweise keine oder eine weniger enge Bindung habe. Das Bundesgericht jedoch wollte ein derart enges Verständnis des Wortlauts von Art. 161 ZGB nicht zulassen. Es berief sich darauf, die Änderung des Art. 161 ZGB sei Folge der Bestrebungen um Gleichberechtigung der Geschlechter. Der Verlust des bisherigen Bürgerrechts der Frau sei oftmals auch mit einer Einschränkung von für die konkrete Lebensgestaltung entscheidenden Rechten verbunden, wie etwa die Zulassung zur Anwaltsprüfung, Teilhabe am Ortsbürgernutzen, Anspruch auf Stipendien, Stimmrecht in Bürgerrechtsangelegenheiten usw. Aber auch eine ideelle Verbundenheit oder Verwurzelung der Frauen, die allein von dieser Regelung betroffen sind, konnte mit dem Verlust des Bürgerrechts berührt werden, dem die Gesetzgebung ebenfalls Rechnung zu tragen habe. Das Bundesgericht befand daher, der Frau seien bei einer Heirat nicht nur jene Bürgerrechte zu belassen, die sie vor ihrer ersten Ehe, also als ledig, besessen hatte, sondern auch jene, die sie als Witwe oder als Geschiedene, durch *Einbürgerung* erworben hat. Bei einer späteren Wiederverheiratung sollen durch Einbürgerung erworbene Bürgerrechte – trotz gewisser Bedenken in der

Lehre – nicht verloren gehen.<sup>435</sup> Aus eigenem Willen erworbene Bürgerrechte sollen ihr erhalten bleiben, wenn sie solche während einer früheren Ehe bekommen habe, sie aber kein Ledigenbürgerrecht besitzt, sei es, weil sie vor der ersten Heirat nicht Schweizerin gewesen war oder weil sie infolge der Einbürgerung auf ihr früheres Bürgerrecht verzichtet hatte.

Die Schweizer Bürgerin M. E. heiratete am 18. Februar 1977 in zweiter Ehe den ausländischen Staatsangehörigen B. Dieser Ehe entsprossen zwei Töchter. Frau E. B. war als ledig Bürgerin von Schaffhausen und hatte durch die erste Ehe (nach altem Recht) statt dessen das Bürgerrecht der Gemeinde X im Kanton Solothurn erworben. Die beiden Töchter aus der zweiten Ehe mit B. wurden gemäss Art. 57 Abs. 8 lit. a aBüG ebenfalls Bürgerinnen der Gemeinde X. Frau E. B. holte sich gestützt auf Art. 8b SchlT ZGB das Bürgerrecht von Schaffhausen zurück, das sie als ledig gehabt hatte. Gleichzeitig verlangte sie, ihre zwei Töchter seien in dieses Bürgerrecht miteinzubeziehen. Diesem Antrag wurde indessen weder von den kantonalen Behörden noch vom Bundesgericht entsprochen.

Das Bundesgericht geht in seinem Entscheid vom 15. November 1990<sup>436</sup> davon aus, die Bürgerrechtsregelung des revidierten Eherechts<sup>437</sup> bezwecke nur die *Gleichbehandlung von Frauen*, die sich unter altem Recht verheiratet und dabei ihr angestammtes Bürgerrecht verloren hatten, mit Frauen, welche erst nach dem 1. Januar 1988, also nach Inkrafttreten des revidierten Eherechts, eine Ehe eingegangen sind.<sup>438</sup> Diese neue Bürgerrechtsregelung bezwecke vor allem, dem *Persönlichkeitsrecht* der Frau Rechnung zu tragen und die Rechtsgleichheit zwischen Ehemann und Ehefrau im Bereich des Bürgerrechts so weit als möglich zu verwirklichen. Sie wolle ihr aber nicht alle Rechte verschaffen, die ihr zustünden, wenn sie ihr Ledigenbürgerrecht nicht verloren hätte. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus dem *Grundsatz der Einheit des Familienbürgerrechts*. Familienrechtliche Tatbestände wie eine Scheidung oder Verwitwung oder eine zweite Heirat der Mut-

435 BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1988) Rz. 19 zu Art. 161 ZGB; (1999) Rz. 14ff. zu Art. 161 ZGB m.Hinw. in Rz. 19 auf BGE 114 II 404 E. 7ff.; THOMAS GEISER, Der Name und das Bürgerrecht im neuen Eherecht, in: Das neue Eherecht, VSIV, Band 26, St. Gallen 1987, S. 77.

436 I. S. G. B., M. E.-B. und zwei Kons. c. Regierungsrat Schaffhausen.

437 Art. 8b SchlT ZGB; Art. 161 ZGB.

438 Nicht publ. Entscheid vom 15.11.1990 i.S. G. B., M. E.-B. und Regierungsrat des Kantons Schaffhausen.

ter, die sich auf ihr Bürgerrecht auswirkten, führten daher nicht automatisch zur Veränderung des Bürgerrechts der Kinder. Für Kinder gelte nach wie vor, dass sie grundsätzlich nur das Bürgerrecht des Vaters erhalten. Das Schweizer Bürgerrecht der Mutter würde ihnen – im Zuge der Gleichstellung von Frau und Mann – nach dem revidierten Art. 1 Abs. 1 lit. b BÜG nur zukommen, wenn die Mutter nicht mit dem Vater verheiratet wäre. Ebenso wenig lasse sich etwas aus Art. 4 Abs. 2 aBV für den Standpunkt der Betroffenen herleiten. Zwar sei zuzugeben, dass die Regelung von Name und Bürgerrecht im neuen Eherecht dem Gleichbehandlungsgebot widerspreche, aber im Blick auf Art. 113 Abs. 3 aBV könne nichts daran geändert werden, dass der Gesetzgeber sich trotz des Verfassungsgebots gegen eine volle Gleichstellung der Ehegatten in diesem Rechtsbereich ausgesprochen habe.

314 Ein weiterer Entscheid des Bundesgerichts zeigt die Spannungen auf, die sich aus dem Zusammenspiel der revidierten Vorschriften zum Namens- und zum Bürgerrecht unter Gleichstellungsgesichtspunkten ergeben können. Frau X und Herr Y, beide Schweizerbürger, heirateten am 31. Juli 1994. Ihrem Gesuch um Führung des Namens der Ehefrau als Familienname wurde entsprechend der neuen Regelung in Art. 30 Abs. 2 ZGB entsprochen. Dem Ehepaar ging es aber auch darum, den Ehemann und den Sohn in das Bürgerrecht der Frau aufzunehmen, um ihnen die Aufnahme in die Stadtkorporation zu ermöglichen, welcher die Frau dank ihres Namens und ihres Ledigenbürgerrechts angehörte. Frau X argumentierte, der Staat habe die Pflicht, dafür zu sorgen, dass sie ihr Korporationsrecht auch auf Ehemann und Sohn übertragen könne. Der Anspruch des Ehemannes und des Sohnes auf ein gleiches Bürgerrecht wie die Ehefrau und auf die Zugehörigkeit zur Korporation ergebe sich aus dem verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbot.<sup>439</sup>

315 Das Bundesgericht vermochte sich dieser Argumentation nicht anschliessen. Es anerkannte zwar, dass die massgebende Ordnung der Art. 161 und 271 ZGB zu einer Ungleichheit für Ehemann und Kind führen könne. Indessen sehe die Korporation, um deren Mitgliedschaft es letztlich ging, vor, dass diese Mitgliedschaft vom Familiennamen eines der 36 Geschlechter der Korporationsgenossen abhängt. Der Name der Frau sei aufgrund einer Bewilligung Familienname geworden. Damit trügen auch Ehemann und Kind nunmehr den korporationsberech-

439 BGE 125 III 209.

tigenden Namen. Aber bezüglich des *Bürgerrechts*, das ebenfalls Voraussetzung für die Mitgliedschaft der Korporation sei, lasse sich kein Anspruch von Ehemann und Kindern aus Art. 161 und 270 ZGB herleiten. Dem Parlament sei es klar gewesen, dass das *Familienbürgerrecht*, das sich nach dem Ehemann und Vater ausrichte, nach wie vor nicht voll mit der Forderung nach Gleichbehandlung der Ehegatten vereinbar sei. Dem aber könne nicht durch die Rechtsprechung abgeholfen werden, sondern es sei Sache der Gesetzgebung, hier Abhilfe zu schaffen. Diese habe denn auch mit der Revision des Bürgerrechtsgesetzes von 1984 und 1990 eine weitergehende Gleichberechtigung zwischen Mann und Frau hergestellt als mit Art. 161 und 270 ZGB.

*Bemerkung:* Auch der Rechtsbereich des *Bürgerrechts* zeigt, wie schwierig es ist, dem Gedanken gleicher Rechte für Frauen und Männer – und zwar gegen den längst durchlöchernten, aber sogar in heutiger Zeit noch stark ideologisierten Grundsatz der *Einheit des Familienbürgerrechts* – zum Durchbruch zu verhelfen. Man mag sagen, es gehe bei den geschilderten Sachverhalten um relativ unwichtige Anliegen. Das ist jedoch kein Grund, um den Gleichstellungsgedanken entgegen der Vorgabe der Verfassung auszuklammern. Das Kantons- und Gemeindebürgerrecht ist zwar nicht mehr bedeutsam für die Niederlassung und die Sozialhilfe,<sup>440</sup> aber daran sind teilweise immer noch politische und wirtschaftliche Werte und persönlichkeitsrelevante Rechte geknüpft. Es hätte daher nahegelegen, in den Entscheiden des Bundesgerichts zum Bürgerrecht von Ehefrauen Art. 161 verfassungskonform auszulegen. Dadurch hätte sich eine gleichstellungsrelevante Lösung finden lassen.

### 3. Ehelicher Wohnsitz und das Gebot geschlechtsunabhängiger Gleichbehandlung

#### a) Die Frage des eigenen politischen Domizils der Ehefrau

Unter der Herrschaft des alten Eherechts von 1907/1988 war der *Wohnsitz* des Ehemannes zwingend auch derjenige der Ehefrau. Einen eigenen Wohnsitz konnte sie nur unter besonderen Bedingungen begründen, sei es, dass die Ehe zerbrochen war, sei es, dass der Schutz der Persönlichkeit, gesundheitliche Gründe oder Fragen der wirtschaftlichen Sicherheit einen getrennten Wohnsitz für das Ehepaar verlang-

440 BGE 125 III 209 E. 6b m. Hinw. auf BGE 116 II 657 E. 5.

te.<sup>441</sup> Das revidierte Eherecht lässt nach Art. 162 ZGB die Ehegatten den ehelichen Wohnsitz bestimmen; sie können nunmehr an mehreren Orten ihren Wohnsitz haben und sich darauf einigen, in verschiedenen Wohnungen getrennt zu leben.<sup>442</sup>

318 Wie bedeutsam diese Revision war, um Diskriminierungen zu vermeiden, die allein Frauen betroffen haben, zeigt der Fall H. in BGE 109 Ia 41 ein erstes Mal deutlich: Frau H., eine Rechtsanwältin mit eigener Praxis, war in den Gemeinderat ihrer solothurnischen Gemeinde gewählt worden. Sie verheiratete sich mit einem Angehörigen einer zum Kanton Bern gehörenden Nachbargemeinde, der dort wohnte und berufstätig war. Die politischen Behörden der bisherigen Wohnsitzgemeinde der Frau sprachen ihr das politische Mandat ab, weil sie nunmehr den gesetzlichen Wohnsitz beim Ehemann und damit ihr politisches Domizil ausserhalb der Gemeinde habe.

319 Auch das Bundesgericht liess es – trotz Art. 4 Abs. 2 aBV und trotz der bevorstehenden Revision des Eherechts – nicht zu, dass Frau H. weiterhin einen vom ehemännlichen Wohnsitz unabhängigen eigenen Wohnsitz haben könne, obwohl es Verständnis für das Anliegen dieser Frau zeigte. Das Gericht könne das geltende Recht nicht durch eine Auslegung gegen den Sinn und Wortlaut des Gesetzes ändern. Es nahm die schwere Beeinträchtigung dieser Frau in ihren politischen Rechten hin und verwies auf den Gesetzgeber.

b) Abgeleiteter Wohnsitz als Anknüpfung für die Unterstellung unter das System der Sozialversicherung und für Sozialversicherungsansprüche<sup>443</sup>

320 Grundsätzlich ist der Wohnsitz in der Schweiz massgebend für die Unterstellung unter das Sozialversicherungssystem und die daraus fliessen-

441 Zum alten Recht vgl. BK-LEMP, Rz. 9 zu Art. 170 aZGB; ZK-EGGER, Rz. 3 zu Art. 25 aZGB; zum neuen Recht BSK-STAEHELIN, Rz. 1 ff. insb. 10 zu Art. 23 ZGB; BSK-SCHWANDER, Rz. 8 zu Art. 162 ZGB; BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1999) Rz. 5 zu Art. 173 ZGB, Rz. 8a und 10 ff. zu Art. 175 ZGB; BGE 115 II 120; 119 II 64.

442 BSK-SCHWANDER, Rz. 4 ff., insbes. 6 zu Art. 162 ZGB.

443 Allgemein zum Thema Sozialversicherung und Stellung der Frau vgl. SCHWEIZ. VERBAND DER AKADEMIKERINNEN, Die Stellung der Frau in der Sozialversicherung, Bern 1975; BIGLER-EGGENBERGER, Soziale Sicherung, S. 379 ff.; DIES., Die Lage der Frau im Recht der Arbeit und der sozialen Sicherheit, Bern 1983; BÉATRICE DESPLAND, Femmes et assurances sociales, Lausanne 1992; KOHLER; LAUTERBURG/LISCHEITTI/AESCHBACHER; GABRIELA KAFKA-RIEMER, Die Gleichstellung von Mann und Frau in der schweizerischen Sozialversicherung, Zeitschrift für Sozialversicherung und Berufliche Vorsorge, 35 (1991) H.5, S. 225 ff.

den Ansprüche.<sup>444</sup> Als Wohnsitz gilt nach ständiger Rechtsprechung des EVG der zivilrechtliche Wohnsitz der Art. 23 ff. ZGB.<sup>445</sup> Diese enge Verbindung mit dem Eherecht<sup>446</sup> und dem auch für die Sozialversicherung geltenden Ehebild des alten Familienrechts hat vielfache Schwierigkeiten für verheiratete Frauen in der Sozialen Sicherheit gebracht.

Von dieser – Frauen diskriminierenden – rechtlichen Ordnung betroffen waren vor allem Frauen von *Auslandschweizern*, wenn sie sich allein in der Schweiz niederliessen. Für sie stellte sich vor der 10. AHV-Revision – trotz der gleichstellungsrelevanten Wohnsitzregelung des revArt. 162 ZGB – das Problem, dass sie sich nicht selbständig versichern konnten, sofern sie keinen eigenen Wohnsitz begründen konnten oder nicht selbst wegen einer beitragspflichtigen Erwerbstätigkeit obligatorisch versichert waren.<sup>447</sup> Zwar sah Art. 2 AHVG in der Fassung der 8. AHV-Revision vom 30. Juni 1972, in Kraft seit 1. Januar 1973, eine freiwillige Versicherung für Auslandschweizer vor, sofern diese nicht mehr als 50 Jahre alt waren. Bis zur 10. AHV-Revision vom 7. Oktober 1994, in Kraft erst seit 1. Januar 1997, war es Ehefrauen nicht freiwillig versicherter Auslandschweizer jedoch nur möglich, sich aus eigenem Recht freiwillig versichern zu können, wenn der Ehemann von Gesetzes wegen keine Möglichkeit hatte, dieser Sozialversicherung freiwillig beizutreten (etwa wegen Überschreitens der Altersgrenze) oder wenn sie mindestens seit einem Jahr vom Ehemann getrennt gelebt hatten.<sup>448</sup>

An das Getrenntleben selbst wie auch an den allenfalls in der Schweiz begründeten selbständigen Wohnsitz ist dabei vom EVG in Übernahme der eherechtlichen Praxis des Bundesgerichts stets strenge

444 Art. 1 AHVG und Art. 1 IVG in der Fassung vom 7. 10. 1994, in Kraft seit 1. 1. 1997 (10. AHV-Revision); Art. 5 d-f AHVV; auch Art. 42 Abs. 1 (ausserordentliche Rente), Art. 43<sup>bis</sup> (Hilflosenentschädigung), Art. 43<sup>ter</sup> (Hilfsmittel); Art. 9 Abs. 4 IVG (Eingliederungsmassnahmen, wobei hier u.U. auch ein regelmässiger Aufenthalt in der Schweiz gilt). Vgl. zum Ganzen GABRIELA RIEMER-KAFKA, a. a. O., S. 229 f.. Auch THOMAS KOLLER, Besprechung des BGE 119 V 425 = Pra 83 Nr. 177 in AJP 1994, S. 1600 ff.

445 Art. 160 Abs. 2 aZGB: «Er (d.h. der Ehemann) bestimmt die eheliche Wohnung ...». Auch Art. 25 Abs. 1 aZGB: «Der Wohnsitz des Ehemannes gilt als Wohnsitz der Ehefrau». Und in Abs. 2: «Ist der Wohnsitz des Ehemannes nicht bekannt oder ist die Ehefrau berechtigt, getrennt zu leben, so kann sie einen selbständigen Wohnsitz haben.»

446 BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1999) Rz. 24 der Vorbem. zu Art. 159 ff. ZGB.

447 Etwa i.S.v. Art. 1 Abs. 1 lit. c AHVG.

448 Art. 2 Abs. 4 AHVG in der inzwischen aufgehobenen Fassung vom 4. 10. 1968, in Kraft seit 1. 1. 1969 (7. AHV-Revision).

Anforderungen gestellt worden.<sup>449</sup> Aber es gab auch einzelne Entscheide, die ähnliche Überlegungen wie in BGE 103 Ia 517 angestellt und so das Geschlechtergleichstellungsgebot vorwegzunehmen gewagt haben.

- Das Gesuch einer Ehefrau eines versicherten Auslandschweizers, sie als Nichterwerbstätige mit Wohnsitz in der Schweiz weiterhin der Sozialversicherung zu unterstellen, wurde zunächst abgelehnt, vom EVG dann aber gutgeheissen. Denn in umgekehrter Konstellation (in der Schweiz wohnhafter, nicht erwerbstätiger Schweizer mit einer bei einer internationalen Organisation angestellten Ehefrau) wäre der Ehemann auch ohne Erwerbsarbeit unzweifelhaft beitragspflichtig. Gleiches müsse für die nichterwerbstätige Ehefrau gelten, alles andere widerspräche dem Gleichheitsartikel.<sup>450</sup>
- Auf Grund dieses selben Gleichstellungsgedankens wurde Jahre später – nunmehr unter dem Einfluss des Gleichstellungsgebots des Art. 4 Abs. 2 aBV – einer mit einem Italiener in Italien verheirateten schweizerisch-italienischen Doppelbürgerin der Beitritt zur freiwilligen Versicherung gestattet.<sup>451</sup>
- Eine schweizerische Ehefrau, die mit ihrem für eine schweizerische Arbeitgeberschaft tätigen Ehemann im Ausland Wohnsitz nehmen muss, verliert nach der Rechtsprechung ihre persönliche Versicherteneigenschaft, sofern sie sich nicht i.S.v. Art. 2 AHVG der freiwilligen AHV-Versicherung anschliesst. Die ihr unter altem Recht als nichterwerbstätige Ehefrau anzurechnenden beitragslosen Ehejahre werden in dieser Konstellation nicht als Beitragsjahre berücksichtigt, und sie kann zum Zeitpunkt der Rentenberechnung auch nicht in die Versicherteneigenschaft ihres Ehemannes einbezogen werden, wie das EVG in Bestätigung seiner Rechtsprechung entschieden hat.<sup>452</sup> Daran hat die 10. AHV-Revision nichts geändert, im Gegenteil: Nach Auffassung des EVG ist nunmehr der Schutz der Ehefrau – abgesehen von der Möglichkeit eines eigenen Beitritts zur freiwilligen Versicherung – durch das System des Rentensplitting mit Anrech-

449 BGE 106 V 5; Entscheid des EVG vom 9.10.1972 i.S. R. P., publ. in ZAK 1973, S. 509 ff.; BGE 92 V 21, auch publ. in ZAK 1966, S. 510 ff. Auch BGE 119 II 64 E. 2b/bb.; 115 II 121 E. a-c; 113 II 49.

450 BGE 105 V 241 = Pra 69 Nr. 156.

451 BGE 112 V 89 = Pra 75 Nr. 255.

452 BGE 126 V 217 mit Bezug auf 107 V 1 und 104 V 124. Den Entscheiden liegen die Art. 1 lit. b und c AHVG in der bis 31.12.1996 gültig gewesenen Fassung resp. Art. 1 Abs. 1 lit. b und c, Art. 1 Abs. 3 AHVG in der seit 1.1.1997 geltenden Fassung sowie Art. 3 Abs. 2 lit. b und Art. 29<sup>bis</sup> Abs. 2 AHVG alte Fassung i.V.m. Ziff. 1 lit. g Abs. 2 der UeB zur 10. AHV-Revision zugrunde.

nung von Beitragsjahren nach den Übergangsbestimmungen zur 10. AHV-Revision gewährleistet. Eine Ausdehnung der Versicherteneigenschaft des Ehemannes auf die nichterwerbstätige Ehefrau kraft des Zivilstandes würde nach Auffassung des EVG dem Grundanliegen der grundsätzlich auf Zivilstandsunabhängigkeit beruhenden 10. AHV-Revision gerade diametral zuwiderlaufen.

*Bemerkung:* Der Gerichtspraxis ging es stets darum, einerseits zu verhindern, dass durch eine *fiktive Wahl des Wohnortes* in der Schweiz die Voraussetzungen für Ansprüche an die Sozialversicherung geschaffen würden. Die sehr hohen Anforderungen an den Nachweis eines rechtlich zulässigen getrennten Wohnsitzes von Ehegatten waren nur so zu verstehen. Andererseits sollten allfällige Beitragslücken in solchen Konstellationen durch Beitritt zur – früher freilich für verheiratete Frauen erschwerten – freiwilligen Versicherung gefüllt werden. Diese gesetzliche Regelung und die darauf fussende Rechtsprechung hat in der *Lebensrealität* unter Umständen dazu geführt, dass infolge der engen Beziehung des Sozialversicherungsrechts mit dem Eherecht und dem darin festgehaltenen Ehebild die soziale Sicherheit der Frau teilweise in Frage gestellt oder doch erheblich erschwert worden war. Das hat sowohl dem gesetzgeberischen *Schutzgedanken* als auch dem verfassungsrechtlichen Gebot, Frauen und Männer einander grundsätzlich in allen Rechtsbereichen gleichzustellen, widersprochen. In Einzelfällen hat die Rechtsprechung – teils gestützt auf den allgemeinen Gleichheitssatz, teils auch beflügelt durch die zeitliche Nähe zur Entstehung des Art. 4 Abs. 2 aBV, die (in BGE 105 V 241 angesprochene) rechtlich unbefriedigende Situation<sup>453</sup> bereits vor 1981 (dem Inkrafttreten des geschlechtsbezogenen Gleichstellungsartikels) und 1988 (dem Inkrafttreten des revidierten Eherechts) durch weite Auslegung zu korrigieren vermocht, soweit es um in der Schweiz lebende Versicherte ging. Strenger blieb die Rechtsprechung indessen mit im Ausland wohnhaften und deshalb der Versicherung nicht mehr zwingend unterstellten Frauen. Die 10. AHV-Revision hat mit der revidierten Fassung von Art. 2 AHVG und der Verordnung über die freiwillige AHV für Auslandschweizer vom 26. Mai 1995, in Kraft seit 1. Januar 1997, weitgehende Gleichstellung gebracht.

453 Ein gewisser Einfluss kann wohl BGE 103 Ia 517 = Pra 67 Nr. 138 nicht ganz abgesprochen werden.

## 4. Das partnerschaftliche Eherecht und die Beistandspflichten

## a) Die Rechtslage

324 Die Revision des Eherechts von 1988 erfolgte, um dem verfassungsrechtlichen *Gleichstellungsgebot* zu entsprechen und auch, um den gesellschaftlichen Veränderungen Rechnung zu tragen, denen Frauen und Männer ausgesetzt sind und die auch Auswirkungen auf das Familienleben haben. Die Gleichstellung in der Familie, wie dies Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 BV in Satz 2 u.a. fordert, verlangt in erster Linie den Abbau der Vorrechte des Ehemannes. Damit sollen auch die traditionellen geschlechtsspezifischen Rollenbilder in der Ehe aufgebrochen werden und einer *partnerschaftlichen* Konzeption Platz gemacht werden. Die wesentlichste Änderung dieses neuen, offenen gesetzlichen Ehebilds liegt darin, die Ehegatten auf ihre Freiheit zu verweisen, entsprechend ihren Bedürfnissen, ihren Wünschen und Möglichkeiten ihren Ehealltag «in einträchtigem Zusammenwirken» (Art. 159 ZGB) zu organisieren und die erforderlichen, wichtigen Entscheide *gemeinsam*, im Interesse der Familiengemeinschaft, zu treffen. Sie haben dabei auf die beidseitigen Fähigkeiten, Kräfte und Möglichkeiten Rücksicht zu nehmen (Art. 159 und 163 Abs. 1 ZGB).

325 In der eherechtlichen Praxis hat sich trotz des *partnerschaftlichen Konzepts* nicht viel verändert. Zumeist ist es – wie bisher – die Ehefrau, welche im Interesse des Ehemannes und der Familie auf ihre Berufsarbeit verzichtet, oder umgekehrt – wo dies aus wirtschaftlichen Gründen oder aus Interesse an der Weiterführung oder Wiederaufnahme der Berufsarbeit wichtig erscheint – Mehrarbeit durch Berufstätigkeit auf sich nimmt und damit «Doppelarbeit» leistet.<sup>454</sup> Die vielfältigsten Eheformen, die gelebt werden, haben daran noch wenig verändert. So ist insbesondere die Beistandspflicht der Ehefrau in der Praxis grundsätzlich unverändert umfassend.<sup>455</sup> Geändert hat sich indessen einiges im

Sozialversicherungsrecht.<sup>456</sup> Dort hat das neue Ehebild des revidierten Familienrechts z.B. dazu geführt, einer Ehefrau die direkte Auszahlung der Zusatzrente der Invalidenversicherung im Sinne des bis 1997 geltenden Art. 34 Abs. 4 IVG (und Art. 22<sup>bis</sup> AHVG) zu verweigern. Dies auch dann, wenn der Ehemann die für den Unterhalt der Ehefrau gedachte Zusatzrente für eigene Zwecke verwendet! Im positiven Sinne hat aber das neue Ehebild auch zu einer *rechtlichen Gleichstellung der unbezahlten Haus- und Familienarbeit* geführt.<sup>457</sup>

Aus der Sicht des Rechts obliegt es den Ehegatten in diesem System – und das ist neu – sich nach Art. 163 Abs. 2 ZGB über die Art ihres Beitrags zu verständigen, ob dieser in Geldzahlung, im Besorgen des Haushalts, dem Betreuen der Kinder oder durch Mithilfe im Betrieb oder Beruf des andern Eheteils bestehen soll.<sup>458</sup> Sie können im Verlaufe der Ehe diese Aufgabenverteilung auch abändern; gegen den Willen einer Ehepartei ist dies aber nach der Rechtsprechung nur möglich, wenn für den betroffenen Eheteil keine unzumutbaren Nachteile entstehen und auch kein wichtiger Grund dem persönlichen Wunsch des änderungswilligen Eheteils entgegensteht.<sup>459</sup> In der Lebensrealität ist es freilich v.a. die *soziale Situation*, in welcher das Ehepaar zu leben hat, und sind es die *wirtschaftlichen Bedingungen*, welche sich bestimmend auf die *Art der Aufgabenverteilung* auswirken.<sup>460</sup> Dass vor allem die Ehefrau die unbezahlte Haus- und Familienarbeit – oft zusätzlich zu einer vollen oder teilzeitlichen Erwerbsarbeit – übernimmt, während der Ehemann in der Regel einem vollzeitlichen Beruf nachgeht, ist noch weitgehend üblich.<sup>461</sup> Traditionelles Denken, Erziehung und persönliche Vorstellungen, Wünsche und Träume von Frauen und Männern

456 BGE 119 V 425 = Pra 83 Nr. 177.

457 BGE 116 V 322; 121 V 258; für die AHV s. 125 V 221: Abstellen auf die gesamten sozialen Verhältnisse des Ehepaares.

458 Vgl. zum Ganzen BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1988) Rz. 16 Vorbem. vor Art. 159 ZGB; Rz. 16ff. zu Art. 159 ZGB; Rz. 6ff. zu Art. 163 ZGB; (1999) Rz. 10ff., 18ff. der Vorbem. vor Art. 159 ZGB; BSK-SCHWANDER, Rz. 8ff. zu Art. 159 ZGB; Rz. 3ff. zu Art. 163 ZGB; ZK-BRÄM/HASENBÖHLER, Rz. 109ff. zu Art. 159 ZGB; Rz. 21 zu Art. 163 ZGB.

459 BGE 114 II 13 E. 5; 114 II 301 E. 3a = Pra 78 Nr. 112; 115 II 6 E. 5a/b; 115 II 361 E. 4a = Pra 79 Nr. 37; 119 II 314 E. 4b.

460 ZIRILLI, S. 56.

461 Vgl. BINKERT/WYSS, S. 158; EidG. KOMMISSION FÜR FRAUENFRAGEN, Viel erreicht – wenig verändert?, S. 73ff., 81ff.; Botschaft Scheidungsrecht, S. 30ff.; BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Unbezahlt – aber trotzdem Arbeit, Zeitaufwand für Haus- und Familienarbeit, Ehrenamt, Freiwilligenarbeit und Nachbarschaftshilfe, Neuenburg 1999.

454 EidG. KOMMISSION FÜR FRAUENFRAGEN, Viel erreicht – wenig verändert? S. 78; EMMENEGGER, S. 212f., 226 FN 724 m.Hinw. auf entsprechende Untersuchungen; BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Unbezahlt – und trotzdem Arbeit, S. 7. Vgl. zur kantonalen Praxis EidG. KOMMISSION FÜR FRAUENFRAGEN, Juristische Auswirkungen des neuen Eherechts, Bern 1992.

455 Vgl. BSK-SCHWANDER, Rz. 221 zu Art. 159 ZGB zum alten Recht; zum neuen Recht BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Rz. 26f. und 29ff. zu Art. 159 ZGB; BGE 114 II 13 E. 4 und 5; 114 II 301 E. 3a = Pra 78 Nr. 112; 115 II 6 E. 5a und 7b; 115 II 361 E. 4a = Pra 79 Nr. 37; BGE 119 II 314 E. 4b; 127 III 68 E. 3.

sind Ursachen dafür, dass sich das überlieferte System der Aufgabenteilung derart hartnäckig zu erhalten vermag. Zudem fehlt es zumeist an wesentlichsten, praktischen Voraussetzungen (Teilzeitangebote für beide Ehegatten, Mutterschaftsversicherung und Elternurlaub, Krippen, Horte, Kindergärten, Tagesschulen; Übereinstimmung von Schul- und Arbeitszeiten usw.), um eine gleichberechtigte Verteilung der Haus- und Familienarbeit einerseits, der Erwerbsarbeit andererseits zu ermöglichen oder auch nur zu fördern. In der wirtschaftlichen Rezession der 90er Jahre hat sich die Unsitte breit gemacht, selbst Vollerwerbstätige derart schlecht zu bezahlen, dass eine Familie mit nur einem Einkommen nicht zu überleben vermag.<sup>462</sup> Echte Freiheit und Gleichheit in der Wahl, wie die inner- und ausserhäusliche Betätigung auf beide Ehegatten aufgeteilt wird, fehlen daher nach wie vor für breite Bevölkerungskreise.

## b) Rechtsprechung

- 327 Die Gesetzgebung hat versucht, dem *finanziellen Ungleichgewicht* Rechnung zu tragen, das zwischen den Eheparteien besteht, wenn sie ihre beidseitigen Beistandsleistungen nach traditionellem Muster (Hausfrauenehe mit oder ohne Teilzeitarbeit der Frau) regeln. Nach Art. 164 ZGB hat der Ehegatte, der den Haushalt besorgt, die Kinder betreut oder dem andern im Beruf oder Gewerbe hilft, *Anspruch auf einen regelmässigen und «angemessenen» finanziellen Betrag* zur freien Verfügung. Dieser Anspruch auf einen Betrag zur freien Verfügung ist nach der Rechtsprechung nicht etwa *Lohn* für die vom nicht- oder nur teilerwerbstätigen Ehepartner geleistete Familienarbeit.<sup>463</sup> Es ist vielmehr eine Art Ersatzanspruch für das Sondergut, das im revidierten Eherecht gestrichen worden ist, das aber im alten Güterrecht eine gewisse finanzielle Selbständigkeit und Unabhängigkeit der erwerbstätigen Ehefrau bewirkt hat.<sup>464</sup> Art. 164 ZGB wirkt sich grundsätzlich auch bei einer Mitarbeit der haushaltführenden Ehegattin (oder des Hausmannes) im Beruf oder Gewerbe des Ehegatten aus, sofern – was der Regel entspricht – kein *vertragliches Arbeitsverhältnis* begründet wor-

den ist.<sup>465</sup> Art. 164 ZGB will im Blick auf die Forderung nach – grundsätzlich auch finanzieller – Gleichberechtigung der Ehegatten und um der Eigenständigkeit des nicht verdienenden Ehepartners willen einen gewissen *finanziellen Ausgleich* zugunsten der Ehefrau vorsehen und damit die Abhängigkeit vom Ehemann mildern.<sup>466</sup> Wenigstens ansatzweise versucht das Gesetz damit, die familiäre Gratisarbeit aufzuwerten und ihre wertmässige Bedeutung jener der Erwerbsarbeit anzunähern.

Ein «*Betrag zur freien Verfügung*» setzt voraus, dass die haushaltführende Person ganz oder doch zu einem erheblichen Teil die Hausarbeit besorgt, keinen eigenen Verdienst hat und auch ohne Lohn im Beruf oder Gewerbe des andern Teils mitarbeitet. Kein Raum für einen Betrag zur freien Verfügung bleibt dort, wo beide Ehegatten gleicherweise Erwerbs- und Hausarbeit übernehmen.<sup>467</sup> Zudem ist erforderlich, dass die finanziellen Verhältnisse der Familie einen solchen Betrag zur freien Verfügung überhaupt ermöglichen. Wird er bezahlt, lässt sich dieser Betrag nicht dem früheren Sondergut der Ehefrau gleichsetzen, das sie nur «soweit erforderlich» für Gemeinschaftslasten zur Verfügung zu stellen hatte.<sup>468</sup> Der Betrag «zur freien Verfügung» gilt, wie der Ertrag aus Erwerbsarbeit, als *Errungenschaft*, und als solcher muss er wiederum – je nach den Verhältnissen – für die Bedürfnisse der Familie eingesetzt werden. Aus diesem Grund verlangt die Rechtsprechung, dass der einzeln anfallende Betrag zur freien Verfügung bei der Ermittlung des Notbedarfs des Schuldner-Ehepartners, sei es in einer Betreuung, sei es für die Bemessung der Ansprüche im Trennungs- oder Scheidungsfall, auf Seiten des oder der Pflichtigen berücksichtigt werden muss.<sup>469</sup>

Als eine weitere *neue* Massnahme des revidierten Eherechts sieht 329 Art. 165 Abs. 1 ZGB einen Anspruch auf «angemessene» Entschädigung für die Frau (oder den Mann) vor, die im Betrieb oder Beruf des andern Ehepartners «*erheblich mehr*» mitgearbeitet hat, als dem Beitrag an die ehelichen Lasten entsprochen hätte. Gleiches gilt, wenn ein Ehegatte oder eine Ehegattin aus eigenem Einkommen oder Vermögen an

465 Art. 165 Abs. 3 ZGB; Art. 319 und 320 Abs. 2 OR; vgl. dazu BGE 113 II 414 E. 2a/cc = Pra 77 Nr. 84.

466 BGE 114 II 301 E. 4 = Pra 78 Nr. 112; 114 III 83 E. 3b; 115 Ib 37 E. 5c; BSK-HASENBÖHLER, Rz. 4ff., 14ff., 27 zu Art. 163; Rz. 1 zu Art. 164 ZGB; BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1988) Rz. 9ff., 12ff., 19ff. zu Art. 164 ZGB; (1999) Rz. 12ff. zu Art. 164 ZGB.

467 BGE 114 II 301 = Pra 78 Nr. 112; Botschaft Eherecht, S. 62ff.

468 Art. 191 Ziff. 3 und 192 Abs. 2 aZGB.

469 BGE 114 II 301 E. 4 S. 305 = Pra 78 Nr. 112; BGE 114 II 376; 114 III 78; 114 III 83 E. 3–5; 115 III 103 E. 3.

462 Vgl. z.B. Trotz Einkommen kein Auskommen – working poor in der Schweiz: Ein Positionspapier der Caritas Schweiz, Luzern 1998.

463 ZAK 1987, S. 214ff.; vgl. auch BGE 114 III 83; vgl. zur Kritik in der Literatur EMMENEGGER, S. 204ff.; zum alten Recht BGE 72 III 120; 74 II 202 E. 5 und 6.

464 Vgl. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Rz. 1ff. zu Vorbem. vor Art. 181 ZGB; BK-LEMP, Rz. 24ff. zu Art. 191 aZGB, Rz. 4f. zu Art. 194 aZGB.

den Unterhalt der Familie bedeutend mehr beigetragen hat, als sie oder er verpflichtet gewesen wäre (Art. 165 Abs. 2 ZGB). Vorbehalten bleiben nach Abs. 3 dieser Bestimmung allfällige vertragliche Vereinbarungen zwischen den Ehegatten.

330 Der Sinn dieser Vorschrift liegt darin, ein *Übermass an Beitragsleistung* zugunsten der Familie angemessen abzugelten. Das träfe z.B. zu, wenn betagte Eltern im gemeinsamen Haushalt mit einem entsprechend grossen Mehr- oder Pflegeaufwand durch die Ehegattin betreut werden,<sup>470</sup> wenn der Ehegatte wegen Krankheit, wegen Umschulung oder Weiterbildung erheblich weniger oder nicht leistungsfähig ist oder – ein typisches Beispiel – auch im Fall einer Ehegattin, die mit ihrer Erwerbsarbeit dem Ehemann ein Studium ermöglicht. Dazu gehört aber auch eine beachtliche Mitarbeit im Beruf oder Gewerbe des andern Ehepartners. Eine solche erhebliche Mitarbeit ist nicht zu bezahlen; sie zieht nach der Rechtsprechung i.d.R. keinen *Lohnanspruch* nach sich.<sup>471</sup> Es geht dabei nach gerichtlicher Betrachtungsweise einfach um eine *familiär bedingte Mithilfe*, die sich aus der gegenseitigen Beistandspflicht ergibt. Eine Ehe sollte nach Meinung des Bundesgerichts nicht «kommerzialisieren» werden, was allerdings lange nicht hinderte, den mitarbeitenden Ehemann durchwegs als vertraglich gebundenen Mitarbeiter seiner Ehefrau mit entsprechenden Ansprüchen auf Lohn und Sozialabzüge zu betrachten. Diese die Frauen diskriminierende Praxis ist endgültig erst mit BGE 120 II 412 E. 2b/bb und 2c zugunsten der Vermutung eines Arbeitsvertrags der Ehefrau i.S.v. Art. 320 Abs. 2 OR aufgegeben worden.

331 Eine *Abgeltung von Mehrleistungen* ist angesichts der strengen Auffassung der Gerichte zu ehelichen Pflichten nicht leichthin zuzusprechen: Da solche Mehrleistungen nach Meinung der Gesetzgebung und der Rechtsprechung «durch die zwischenmenschlichen Bindungen der Ehegatten und durch die Interessengemeinschaft im weitesten Sinne» gerechtfertigt sind, soll eine Abgeltung nur möglich sein, wenn die Mehrleistung die gewöhnliche Mitwirkung bei der Erfüllung familiärer Aufgaben *erheblich* übersteigt.<sup>472</sup> Sie liegt aber nicht schon dann vor,

470 Botschaft Eherecht, S. 64. Das hat nunmehr auch Auswirkungen auf die Altersrente: Art. 29<sup>quinquies</sup> revAHVG.

471 So die alte Praxis: BGE 82 II 94 E. 3; 74 II 202 E. 5.

472 BGE 120 II 280 = Pra 85 Nr. 13; BSK-HASENBÖHLER, Rz. 3ff. zu Art. 165 ZGB. Vgl. Botschaft Eherecht, S. 64 m.Hinw. auf die alte Rechtsprechung in BGE 95 II 126 = Pra 58 Nr. 150; BGE 94 III 4; 82 II 94; 74 II 202; 63 III 105 (die Beitragspflicht der Ehefrau wurde nun gar auf die Tilgung ehemännlicher Schulden ausgedehnt); bestätigt in 79 II 137. Dazu auch 110 II 225; insbes. 115 II 6 E. 5 b.

wenn die Ehefrau *Doppelarbeit* leistet. Eine Pflicht zur Abgeltung entfällt somit gerade bei der Grosszahl von Ehegemeinschaften, in welchen Frauen wegen ihrer Doppelarbeit – teils auch beim Vorhandensein von Kindern – zeitlich besonders gefordert sind.<sup>473</sup> Die strengen Voraussetzungen solcher Entschädigungen<sup>474</sup> lassen es verständlich erscheinen, dass sie äusserst selten geltend gemacht werden.

332 Ansprüche aus Art. 165 ZGB pflegen grundsätzlich erst im Scheidungsfalle geltend gemacht zu werden, müssen aber nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung *vor Ende des Verfahrens* erhoben werden.<sup>475</sup> Das wurde einem Ehemann zum Verhängnis. Dieser klagte erst nach der Scheidung gegen seine ehemalige Ehefrau auf finanzielle Abgeltung seiner angeblichen Mehrleistungen für die Familie. Er erblickte eine solche Mehrleistung in seinem überdurchschnittlichen Verdienst, dank welchem die Frau am gehobenen Lebensstandard habe teilnehmen können. Mit seiner Forderung wollte er scheidungsrechtlichen Ansprüchen seiner ehemaligen Frau entgegenwirken. Doch das Bundesgericht brauchte sich nicht mit den materiellen Vorbringen des Klägers auseinander zu setzen.<sup>476</sup> Das Gericht argumentierte vielmehr, ein Anspruch aus Art. 165 ZGB entstehe aus *familienrechtlichen Gründen*, und deshalb müsse ein solcher *während der Ehe* – und zwar spätestens vor Abschluss des Scheidungsverfahrens – geltend gemacht werden.

333 In einem Entscheid vom 12. September 1994<sup>477</sup> hat das Bundesgericht die Zusprechung eines grösseren Betrages unter dem Gesichtspunkt erheblicher Ehegattenmitarbeit i.S.v. Art. 165 Abs. 1 ZGB bejaht. Die Ehefrau hatte nicht nur von Beginn der Ehe an geholfen, ein Geschäft des Ehemannes aufzubauen; sie hatte neben ihrer Haus- und Familienarbeit noch für zwei Kinder zu sorgen und über Jahre im Geschäft des Ehemannes praktisch eine Büroangestellte ersetzt. Der Ehemann wollte diese Mitarbeit der Ehefrau als unentgeltlich qualifiziert haben, weil sie auf Lohn verzichtet habe, aber dafür am gehobenen Lebensstandard beteiligt gewesen sei. Ihm wurde aber erklärt, eine solche Entschädigung sei in einem Fall wie dem vorliegenden nicht nur gerechtfertigt, sondern unter dem *Gesichtspunkt der Gerechtigkeit* geradezu unabdingbar. Denn seine Frau hätte angesichts der bestehenden Güter-

473 Vgl. BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Unbezahlt – aber trotzdem Arbeit, S. 23 ff.; zum alten Recht BGE 52 II 419; 78 II 302; vgl. auch 77 V 260.

474 BSK-HASENBÖHLER, Rz. 3ff. zu Art. 165 ZGB.

475 BGE 123 III 433 = Pra 87 Nr. 51.

476 BGE 123 III 433 = Pra 87 Nr. 51.

477 BGE 120 II 280 = Pra 85 Nr. 13.

trennung keinerlei güterrechtliche Ansprüche gegenüber dem bedeutenden Liegenschaftsvermögen des Ehemannes erheben können.

334 Im Gegensatz zum alten Familienrecht gesteht das unter Gleichstellungsgesichtspunkten revidierte Eherecht in Art. 167 ZGB grundsätzlich beiden Ehegatten die Befugnis zu, einen Beruf oder ein Gewerbe auszuüben. Aber es wird einschränkend – zwar geschlechtsneutral, aber doch v.a. zulasten von Frauen – festgehalten, jeder Ehegatte habe auf den andern und das Wohl der ehelichen Gemeinschaft Rücksicht zu nehmen. Diese grundsätzlich gleiche Wahlmöglichkeit beider Ehegatten vermittelt somit *keinen Rechtsanspruch auf gleiche und freie Berufsausübung*.<sup>478</sup>

335 Hingegen kann sich für die Frau – gleich wie für den seltenen Hausmann<sup>479</sup> – die *Pflicht zur Berufsausübung* ergeben, wenn dies die Beistandspflicht i.S.v. Art. 159 und 163 ZGB erfordert.<sup>480</sup> Das musste eine junge Türkin erfahren: Ihr invalider Ehemann, seit 1974 in der Schweiz lebend, ersuchte um Ausrichtung von Ergänzungsleistungen.<sup>481</sup> Die Ausgleichskasse des Wohnsitzkantons hielt indessen – ohne jede nähere Abklärung – dafür, der kinderlosen jungen Ehefrau könne – trotz unbestritten völlig ungenügender Integration (Unkenntnis der Kultur und Sprache, Fehlen jeder Ausbildung, Fehlen eines Beziehungsnetzes) – die Aufnahme einer Erwerbsarbeit zugemutet werden. Deshalb sei ein hypothetisches Einkommen der Frau anzurechnen, womit die im ELG vorgesehenen anspruchsbegründenden Grenzwerte überschritten wurden.<sup>482</sup> Ein Anspruch auf Ergänzungsleistungen wurde deswegen verweigert. In Ausdehnung seiner bisherigen Rechtsprechung<sup>483</sup> hat das EVG erklärt, eine Ehefrau könne sich nicht mehr auf die gesetzliche Rollenverteilung berufen, um so weniger, wenn sie jung und kinderlos sei. Sei der Ehemann wegen einer Krankheit oder aus andern Gründen

nicht mehr in der Lage, für den Unterhalt der Familie zu sorgen, sei es je nach den konkreten Umständen Aufgabe der Frau, durch Aufnahme einer Erwerbstätigkeit die finanziellen Bedürfnisse der Familie teilweise oder voll abzudecken.

Wie das EVG in dieser Entscheidung durchblicken lässt, ist es nicht 336 möglich, in jedem Fall eine solche Pflicht ohne weiteres jeder Frau aufzuerlegen. Entsprechend den bundesgerichtlichen Vorgaben müssen die kantonalen Instanzen vielmehr die konkreten Umstände abklären. Insbesondere muss geprüft werden, ob sich der Ehefrau im Blick auf die konkreten Umstände im Wohnsitzkanton (Bildungsstand, wirtschaftliche Situation, Arbeitsbedingungen usw.) tatsächlich zumutbare Arbeitsmöglichkeiten öffnen und welches Einkommen sie daraus erzielen kann. Es sei auch denkbar, der Frau zuzumuten, eine Arbeit als Putzfrau, Hilfskraft in einem Geschäft oder einer Fabrik zu suchen. Und in konsequentem Gleichstellungsdenken fügte es bei, der türkische Ehemann, der nur teilinvalid sei, könne die Hausarbeiten besorgen.<sup>484</sup>

Diese eherechtliche Pflicht zur Berufsausübung trifft vermehrt auch 337 Ehefrauen, wenn sich ihre Ehe in einer Krisensituation befindet. *Ehetrennung* als eheschutzrichterliche Massnahme oder im Blick auf eine beabsichtigte *Scheidung* hat bezüglich der Beistandspflicht denn auch zu einer reichen Rechtsprechung geführt.<sup>485</sup>

Seit Einführung des verfassungsrechtlichen Gebots der Gleichstel- 338 lung von Frau und Mann wird von Ehefrauen vermehrt erwartet, dass sie ihren *Beitrag an die ehelichen Lasten* nicht mehr und in jedem Fall ausschliesslich durch *Haushaltstätigkeit* leisten, sondern dass sie durch volle oder zumindest teilzeitliche *Erwerbsarbeit* selbst an ihren Unterhalt beitragen.<sup>486</sup> Das gilt in besonderem Masse beim *Auseinanderbrechen einer Ehegemeinschaft*. Die betroffenen Frauen sind unter Umständen – je nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Ehepaares – noch konsequenter als bei intakter Ehe *verpflichtet*, den Unterhaltsbeitrag *vorrangig* durch Erwerbsarbeit zu erbringen, und

478 Vgl. die m.E. zu Recht kritischen Überlegungen dazu von EMMENEGGER, S. 212 f.

479 BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Unbezahlt – aber trotzdem Arbeit, S. 12.

480 BGE 115 II 6 E. 3–5, insbes. S. 12; vgl. nun neuerdings auch BGE 127 III 68 E. 3: Beistandspflicht der Ehefrau, um zu gewährleisten, dass das ausser der Ehe geborene Kind des Ehemannes gleich hohe Unterhaltsbeiträge erhalten kann, wie sie den ehelichen Kindern zustehen. Es handelt sich um eine indirekte Beistandspflicht, die zur Folge haben kann, dass die Ehegattin des Unterhaltspflichtigen wegen dessen ausserehelichen Beziehung eine Erwerbstätigkeit aufnehmen oder eine bestehende Erwerbstätigkeit ausdehnen muss.

481 BGE 117 V 287 = Pra 82 Nr. 62.

482 Art. 3 Abs. 1 lit. f und Abs. 5 ELG.

483 BGE 115 V 88: Hypothetische Arbeitseinkommen werden angerechnet z.B. bei nichterwerbstätigen, kinderlosen, unter 40 Jahre alten Witwen, die um EL nachsuchen, aber auch bei Teilinvaliden.

484 Vgl. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1988) Rz. 6 ff. zu Art. 167 ZGB; (1999) Rz. 6, 6a, 18 ff. zu Art. 167; BSK-HASENBÖHLER, Rz. 4 ff. zu Art. 167 ZGB.

485 Z. B. BGE 111 II 103; 114 II 13; 114 II 26; 118 II 376; 121 I 97, nicht publ. Entscheid vom 27.12.1990 i.S. M. R. c. J. R.; zu Art. 145 ZGB; BGE 117 II 16; 123 I 1; zu Art. 176 ZGB; z.B. BGE 114 II 9 = Pra 77 Nr. 166; BGE 117 II 13; 121 III 297; zur Scheidung.

486 BGE 114 II 13 E. 3 und 4; 114 II 301 = Pra 78 Nr. 112; BGE 117 V 287 = Pra 88 Nr. 62; BGE 117 V 194.

zwar selbst gegen ihren Willen.<sup>487</sup> Die Grenze bildet die jeweilige *Leistungsfähigkeit*, die finanziellen und persönlichen Möglichkeiten beider Ehegatten.<sup>488</sup> Das ist freilich nicht neu; in ehelichen Krisenzeiten, während einer Trennung im Sinne einer Eheschutzmassnahme (Art. 176 ff. ZGB) wie als Vorbereitung zur Scheidung (Art. 145 ZGB) konnten sich Ehefrauen schon unter altem Recht nicht auf ihre bisher gelebte Rolle berufen.<sup>489</sup> Reichten die finanziellen Verhältnisse nicht zur Deckung der Kosten zweier getrennter Haushalte aus und wurde die *Zumutbarkeit* zur Aufnahme einer Berufsarbeit bejaht (was häufig recht rasch und ohne nähere Abklärungen geschah), hatten sich auch Ehefrauen wirtschaftlich um Integration in den Arbeitsmarkt zu bemühen. Selbst das Vorhandensein von Kindern und die – zumeist von der Frau erbrachte – Familienarbeit haben die Gerichte nicht daran gehindert, Frauen in die Erwerbsarbeit zu zwingen.<sup>490</sup> Wie weit dies als zumutbar zu betrachten war, hing stets von den finanziellen Verhältnissen des Ehepaares ab und entschied sich weitgehend aufgrund des *richterlichen Ermessens*. Ermessensentscheide aber werden vom Bundesgericht nur zurückhaltend, praktisch nur unter dem Gesichtspunkt der Willkür, überprüft.<sup>491</sup>

339 Diese Praxis hat sich nach der Revision des Eherechts noch verstärkt, und sie ist laufend verfeinert worden. Dem Bundesgericht geht es darum, einerseits den sich verändernden gesellschaftlichen Verhältnissen und den seit Ende der 60er Jahre erheblich verbesserten Ausbildungsmöglichkeiten für Frauen besser Rechnung zu tragen und sie andererseits aus ihrer finanziellen Abhängigkeit vom Ehemann so weit als möglich zu lösen, sie somit – wirtschaftlich gesehen und soweit zumutbar – auf ihre eigenen Füße zu stellen. Dass damit aber das *Gebot rechtlicher Gleichbehandlung* wohl – manchmal schwer zu ertragende – Konsequenzen für die Frauen hat, darüber hinaus aber nicht zu einer effektiven tatsächlichen Gleichstellung geführt hat, das zeigt die reale Situation solcher Frauen nach ihrer Trennung oder Schei-

dung.<sup>492</sup> Angesichts der Hartnäckigkeit alter Vorstellungen und der Behinderungen durch tief verwurzelte Vorstellungen über die «natürlichen» Rollen von Frau und Mann führt die Rechtspraxis vielmehr in der Lebenswirklichkeit zu erheblich *stärkeren Belastungen* der Frauen.<sup>493, 494</sup> Eheliche Krisensituationen, die zu Trennung führen, haben denn auch offen gelegt, wie schwierig gleichwertige Partnerschaft in der Ehe zu realisieren ist. Hausarbeit gilt immer noch als «unproduktive» Arbeit im Gegensatz zu jener im Erwerbsleben. Sie bleibt gegenüber der finanziell einträglichen und daher «höherwertigen» – und auch einfacher bewertbaren – Berufsarbeit mit ihrem Sozialprestige weitgehend «Stiefkind». Das führt zu gewichtigen Nachteilen für Frauen (z.B. immer noch teilweise im Sozialversicherungssystem, in der weitgehend fehlenden Anrechnung als Berufserfahrung beim Wiedereinstieg ins Erwerbsleben, auch hinsichtlich der Arbeitsbedingungen [Arbeit rund um die Uhr]) und spielt eine Rolle, wenn die Ermittlung der Ansprüche im Trennungs- (und Scheidungs-)Verfahren ansteht.

In BGE 114 II 13 prüfte das Bundesgericht erstmals die Auswirkungen der neuen eherechtlichen Bestimmungen auf *Unterhaltsbeiträge*, welche der Ehefrau bereits vor Inkrafttreten des revidierten Eherechts für die Dauer der Trennung bis zur Scheidung zugesprochen worden waren. Es liess eine Abänderungsklage des Ehemannes gegenüber relativ hohen Unterhaltsbeiträgen für die getrennt lebende Frau zu mit der Begründung, nach bisherigem Recht habe die Ehefrau lediglich einen «Beitrag» an die ehelichen Lasten zu tragen gehabt. Neben diesen (Natural-)Leistungen durch Haushaltsführung habe sie sich nur nötigenfalls auch mit ihrem Sondergut und gegebenenfalls aus weiteren Vermögensmassen an der Bestreitung der Kosten zu beteiligen gehabt.<sup>495</sup> Nunmehr aber gelte die freie Vereinbarung über die Aufgabenteilung, und die Ehefrau habe keinen gesetzlichen Anspruch mehr, ihren Beitrag durch die Führung des Haushaltes zu leisten und von einer Erwerbstätigkeit

487 BSK-HASENBÖHLER, Rz. 2 ff. zu Art. 167 ZGB; BGE 114 II 301 = Pra 78 Nr. 112.

488 BGE 117 II 211 E. 4; 117 II 359 E. 4; 118 II 376; 119 II 314; 123 I 1 E. 3b.

489 Zum alten Recht vgl. BK-BÜHLER/SPÜHLER, Rz. 119, 171 ff., insbes. 177 zu Art. 145 ZGB; BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1988) Rz. 8 zu Art. 173 ZGB; Rz. 17, 19 zu Art. 176 ZGB; (1999) Rz. 6, 8 zu Art. 173 ZGB; Rz. 17 ff. zu Art. 176 ZGB; zum neuen Scheidungsrecht vgl. Botschaft Scheidungsrecht, S. 30 ff.; Art. 125 ff. ZGB; PraxKomm/SCHWENZER, Rz. 3 ff. zu Art. 125 ZGB.

490 Vgl. BINKERT/WYSS, S. 122 ff., 250 ff.; BGE 111 II 103 E. 3c.

491 BGE 108 II 30 E. 3; 122 I 18 E. 2b/cc; 122 V 113 E. 3a/bb; 123 I 241 E. 2b = Pra 87 Nr. 19; BGE 123 II 16 E. 6a; 124 I 170 E. 2g = Pra 87 Nr. 148; BGE 124 I 297 E. 3b = Pra 88 Nr. 1; BGE 120 II 280 E. 6a und b; 124 III 401 E. 2a (Namensrecht).

492 Vgl. Botschaft Scheidungsrecht, S. 33; BINKERT/WYSS, S. 153 ff.

493 BGE 119 V 425 = Pra 83 Nr. 177 und Besprechung dazu von THOMAS KOLLER in AJP 1994, S. 1600 ff.

494 BGE 114 II 13 E. 3 und 4; 114 II 301 = Pra 78 Nr. 112; BSK-HASENBÖHLER, Rz. 4 zu Art. 167 ZGB. Auch BGE 117 V 287 = Pra 82 Nr. 62; BGE 117 V 194. Zur Beziehung Eherecht – Sozialversicherungsrecht siehe BGE 119 V 425 = Pra 85 Nr. 177 mit der definitiven Abkehr von der Versorgerehe im Sozialversicherungsrecht; dazu THOMAS KOLLER, Besprechung in AJP 1994, S. 1600 ff.

495 Nicht publ. BGE vom 18.8.1988 i.S. C.; auch BGE 114 II 301 = Pra 78 Nr. 112; 115 II 424; 117 II 16; 117 II 211; 117 II 359; 118 II 229; 119 II 314; vgl. 120 II 280 E. 6a; 123 III 1 E. 6a.

grundsätzlich befreit zu sein. Das gelte vor allem, wenn das Einkommen des Ehemannes nicht ausreiche, um die zusätzlichen Kosten eines zweiten Haushaltes zu bezahlen.

341 Nach dieser Rechtsprechung hat das Bundesgericht die Anforderungen an Ehefrauen umschrieben:

- Sie haben zwar Anspruch auf Unterhalt, grundsätzlich unabhängig von der eigenen finanziellen *Leistungsfähigkeit*, aber dennoch haben sie Abschied zu nehmen vom alten Rollenbild der Hausgattin und dem vollerwerbstätigen Versorgergatten.<sup>496</sup>
- Grundsätzlich wird von den Ehefrauen auch im Trennungsfall erwartet, erwerbstätig zu sein oder doch nach Erfüllung ihrer wesentlichen Betreuungs- und Erziehungsaufgaben in das Berufsleben wieder einzutreten. Sie haben keinen rechtlichen Anspruch mehr auf ihren Status als «Nur-Hausfrau».<sup>497</sup> Das ist nur noch der Fall, wenn genügend Mittel vorhanden sind, um die höheren Kosten zweier Haushalte zu decken.<sup>498</sup> Das setzt voraus, dass *Frauen ihre berufliche Ausbildung und Weiterbildung sehr viel ernster nehmen müssen*, als dies in der Vergangenheit der Fall war.
- Je nach den Umständen verhindert auch *Kinderbetreuung* keineswegs die Pflicht, allenfalls mit eigenem Erwerb an die eigenen Lebenskosten oder an jene der Familie beizutragen. Das gilt zumindest für jüngere Frauen bis zum 45. Altersjahr, sofern sie nicht mit kleineren Kindern zusammenleben, wobei deren Altersgrenze vorerst bis zum 10. Altersjahr, dann aber bis zum 16. Altersjahr festgelegt worden ist.<sup>499</sup>
- Entscheidend ist aber auch, wie die Ehegatten ihre Aufgaben verteilt haben. Auch der Versorgergatte muss nach einer Trennung (oder Scheidung) unter Umständen Mitverantwortung für die traditionelle Rollenteilung übernehmen und zwar durch die Leistung finanzieller Schadenersatz- oder Bedarfsleistungen.<sup>500</sup>

496 BGE vom 27. 12. 1990 i.S. M. R. c. J. R., E. 5; BGE 114 II 13; 115 II 424; ZK-Bräm, Rz. 111 zu Art. 163 ZGB; auch BGE 119 V 425 betr. des Anspruchs auf Auszahlung der Zusatzrente AHV/IV an die Ehefrau.

497 BSK-LÜCHINGER/GEISER, Rz. 14 f. zu Art. 145 ZGB.

498 BSK-SCHWANDER, Rz. 3 zu Art. 176 ZGB.

499 BSK-LÜCHINGER/GEISER, Rz. 15 zu Art. 145; Rz. 11 zu Art. 151 ZGB; BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Rz. 27 ff. zu Art. 163 ZGB, (1999) Rz. 17 ff. zu Art. 176 ZGB; BK-SPÜHLER/FREI-MAURER, Rz. 141 zu Art. 145 ZGB; PraxKomm/SCHWENZER, Rz. 3 ff., 47 ff., 52 ff.; 57 zu Art. 125 ZGB; BGE 111 II 103; 115 II 6 ff.

500 BGE 119 II 314; 114 II 13 E. 5; BSK-LÜCHINGER/GEISER, (1988) Rz. 16 zu Art. 145 ZGB; PraxKomm/SCHWENZER, Rz. 5 ff.; 41 ff. zu Art. 125 ZGB. Vgl. auch 127 III 136 E. 2.

- Und schliesslich sind Berufskennntnisse, Berufserfahrung der Frauen und die allgemeine Wirtschaftslage zu beachten.

Die Rechtsprechung versucht, differenziert vorzugehen und den konkreten Umständen und Verhältnissen Rechnung zu tragen. Das stellt besondere Anforderungen an die Richter/innen der unteren Instanzen. Denn das Bundesgericht hat zwar die Anwendung des Bundesrechts frei zu überprüfen, ist aber grundsätzlich an tatsächliche Feststellungen der kantonalen Gerichte gebunden, sofern nicht Willkür oder ein offensichtliches Versehen dargetan werden kann. Ausserdem belässt es den kantonalen Gerichten bei der Prüfung der hier massgebenden Fragen, insbesondere bei der Beurteilung der *Zumutbarkeit* und bei der Festsetzung der Beitragshöhe, ein *weites Ermessen*. Bundesgericht und EVG fordern deshalb mit Recht, dass von den kantonalen Instanzen ernsthaft geprüft wird, ob *tatsächlich reale Möglichkeiten eines Einstiegs in eine den Fähigkeiten und Möglichkeiten der Frauen entsprechende Berufstätigkeit* gegeben sind. Mit dieser Pflicht zu sorgfältiger Abklärung durch die kantonalen Instanzen von Amtes wegen ist es – was nicht immer getan wird – streng zu nehmen, sollen nicht die auf Gleichberechtigung beruhenden Anforderungen an die Eheleute sich zur – einseitigen – Belastung der Frauen auswirken. Denn die *tatsächlich gelebte Eherealität* wie die individuellen Möglichkeiten und die allgemeinen wirtschaftlichen Umstände stehen einer gleichberechtigten Aufteilung von Familienarbeit und Berufsarbeit in vielen Fällen entgegen. Die Lebenswirklichkeit entspricht nicht immer den bundesgerichtlichen Anforderungen an das partnerschaftliche Ehebild.<sup>501</sup>

- c) Nachehelicher Unterhaltsanspruch, nacheheliche Solidarität und das Postulat der Gleichstellung der Ehegatten

Mit der Scheidung geht die Ehe zu Ende. Doch bleibt eine gewisse gegenseitige *Sorgepflicht* über die Auflösung der Ehe hinaus bestehen.<sup>502</sup> Diese Sorgepflicht fand sich nicht nur im alten, sondern besteht auch im neuen Ehescheidungsrecht.<sup>503</sup> Es ginge nicht an, wenn die erwerbstätige Ehepartei (zumeist der Mann) sich bei Auflösung der Ehe gegenüber der haushaltführenden Ehepartei (vorwiegend die Frau) einfach

501 Vgl. die eher ernüchternde Studie von BINKERT/WYSS.

502 BGE 117 II 519; 119 II 12. Zum neuen Scheidungsrecht vgl. HAUSHEER, Scheidungsunterhalt, S. 119 ff.

503 Art. 151 f. aZGB; Art. 125 ZGB; PraxKomm/SCHWENZER, Vorbem. Rz. 3 f.; Rz. 3 zu Art. 125 ZGB. Vgl. BGE 127 III 65: Gründe für eine Kürzung oder Streichung der Rente; 127 III 136: Grundsätze, Höhe des Beitrags.

aus der Verantwortung stehlen könnte.<sup>504</sup> Sofern – nach bisherigem Scheidungsrecht – auf Seiten der haushaltführenden Ehefrau kein rechtlich relevantes Verschulden feststellbar war<sup>505</sup> und sie durch die Scheidung einen *Schaden* erlitt (Art. 151 Abs. 1 aZGB) oder – bei beidseitiger Schuldlosigkeit – in *grosse Not* zu geraten drohte (Art. 152 aZGB), hatte der andere Eheteil *angemessene Leistungen* zu erbringen. Diese Leistungen waren nach altem Recht und aufgrund einer langjährigen Praxis grundsätzlich *auf Dauer* geschuldet.<sup>506</sup> Nur ausnahmsweise durfte der Rentenanspruch befristet werden, so etwa, wenn es um junge, nur kurze Zeit verheiratete oder um kinderlose Ehepaare ging, deren Lebenssituation sich durch die Eheschliessung nicht wesentlich gegenüber der vorhehlichen Situation verändert hatte.<sup>507</sup> Und stets ist – wie erwähnt – als *Grenze die Leistungsfähigkeit* der pflichtigen Partei massgebend.<sup>508</sup>

344 Diese Praxis wurde nach 1981, dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gleichstellungsgebots, einem *formalen Gleichstellungsdenken* angepasst. Weil Ehegatten und -gattinnen nunmehr rechtlich gleich zu behandeln sind, war und ist mehr und mehr darauf abgestellt worden, ob die konkrete Ehe nach ihrer Auflösung eine lebenslange Rente zugunsten der haushaltführenden Ehepartei überhaupt als angemessen erscheinen lässt oder ob nicht eher eine *zeitlich befristete nacheheliche Leistungspflicht* der konkreten Situation angepasst wäre. Das neue Scheidungsrecht statuiert in den Art. 125–128 die Unterhaltspflicht nach ähnlichen Regeln, wie sie die bundesgerichtliche Rechtsprechung über Jahre herausgearbeitet hat.<sup>509</sup>

504 Vgl. die Studie von BINKERT/WYSS, sodann z.B. nicht publ. Entscheid i.S. J. V. c. L. K. V.-B. vom 23.1.1992: Der Mann mutet der nichterwerbstätigen Frau, die Altersrentnerin ist, zu, sich an die Sozialfürsorge zu wenden, um sich selbst von der Unterstützungspflicht zu befreien. Zur Problematik: Vgl. Botschaft Scheidungsrecht, S. 31.

505 BGE 98 II 9 = Pra 61 Nr. 145; BGE 99 II 129 = Pra 63 Nr. 57; BGE 99 II 353; 103 II 168; 108 II 364; 109 II 286; 117 II 13; BK-BÜHLER/SPÜHLER, Rz. 18 zu Art. 151 ZGB; BSK-LÜCHINGER/GEISER, Rz. 4, 9 ff. zu Art. 151 ZGB.

506 BGE 111 II 305.

507 BGE 115 II 6 E. 3a.

508 BGE 118 II 376; 115 II 424 und 111 II 103: als obere Schranke gilt auch die während der Ehe gelebte Lebenshaltung. Auch BGE 127 III 65 E. 2c; 126 III 353 E. 1a/aa und bb: Schutz des Existenzminimums in Fällen knapper finanzieller Mittel des Rentenschuldners. Ausnahmen von der Unantastbarkeit des betriebsrechtlichen Existenzminimums: 126 III 1 E. 3e. Aber auch für die Bemessung des Beitrags für Kinder (Art. 285 Abs. 1 ZGB) darf grundsätzlich nicht über die Schranke der Leistungsfähigkeit hinweggegangen werden: BGE 126 III 1 E. 5.

509 Vgl. PraxKomm/SCHWENZER, Rz. 1 ff., 58 ff., 80 ff. zu Art. 125 ZGB; BGE 127 III 136 E. 2.

Fällt die Ehegattin durch die Scheidung in «*grosse Bedürftigkeit*»<sup>510</sup>, d.h. vermag sie nicht aus eigenen Kräften ihr betriebsrechtliches *Existenzminimum* zu decken, hat der Ehemann ihr dieses, um einen Zuschlag von 20% erhöht, zu bezahlen, sofern er dazu in der Lage ist.<sup>511</sup> Grössere Leistungen hat er bei eigener Schuldlosigkeit selbst dann nicht zu erbringen, wenn er dazu finanziell in der Lage wäre.<sup>512</sup> Das sieht in der Praxis z.B. so aus, dass eine 43-jährige Ehefrau ohne berufliche Bildung bei sehr guten wirtschaftlichen Verhältnissen des Ehemannes eine zeitlich abgestufte und limitierte Rente von Fr. 4000.–/2000.–/1000.– als Bedarfsrente erhält, sofern ihr zuzumuten und sie auf lange Sicht in der Lage ist, aus eigener Erwerbsarbeit genügend zu verdienen.<sup>513</sup> Oder es kann sich in wirtschaftlich kleinen Verhältnissen um eine Rente von Fr. 500.– handeln, die für eine ältere Frau bis zum Eintritt in die Altersrentenberechtigung zu bezahlen ist und die sich dann zumal auf Fr. 300.– reduziert.<sup>514</sup> Eine allfällige *Mehrleistung* der ansprechenden Ehepartei während der Ehe oder Erziehungsaufgaben, die über eine Ehetrennung resp. -scheidung hinaus zu erfüllen sind und die dadurch eingeschränkten Möglichkeiten eigener Berufswünsche fallen in aller Regel ausser Betracht. Sie sind gegebenenfalls im engen Rahmen der Art. 164 und 165 ZGB mit in die Bedarfsrente einzurechnen, würden aber wohl kaum je zusätzlich zu dieser, den minimalen Unterhalt abdeckenden, Rente ausgerichtet.

Jeder durch die Scheidung verursachte *Schaden* ist zu ersetzen. Als 346 Schaden gilt vor allem die Beeinträchtigung des Lebensunterhalts oder der während der Ehe gelebten *Lebenshaltung*, welche die nichterwerbstätige oder nur teilzeitlich berufstätige Ehefrau erleidet. Aber gemäss ständiger Praxis hat sich diese anrechnen zu lassen, was durch das Auseinanderbrechen der Ehe gewonnen wird: Das ist vor allem die – in aller Regel nur geringe<sup>515</sup> – *Zeit*, die nicht mehr für den Ehepartner aufgewendet werden muss. Diese Zeit ist nunmehr für die Deckung der eigenen Lebensbedürfnisse zu nutzen, und das heisst, die unter Um-

510 BGE 118 II 97 m.Hinw.; 119 II 12; 121 III 49; BSK-LÜCHINGER/GEISER, Rz. 1 f., 5 f. zu Art. 152 ZGB.

511 BGE 121 III 49; 118 II 97; 114 II 301 E. 3 = Pra 78 Nr. 112.

512 BSK-LÜCHINGER/GEISER, Rz. 10 zu Art. 152 ZGB.

513 BGE 114 II 9 = Pra 77 Nr. 166.

514 BGE 121 III 297.

515 Das macht nach neuesten Untersuchungen weniger als ca. 7 Stunden der wöchentlich für den Haushalt aufgewendeten Zeit aus: Vgl. BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Unbezahlt – aber trotzdem Arbeit zum Pflegeaufwand, S. 27.

ständen jahrelang gelebte *Aufgabenteilung* aufzugeben und ins Erwerbsleben einzusteigen. Weil das nicht immer möglich oder zumutbar ist, sind stets die konkreten Umstände zu beachten, was manchmal vernachlässigt wird.<sup>516</sup>

347 Je nach dem ist die vom Ehemann geschuldete finanzielle Leistung höher oder tiefer oder für eine längere oder kürzere Zeit festzusetzen. Eine Frau, die fünf Kinder gross gezogen hat, verlangte für sich von ihrem sehr gut verdienenden Ehepartner einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 3200.–. Obwohl sie altermässig die von der Rechtsprechung für Zumutbarkeit einer Erwerbsarbeit auf 45 Jahre festgelegte Limite längst überschritten hatte, befanden die kantonalen Instanzen ohne nähere Prüfung, ihr sei eine *Teilzeitarbeit* zuzumuten und legten dementsprechend den Unterhaltsbeitrag auf Fr. 1500.– fest. Das ging allerdings dem Bundesgericht zu weit. Es befand, die kantonalen Gerichte hätten konkret sagen müssen, was diese 54-jährige Frau noch mit ihrer Erwerbsfähigkeit tun könnte. Auf jeden Fall erachtete es einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 1500.– als völlig ungenügend.<sup>517</sup> Entscheidend sind somit auch hier die Kriterien, welche für die Trennungsdauer gelten. Insbesondere wird in diesem Zusammenhang die Frage nach der Zumutbarkeit der Aufnahme einer Erwerbsarbeit durch die Ehefrau wichtig, eine Frage, die zwar dem Ermessen der kantonalen Instanzen unterliegt, aber an den konkreten Lebensrealitäten der betroffenen Frauen gemessen werden muss.<sup>518</sup>

348 In diesem Zusammenhang ist zu bemerken, dass Männer nur sehr selten Unterhaltsbeiträge als Schadenersatz oder als Bedarfsrente von ihren Frauen fordern.<sup>519</sup> Das weist darauf hin, dass die finanzielle Situation der Ehemänner trotz Trennung oder Scheidung auch heute noch praktisch durchwegs sehr viel besser ist als jene der Frauen.

349 Ob die Selbstsorge der geschiedenen Frau zumutbar ist, hängt somit stets von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung lässt im Rahmen ihrer Zumutbarkeitsprüfung eine gewisse *Flexibilität* zu, dank welcher theoretisch allzu grosse Schwierigkeiten und Ungerechtigkeiten vermieden werden könnten. So darf einer Ehefrau vor allem nach langer Ehe nicht leichthin zugemutet werden, einem eigenen Arbeitserwerb nachzugehen, wenn das Einkom-

men des Ehemannes bis anhin zur Bestreitung der Kosten des (gemeinsamen) Haushaltes ohne weiteres ausgereicht und auch die Mehrkosten zweier Haushalte zu decken vermocht hat.<sup>520</sup> Wo die Pflicht zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit grundsätzlich bejaht wird, ist der Ehefrau zumindest eine *angemessene Frist* zur Umstellung einzuräumen. Stets ist auf ihr Alter, ihre beruflichen Möglichkeiten und die *allgemeine Wirtschaftslage*, aber auch auf *Betreuungsaufgaben* für Kinder Rücksicht zu nehmen. Es finden sich allerdings nur wenige Entscheide, in welchen dieser wichtige Beitrag der Ehefrau an die ehelichen Pflichten – nämlich die Kinderbetreuung –, der mit der Aufhebung der Gemeinschaft noch schwieriger wird, wirklich konkret, d.h. in zeitlicher und finanzieller Hinsicht effektiv *wertmässig* bei der Beurteilung des Unterhaltsanspruchs der betreuenden Ehefrau in Rechnung gestellt worden wäre. Es wird nur etwa erklärt, die *Teilung des Überschusses* des ehelichen Einkommens nach Hälften gehe nicht an, wenn Kinder vorhanden sind.<sup>521</sup> Selten wird dem durch Überlassung eines grösseren Anteils oder gar des gesamten Überschusses an die betreuende Frau entsprochen.<sup>522</sup>

Der *grosse Ermessensspielraum*<sup>523</sup> der kantonalen Gerichte wird nur eingeschränkt und begrenzt durch die vom Bundesgericht immer wieder genannten Kriterien, so v.a. durch *Altersgrenzen*<sup>524</sup>: Sind Kinder vorhanden, welche der rentenberechtigte Elternteil zu betreuen hat, ist nach der Rechtsprechung der Unterhaltsbeitrag grundsätzlich solange zu erbringen, bis das jüngste Kind das Kleinkindesalter überschritten hat. Das war vorerst das 10. und wurde in der Folge auf das 16. Altersjahr angehoben.

350

520 BGE 114 II 13 E. 5.

521 BGE 116 II 110; nunmehr klar BGE 126 III 8.

522 Zum Ganzen vgl. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1988), Rz. 40ff. zu Art. 163 ZGB; (1999) Rz. 27ff., 30ff. zu Art. 163 ZGB; zur ideellen Gleichwertigkeit der Formen der Beitragsleistung siehe Rz. 35 zu Art. 163 ZGB (1999); Rz. 17ff. zu Art. 176 ZGB; (1999) Rz. 36ff. zu Art. 163 ZGB; BSK-LÜCHINGER/GEISER, Rz. 14ff. zu Art. 145 ZGB. Auch Eidg. KOMMISSION FÜR FRAUENFRAGEN, Juristische Auswirkungen, S. 37ff.

523 Vgl. BINKERT/WYSS, S. 33ff., 229ff. zur unterschiedlichen Praxis der erstinstanzlichen Gerichte; vgl. BGE 120 II 280 E. 6a und b; 116 II 103 E. 2f; vgl. auch 115 II 30 E. 1b; 115 II 6 E. 3a und 6.

524 Vgl. HEINZ HAUSHEER, Neuere Tendenzen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Bereiche der Ehescheidung, FS Cyril Hegnauer, Bern 1986, S. 174ff.; BSK-LÜCHINGER/GEISER, Rz. 6ff. zu Art. 151/152 ZGB; BGE 115 II 6 E. 3a und b; 116 II 103 E. 2f.

516 Analog Rz. 342; vgl. BINKERT/WYSS, S. 45ff.

517 Nicht publ. Entscheid vom 27. 12. 1990 i.S. M. R. c. J. R.

518 Vgl. neues Scheidungsrecht, in Kraft seit 1. 1. 2000, v.a. Art. 125 ZGB.

519 Das traf z.B. zu im nicht publ. BGE vom 18. 3. 1994 i.S. R. J.-K. c. F. J.

- 351 Eine Altersgrenze ist auch zugunsten der nach langer Ehe geschiedenen Ehefrau, die Ansprüche an den Ehegatten stellt, festgelegt worden: Die Rechtsprechung des Bundesgerichts hat bereits früh – in Anlehnung an die Vorgaben des Sozialversicherungsrechts<sup>525</sup> – festgehalten, einer rentenansprechenden, bisher nicht- oder nur teilweise erwerbstätigen Ehefrau sei die Aufnahme einer Erwerbsarbeit nach langem Unterbruch nicht zumutbar. Eine auf Dauer ausgerichtete Rente sei deshalb geschuldet, wenn sie im Zeitpunkt der Scheidung das 45. Altersjahr erreicht habe.<sup>526</sup> Ein Abweichen von dieser Regel muss durch besondere Umstände gerechtfertigt werden können.
- 352 Diskriminierend blieb die rechtliche Situation der Frauen bis 1994 auch insofern, als nicht oder nur teilerwerbstätige Ehefrauen mit zum Teil erheblichen *Vorsorgedefiziten* im Scheidungsfall zu leben hatten.<sup>527</sup> Einer gleichstellungskonformen Lösung standen bis 1994 die gesetzlichen Lücken entgegen. Nach altem Güterrecht kam es darauf an, aus welchem Einkommen die berufliche Vorsorge geäufnet worden war. Für die Ehefrau galten die Regeln des Sonderguts, wenn sie erwerbstätig gewesen war. Die Anwartschaften des Ehemannes, die auf Beiträgen auf seinem Arbeitserwerb beruhten, fielen in die Errungenschaft, und die Renten daraus hatten im vollen Umfange dem ehelichen Unterhalt zu dienen.<sup>528</sup> Das Bundesgericht hielt in konstanter Praxis daran fest, der Anspruch auf künftige Leistungen der Beruflichen Vorsorge sei bei Ermittlung des ehelichen Vorschlags nicht zu berücksichtigen.<sup>529</sup> Ebenso durfte nach Anhängigmachung der Scheidungsklage ausbezahlt-

525 Art. 24 Abs. 1 nAHVG; vgl. BGE 122 V 418 E. 1: Das «mittlere Alter» i.S.v. Art. 28 Abs. 4 UVV liegt bei ca. 42 Jahren oder «zwischen 40 und 45 Jahren».

526 BGE 110 II 225; 111 II 305; nicht publ. Entscheid vom 16.7.1987 i.S. S. c. T; 115 II 6 E. 5a.

527 Vgl. dazu KOLLER, AHV, S. 110ff.; Eidg. KOMMISSION FÜR FRAUENFRAGEN, Juristische Auswirkungen, S. 47ff.; BSK-LÜCHINGER/GEISER, Rz. 8, 19 zu Art. 151 ZGB m.Hinw. auf die durch das BG über die Freizügigkeit ab 1.1.1995 geltende Regelung (Art. 22 Abs. 1 FZG). Neu nun Art. 122ff. ZGB. Dazu PraxKomm/BAUMANN/LAUTERBURG, Art. 122ff. ZGB; DIES., Darf's ein bisschen weniger sein?; BGE 127 III 433 E. 2ff. zu Art. 124 ZGB.

528 BGE 107 II 292; 118 II 382 E. 4c/bb = Pra 82 Nr. 90; ZK-EGGER, Rz. 6 zu Art. 195 aZGB, BK-LEMP, Rz. 16f. zu Art. 190 aZGB; Rz. 6 zu Art. 194 aZGB; Rz. 25 zu Art. 214 aZGB. Nach neuem Güterrecht vgl. BGE 115 V 122; 123 III 289; dazu BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1988) Rz. 58 zu Art. 197 ZGB; BSK-HAUSHEER, Rz. 19ff. zu Art. 197 ZGB; BAUMANN/LAUTERBURG, Darf's ein bisschen weniger sein?, S. 191ff.; BGE 127 III 433 E. 2. Auch THOMAS LOCHER, Wechselbeziehungen zwischen Sozialversicherungsrecht und ehelichem Güterrecht, SJZ 1988, S. 322ff.

529 BGE 62 II 10; nicht publ. BGE vom 17.5.1983 i.S. S. c. C; auch BGE 118 II 382 E. 4 b/bb = Pra 82 Nr. 90.

tes Vorsorgekapital güterrechtlich nicht mehr berücksichtigt werden.<sup>530</sup> In Einverdiener-Ehen führte das aber zu einer massiven Benachteiligung der haushaltführenden Person, somit zumeist der Ehefrau. Das Bundesgericht hat dem abzuhelpen versucht, indem über die Schadenersatzrente auch Leistungen an die Altersvorsorge abzugelten waren.<sup>531</sup> Doch setzte das – neben relativer Schuldlosigkeit – genügend finanzielle Mittel des Ehepaares voraus. Reichten die Geldmittel kaum oder überhaupt nicht zur Deckung der Existenzminima, ging jede während der Ehe angehäuften Alters-, Hinterbliebenen- und Invaliditätsvorsorge für die geschiedene Frau verloren. Dieses Problem hat die Gesetzgebung zunächst – allerdings nur bei Schuldlosigkeit – insofern gemildert, als mit Hilfe des Freizügigkeitsgesetzes seit 1994 Anwartschaften der Beruflichen Vorsorge durch die Gerichte *angemessen* auf beide Ehegatten aufgeteilt werden konnten.<sup>532</sup> Noch etwas später hat die 10. AHV-Revision von 1997 mit dem *Splitting* von Beiträgen und der *Anrechnung von Erziehungs- und Pflegegutschriften gewisse Diskriminierungen von Familienfrauen* *beheben* resp. deren Situation im Alter etwas verbessert. Nunmehr wird dieses Problem des Vorsorgeausgleichs in Art. 122ff. ZGB geregelt.<sup>533</sup>

*Bemerkung:* Mit dieser stärker von der Selbstverantwortung der Frau ausgehenden Rechtsprechung hat sich unter dem Gesichtspunkt des Gleichstellungsgebots der Druck auf die Frauen verstärkt, sich wirtschaftlich eine selbständige Stellung zu verschaffen und diese bei Heirat nach Möglichkeit auch beizubehalten. Das wird heute in der Lebenswirklichkeit weitgehend so gehandhabt, allerdings vor allem, wenn und solange keine Kinder vorhanden sind. Spätestens mit einer Scheidung rächt es sich, wenn die Frauen diesen Anforderungen nicht entsprochen, sondern sich nach altem Muster verhalten haben.<sup>534</sup> Die Rechtsprechung zum neuen Eherecht hätte daher, individuell und gesamtgesellschaftlich gesehen, *Anstoss zu einem Umdenken* geben müssen. Ein verändertes Denken und Handeln von Frauen wie von Männern, aber auch in der Politik, wie es heute ansatzweise Schule zu machen beginnt, müsste vermehrt Anlass dafür bieten, sich endgültig von der Meinung zu verabschieden, eine berufliche Ausbildung und gar eine

530 BGE 123 III 289 E. 3.

531 BSK-LÜCHINGER/GEISER, Rz. 11 i.f. zu Art. 151 ZGB.

532 BG über die Freizügigkeit in der Beruflichen Vorsorge vom 17.12.1993, in Kraft seit 1.1.1995, Art. 22.

533 Vgl. dazu BGE 127 III 433 zu Art. 124 ZGB.

534 Vgl. Botschaft Scheidungsrecht, S. 22f.; STEINER, Verbot, S. 9ff.; BAUER, Familienfalle, S. 30ff., 174ff., 183ff.

Erwerbstätigkeit sei weniger wichtig für Frauen als für Männer. Darüber hinaus aber wäre auch ein Umdenken insofern nötig, als den Frauen (und Männern) durch den Abbau struktureller Schranken (fehlende Betreuungsmöglichkeiten für Kinder z.B.) die Wahrnehmung solcher Eigenverantwortlichkeit erleichtert oder überhaupt erst ermöglicht würde.

- 354 Wenn von Gerichten beispielsweise – wie in BGE 114 II 13 E. 3d – die *Zumutbarkeit* einer Erwerbsarbeit für eine jüngere Frau mit zwei Kindern (wovon ein behindertes Kind) bejaht wird und deshalb die Unterhaltsbeiträge des Ehemannes für Frau und Kinder auf einem Minimum festgesetzt werden, kann man sich fragen, ob die Zumutbarkeit resp. die Möglichkeiten für solche Frauen im Wirtschaftsleben und im Blick auf ihre familiäre Belastung nach einer Trennung (oder Scheidung) – angesichts der weitgehend fehlenden Infrastruktur (z.B. Betreuungsmöglichkeiten) – in zeitlicher und erwerblicher Hinsicht nicht über- und die familiäre Beanspruchung nicht unterschätzt wird. Das Bundesgericht hat wohl immer wieder gefordert, dort, wo Ehegatten sich auf ein Eheleben nach traditionellen Vorstellungen einrichten, müsse dem Umstand Rechnung getragen werden, dass ein Ehegatte – zumeist die Frau – zugunsten der ehelichen Gemeinschaft auf eine wirtschaftliche Selbständigkeit und berufliche Karriere verzichtet habe. Es ist auch in jedem Einzelfall zu prüfen, ob *konkrete Anhaltspunkte* gegeben sind, die den Schluss darauf zulassen, der Frau sei es möglich, sich *auf lange Sicht* eine wirtschaftliche Situation zu schaffen, die ihr ein Leben ohne Not (hinsichtlich der Zielsetzung des Art. 152 aZGB) resp. einen ähnlichen Lebensstandard wie bisher (nach Art. 151 ZGB) ermöglicht.<sup>535</sup> Das hat aber, wie dies Untersuchungen zeigen,<sup>536</sup> kaum zu einer materiellen, auf Ausgleich der Defizite von Familienfrauen bedachten gleichberechtigten Stellung der Mehrheit der Frauen geführt.

- d) Die Besonderheit der Verteilung eines Überschusses und eines Fehlbetrags und der Gedanke der Gleichberechtigung der Ehegatten

- 355 Jeder Ehegatte und jede Ehegattin hat nach der Trennung oder Scheidung grundsätzlich Anspruch darauf, zumindest das jeweilige, um 20%

<sup>535</sup> BGE 117 II 211 E. 3 und 4; 118 II 229 E. 2.

<sup>536</sup> Vgl. die bereits verschiedentlich zitierte Untersuchung von BINKERT/WYSS; auch EidG. KOMMISSION FÜR FRAUENFRAGEN, Juristische Auswirkungen, Bern 1992; Botenschaft Scheidungsrecht, S. 31 ff., insb. 33.

erhöhte *Existenzminimum* gedeckt zu erhalten.<sup>537</sup> Der Unterhalt muss «angemessen» oder «gebührend» sein, wie das Art. 151 Abs. 1 aZGB und Art. 125 im neuen Scheidungsrecht sagen. Was geschieht nun aber, wenn das Einkommen des Beitragspflichtigen entweder so hoch ist, dass bei der Liquidation der Ehe nach Ermittlung des familienrechtlichen Grundbedarfs ein *Überschuss* verbleibt oder, wohl öfter, ein *Fehlbetrag* resultiert?

Beide Ehegatten haben nach der Rechtsprechung Anspruch darauf, die während der Ehe gelebte Lebenshaltung nach Möglichkeit auch nach einer Eheauflösung weiterzuführen. Es gilt grundsätzlich – jedenfalls bei längerer Ehe – der Anspruch auf Gleichbehandlung, und massgebend ist die vereinbarte Aufgabenteilung.<sup>538</sup> Sind die Einkünfte der Ehegatten so hoch, dass ein Überschuss bleibt, galt unter altem Recht der *Grundsatz*, beide Ehegatten sollten an der damit möglichen höheren Lebenshaltung gleicherweise teilhaben, wobei freilich die Ehefrau von Gesetzes wegen höchstens mit einem Drittel an einem Überschuss zu beteiligen war.

Ähnliches gilt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich im neuen Recht: In einem Entscheid vom 27. Dezember 1990 waren die Ehegatten 25 Jahre lang verheiratet; die Ehefrau hatte stets den Haushalt besorgt und fünf Kinder aufgezogen. Das Einkommen des Ehemannes betrug insgesamt rund Fr. 10'500.– bei einem Existenzminimum von Fr. 3'000.– und einem Betrag für die Schulung des jüngsten Sohnes von Fr. 1'900.–. Die Ehefrau verfügte über Vermögen, das ihr einen Ertrag von Fr. 1'208.– nebst der Unterhaltsrente von Fr. 1'500.– einbrachte. Ihr Existenzminimum von gegen Fr. 3'000.– wurde damit aber nicht gedeckt. Gegen den Willen des Ehemannes verlangte das Bundesgericht, dass dieser Frau grundsätzlich die Hälfte des verbleibenden ehemännlichen Einkommens von rund Fr. 4'000.– zukommen müsse. Alles andere wäre nach Ansicht des Bundesgerichts stossend.

Doch erfolgte ausgerechnet unter neuem, auf Gleichberechtigung basierendem Recht ein *erheblicher Einbruch* in diese Praxis. Das Bundesgericht hat zwar immer wieder festgehalten,<sup>539</sup> grundsätzlich habe eine

<sup>537</sup> BGE 123 III 1 E. 3b/bb; 121 III 49; 114 II 301 E. 3 = Pra 78 Nr. 112; BSK-LÜCHINGER/GEISER, Rz. 10 ff. zu Art. 151 ZGB.

<sup>538</sup> BGE 109 II 184; 115 II 6 E. 3; 121 III 201; nicht publ. Entscheid vom 23. 6. 1988 i.S. V. G.-B. c. H. G.; BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1988) Rz. 26 zu Art. 163 ZGB; (1999) Rz. 21 ff. und 24 ff. zu Art. 163 ZGB; ZK-BRÄM/HASENBÖHLER, Rz. 113 zu 163 ZGB.

<sup>539</sup> BGE 111 II 103; 114 II 26 E. 7; 115 II 424 E. 3; 119 II 314 E. 4b/dd.

hälftige Teilung des Überschusses zu erfolgen. Zu beachten sei zudem die Kinderzuteilung, die zumeist an die Ehefrau erfolgt. Denn Kinder hätten auf jeden Fall Anspruch auf Teilhabe an der guten wirtschaftlichen Situation ihres Vaters. Jede andere Teilungsart wäre – zumindest ohne nähere Begründung – willkürlich. Sind nun aber beide Ehegatten erwerbstätig, so behält jeder Teil jenen Überschussbetrag, den er oder sie erzielt hat.<sup>540</sup> Bereits hier lag ein Ungleichgewicht zwischen Frau und Mann, sind doch die Löhne für Frauen in aller Regel tiefer als jene der Männer. Nur wenn der Unterhaltsbeitrag für Kinder zu eng bemessen war, konnte ihr Anteil am Überschuss höher, d.h. bis zu zwei Dritteln, ausfallen.<sup>541</sup>

359 Bei besonders guten Verhältnissen hat das Bundesgericht diese Praxis im Falle einer *Ehetrennung* relativiert. Mit BGE 114 II 26 E. 7<sup>542</sup> erkannte es, zwar hätten beide Ehegatten bei sehr guten finanziellen Verhältnissen Anspruch auf Weiterführung des bisherigen Lebensstandards. Aber wenn der finanzielle Überschuss so hoch ist, dass eine *Sparquote* verbleibt, darf die Aufteilung nach Hälften nach der Rechtsprechung nicht dazu führen, praktisch eine vorgeschobene Vermögensverteilung vorzunehmen. Was erspart werden kann, muss nach Auffassung des Bundesgerichts Teil der güterrechtlichen Auseinandersetzung bleiben. Die Grenze rechtsgleicher Behandlung findet sich demnach dort, wo das vorhandene Einkommen aus Arbeit und Vermögensertrag mehr ausmacht, als die von den Ehegatten während des Zusammenlebens gelebte *angemessene Lebenshaltung* dies erfordert.<sup>543</sup> Mit den Worten des Bundesgerichts heisst dies: «Je grösser der zur Verfügung stehende Überschuss ist, desto geringer ist der relative Anteil des Ehegatten am Freibetrag.»<sup>544</sup> Und – so liesse sich das auch ausdrücken – je mehr Geld vorhanden ist, um so schlechter steht es um die Gleichberechtigung. Das Bundesgericht hat sich neuerdings allerdings auch zu einer weiteren und einleuchtenderen Präzisierung veranlasst gesehen: In BGE 126 III 8 hat es erklärt, der *hälftige Überschuss sei lediglich gerechtfertigt*,

540 BGE 114 II 26 E. 7 und 8; BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1988) Rz. 26 zu Art. 163; (1999) Rz. 26 ff. zu Art. 163 ZGB; (1988) Rz. 9 zu Art. 173 ZGB; (1999) Rz. 9 zu Art. 173 ZGB.

541 Vgl. BGE 108 III 13 E. 2 und 3 = Pra 71 Nr. 219; BGE 110 II 9 = Pra 73 Nr. 157.

542 Bestätigt in BGE 115 II 424; 117 II 16; 119 II 314.

543 BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1988) Rz. 21 ff., 24 f. zu Art. 163 ZGB; (1999) Rz. 21 ff. zu Art. 163 ZGB; BSK-HASENBÖHLER, Rz. 19 zu Art. 163 ZGB; ZK-BRÄM-/HASENBÖHLER, Rz. 112 zu Art. 163 ZGB.

544 BGE 119 II 314 E. 4b; 114 II 26 E. 7; 111 II 103 E. 3b und c.

wenn sich zwei Einzelhaushalte gegenüberstehen. Hat aber ein Ehegatte – zumeist die Ehefrau – für minderjährige Kinder zu sorgen, würde eine starre Aufteilung nach Hälften zu unhaltbaren Ergebnissen führen.<sup>545</sup> Unter dieser Voraussetzung ist somit ein Abweichen im Interesse der Kinder möglich. Ausgeschlossen bleibt die hälftige Teilung aber dennoch in privilegierten wirtschaftlichen Verhältnissen zweier ungleich verdienender und finanziell ungleich gestellter Ehegatten.

360 *Bemerkung:* Auch wenn das Bundesgericht präzisiert, ein Abweichen von der hälftigen Teilung sei besonders ernsthaft zu begründen,<sup>546</sup> und es sei im Falle eines Abweichens vom Grundsatz nachzuweisen, dass die Ehegatten während des gemeinsamen Zusammenlebens nicht das gesamte eheliche Einkommen dem Bedarf des Haushalts und der Familie zugewendet hätten, ist dieser *Einbruch in das Gleichheitsgebot* dennoch vor allem für die i.d.R. wirtschaftlich weitaus schwächeren Frauen von erheblichem Nachteil. Er lässt sich m.E. unter dem Gesichtspunkt des Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV auch kaum rechtfertigen. Denn abgesehen davon, dass es, solange die Ehe formal besteht, Sache beider Ehegatten ist, sorgfältig mit dem während der Ehe erarbeiteten und ersparten Gut umzugehen, ist nicht einzusehen, inwiefern der güterrechtlichen Auseinandersetzung hinsichtlich eines Errungenschaftsgutes (neben andern<sup>547</sup>) ein derartiger Vorrang gegenüber den – während noch bestehender Ehe – finanziellen Ansprüchen zur Deckung des bisherigen Lebensstandards eingeräumt werden soll. Aus dem Gesetz selbst lässt sich eine derartige Hierarchie nicht herleiten.<sup>548</sup> Dem «angemessenen» oder «gebührenden» Unterhalt<sup>549</sup> der (kinderlosen) Ehegatten entspricht ein voller Anteil an dem, was während des ehelichen Zusammenlebens vorhanden war. Beide werden dadurch in die Lage versetzt, Errungenschaft zu sparen. Daran hätten bei endgültiger Auflösung der Ehe beide Eheparteien im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung ihren Anteil. Vor allem liessen sich dadurch allfällige treuwidrige Vorkehren zulasten des anspruchsberechtigten, zumeist finanzschwächeren Eheteils eher verhindern als nach der geltenden, von der Lehre gebilligten Rechtsprechung.<sup>550</sup>

545 Vgl. nunmehr auch GEISER, Tendenzen, S. 907; BSK-LÜCHINGER/GEISER, Rz. 17 zu Art. 145 ZGB.

546 BGE 119 II 314.

547 Art. 197 ZGB.

548 Vgl. die Art. 197 f. und 204 ZGB.

549 Vgl. die kritischen Bemerkungen von EMMENEGGER, S. 225 ff., 232 ff.

550 Siehe den stossenden Sachverhalt in BGE 117 II 16.

361 Reichen die finanziellen Mittel eines Ehepaares nicht aus, um zwei getrennte Haushalte zu finanzieren, pflegt sich das Bundesgericht auf seine Rechtsprechung zu berufen, wonach es bei der Unterhaltspflicht nicht um eine Frage der *Geschlechtergleichbehandlung* gehe, sondern um einen Anwendungsfall der Willkürrechtsprechung. Abgesehen davon gebe es einen *absoluten Gleichheitsanspruch* der Ehegatten bei der *Regelung des Getrenntlebens* nicht. Die obere Grenze für den Unterhaltsanspruch der Ehegatten bildet nach dieser Rechtsprechung zwar stets die Lebenshaltung des Ehepaares bis zur Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes.<sup>551</sup> Massgebend ist theoretisch auch in diesen Sachverhalten die *Gleichwertigkeit der Tätigkeiten*, wie sich dies aus Art. 163 ZGB ergibt.<sup>552</sup> Aber letztlich ist praktisch allein entscheidend die *Leistungsfähigkeit* des Zahlungspflichtigen. Reichen seine Einkünfte – allenfalls unter Mitwirkung der Ehefrau, die eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen oder eine Teilzeitarbeit auszudehnen hat – nicht aus, um die zwei getrennten Haushalte zu finanzieren, muss dem Versorgergatten nach nunmehr gefestigter Rechtsprechung unter allen Umständen das – eventuell gar um die 20% erweiterte – familienrechtliche Existenzminimum erhalten bleiben.<sup>553</sup>

362 Das Bundesgericht geht grundsätzlich davon aus, das ab 1988 gültige Eherecht habe – wie dies in Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV auch für den Bereich der Familie vorgeschrieben ist – die *Gleichberechtigung zwischen den Ehegatten* zu verwirklichen. Doch es hält dafür, die geschlechtsneutrale Fassung einer Gesetzesbestimmung wie diejenige des Art. 145 Abs. 2 oder des Art. 176 ZGB richte sich nicht mehr nach der Geschlechtszugehörigkeit, wie dies noch nach altem Recht der Fall war, sondern nach der von den Ehegatten vereinbarten *Aufgabenteilung*. Der allein auf das Verhältnis der Geschlechter bezogene verfassungsrechtliche Gleichstellungssatz komme somit nicht zur Anwendung. Wenn die Rechtsprechung verschiedener kantonalen Gerichte für die Verteilung des Fehlbetrages die *Erhaltung der Leistungsfähigkeit* des Pflichtigen in den Vordergrund stelle, so sei dies jedenfalls unter dem Gesichtspunkt des allgemeinen Gleichheitsgebots des Art. 4 Abs. 1 aBV/Art. 8 Abs. 1 BV nicht zu beanstanden. Im Gegensatz dazu

551 BGE 118 II 376 E. 2b; 115 II 424 E. 3; 114 II 26 E. 8.

552 BGE 115 II 6 E. 5b.

553 BGE 121 I 97 bezüglich Art. 145 ZGB; 121 III 301 bezüglich Art. 176 ZGB; 123 III 1 ff.; vgl. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1999) Rz. 10, 10a zu Art. 173 ZGB; Praxkomm/SCHWENZER, Rz. 31 zu Art. 125 ZGB.

verwirft das Bundesgericht – auch schon unter dem beschränkten Gesichtswinkel der Willkür – die Auffassung einzelner kantonalen Gerichte, wonach auch ein *Fehlbetrag* hälftig auf die Ehegatten aufzuteilen sei. Die Gleichstellung der Ehegatten könne nicht alleiniges Kriterium für die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge sein.

Diese Rechtsprechung hat zur Folge, dass insbesondere die haushaltführende Frau im Falle einer Trennung (und Scheidung) «den negativen Saldo» der Ehe allein zu tragen und entweder trotz allfälliger Familienpflichten oder schlechten Gesundheitszustandes eine volle Berufstätigkeit zu übernehmen oder die Sozialfürsorge zu beanspruchen hat.<sup>554</sup> Diese Rechtsprechung ist zwar vordergründig nicht geschlechtsbezogen. Sie ist denn auch begründet worden im Fall einer Ehefrau in Trennung, die von den kantonalen Gerichten verpflichtet worden war, bei einem Erwerbseinkommen von Fr. 1524.– ihrem invaliden, auf eine IV-Rente wartenden Ehemann monatlich Fr. 1067.– zu bezahlen. Dieser Betrag entsprach der Hälfte des gemeinsamen Existenzminimums.<sup>555</sup> Hier griff das Bundesgericht korrigierend ein und meinte, die Gleichstellung könne nicht alleiniges Kriterium für die Festsetzung eines Unterhaltsbeitrages i.S.v. Art. 145 ZGB sein. Die Leistungsfähigkeit der Ehegatten sei auf die *konkreten Leistungsmöglichkeiten* zu beschränken.

Das war indessen ein isolierter Sachverhalt. Zumeist geht es bei Fehlbeträgen um Ehen, die eine traditionelle Rollenteilung leben, und es geht um Löhne, die sich im unteren und mittleren Einkommensspektrum (weniger als ca. Fr. 5500.– mtl.) bewegen. Die Sachlage verhält sich im Vergleich zum oben erwähnten Fall völlig anders für ein Ehepaar, wenn beispielsweise der Pflichtige als Landwirt auf dem eigenen Hof ein Jahreseinkommen von Fr. 45 000.– erzielt, die erwerbslose Ehefrau mit zwei kleineren Kindern aber nach der Trennung in einer Mietwohnung mit Alimenten von monatlich Fr. 2000.– leben muss.<sup>556</sup>

Das Bundesgericht will die von ihm getroffene Regelung bezüglich der Tragung des Fehlbetrags ehelichen Einkommens auf die *gewählte Rollenteilung* in der Ehe zurückführen. Das könne nicht unter Hinweis auf *Rechtsgleichheit* und *Gleichstellung der Geschlechter* in Frage gestellt werden. Dass dem Ehemann die Erwerbsfähigkeit erhalten werden müsse, stehe ausserdem in Einklang mit internationalem Recht und liege auch dem neuen Ehescheidungsrecht zugrunde. In BGE 123 III 1

554 BGE 121 III 301 E. 5b.

555 Nicht publ. Entscheid vom 18.3.1994 i.S. R. J.-K. c. F. J.

556 BGE 121 III 301.

wendet sich das Bundesgericht sogar von der früheren Einschränkung dieser Manko-Teilung beim Vorhandensein von Kindern ab und erklärt, das Existenzminimum sei dem Rentenschuldner auch dann zu belassen, wenn Kinderalimente zuzusprechen seien.

366 *Bemerkung:* Diese Rechtsprechung trifft insbesondere die während der Ehedauer nicht erwerbstätige Ehefrau und Mutter, die sich dem immer noch überwiegenden traditionellen Rollenbild unterworfen hat. Ihr wird damit jeder finanzielle Schutz genommen, auch der Tatsache kaum Rechnung getragen, dass sie auf die *Sozialfürsorge* verwiesen wird und damit allein für allfällige Rückforderungen dieser Institution gegenüber verantwortlich ist. Diese Rechtsprechung betrachtet ausschliesslich die Erhaltung des Arbeitwillens und Arbeitseinsatzes des Hauptverdienenden als schützenswert. Die Motivation der Ehefrau, welche wegen der Unterdeckung ihres Existenzbedarfs auf eine volle Erwerbsarbeit angewiesen ist, vielleicht trotz langjähriger Abwesenheit aus dem Arbeitsleben und ohne Rücksicht darauf, ob sie die bundesgerichtlichen Kriterien der Zumutbarkeit erfüllt und ob sie für Kinder zu sorgen hat, erscheint als belanglos.<sup>557</sup> Frauen werden im Allgemeinen in ihrer gesamten Persönlichkeit von dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Fehlbetrag der Unterhaltsansprüche stark betroffen, sind doch auch oft wieder Frauen infolge ihrer Rechtsunkenntnis der – manchmal festzustellenden – Arroganz und Überheblichkeit von Fürsorgeämtern relativ hilflos ausgesetzt. In dieser Rechtsprechung liegt daher offensichtlich eine Verletzung des Diskriminierungsverbots aufgrund des Geschlechts. Das ist – wie das Bundesgericht in solchen Fällen betont – zwar in der Tat eine *Erscheinung der gesellschaftlichen Wirklichkeit und der gelebten Rollenteilung*. Diese zu beheben, wäre aber gerade auch Sache des Gerichts und nicht nur, wie das Bundesgericht in diesen Fehlbetragsentscheiden zu betonen pflegt, Sache der Gesetzgebung. Richtig ist einzig, dass die Gesetzgebung das Problem mit bestimmten Massnahmen – etwa besonderen Leistungen zugunsten sozialfürsorgeabhängiger Eltern oder Alleinerziehender oder Vorschriften zu existenzsichernden Minimallöhnen – zu lösen hat, dies aber trotz des verfassungsrechtlichen Gleichstellungsgebots nicht tut.<sup>558, 559</sup>

557 Vgl. Botschaft Scheidungsrecht, S. 32; zur finanziellen Situation von Frauen vgl. BINKERT/WYSS, S. 153 ff.; auch NFP-35 Magazin, S. 18 ff.

558 BGE 121 I 97; 119 Ia 241 E. 7d = Pra 83 Nr. 105; GEORG MÜLLER in BV-Kommentar, Rz. 138 zu Art. 4 BV; auch BK-SPÜHLER/FREI-MAURER, Rz. 157 zu Art. 145 ZGB; BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1988) Rz. 26 f. zu Art. 163; Rz. 27 zu

Die Rechtsprechung hätte daher – soweit dies möglich ist – geschlechtstypische Benachteiligungen durch *verfassungskonforme Auslegung* der Gesetze zu beheben. In der Literatur<sup>560</sup> wird neuerdings zwar darauf hingewiesen, dem Unterhaltspflichtigen stehe nunmehr in Art. 12 BV das verfassungsmässige Recht auf Garantie des Existenzminimums zu. Doch damit wird übersehen, dass dieses Recht für beide Ehegatten gleicherweise gilt. Abgesehen davon richtet sich Art. 12 BV als Grundrecht gegen den Staat und kann zwischen den Ehegatten angesichts der Praxis zum Fehlbetrag nicht als Vorrecht des erwerbenden gegenüber dem familienversorgenden Ehepartner angerufen werden.

e) Kinderzuteilung – ein unlösbares Problem der Gleichstellung der Eltern?

Mit der Einführung des Gleichstellungsgebots in der Verfassung begannen sich Väter vermehrt um die Zuweisung der *elterlichen Sorgerechte* zu bemühen. Doch an der überlieferten Rechtsprechung, wonach in der Regel Kinder der Mutter zur Betreuung zugewiesen werden, hat sich nach 1981 nicht viel verändert. Die Gründe dafür sind vielfältig: Sie liegen einerseits im traditionellen Denkschema der Gesellschaft, dem sich auch Gerichte nicht immer entziehen können. Nach der Überlieferung werden Mütter immer noch als geeigneter für Pflege und Erziehung ihres Nachwuchses betrachtet, selbst wenn Beispiele und die Lebenserfahrung auch zugunsten von Vätern sprechen. Ins Gewicht fällt aber immer noch, dass sich die strukturellen und wirtschaftlichen Zwänge – auch wieder von gesellschaftlichem Vorverständnis geprägt – eher gegen eine vermehrte Übertragung der elterlichen Sorgepflicht auf Väter

Art. 176 ZGB; (1999) Rz. 26 ff. zu Art. 163 ZGB; Rz. 10, 10a zu Art. 173 ZGB; Rz. 19–24 zu Art. 176 ZGB; HEINZ HAUSHEER, Nachehelicher Unterhalt: Streitobjekt für die (verschiedenen) Experten des Bundesrates in der anstehenden Scheidungsrechtsrevision, ZBJV 1993, Heft 129, S. 664; GEISER, Tendenzen, S. 911; DERS., Besprechung des BGE 121 I 97 in AJP 1995, S. 939; kritisch BUSER, AJP 1995, S. 1506 ff.; auch MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, Ehetrennung und Getrenntleben – und wo bleibt die Gleichstellung der Ehegatten?, AJP 1996, S. 6 m.w. Hinw.; PERRIN, Minimum vital, S. 440 ff.; einschränkend ZK-BRÄM/HASENBÖHLER, Rz. 113 zu Art. 163 ZGB; dezidiert BSK-HASENBÖHLER, Rz. 4 zu Art. 176 ZGB, der ausführt, das Bundesgericht trage nicht nur der Gleichstellung der Geschlechter, sondern auch jener der Partner in der Ehe zu wenig Rechnung.

559 Die Gesetzgebung ist im Rahmen der Scheidungsrechtsrevision mit Geltung ab 1.1.2000 diesem Gebot nicht nachgekommen, vgl. PraxKomm/SCHWENZER, Rz. 32 zu Art. 125 ZGB.

560 BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, (1999) Rz. 27–30 zu Art. 163; Rz. 10a zu Art. 173 ZGB.

wenden. Das lässt verständlich erscheinen, dass sehr viel weniger Väter als Mütter sich ernsthaft um eine Kinderzuteilung bemühen. Männer arbeiten zumeist in 100%-Arbeitsstellen. Von Frauen wird umgekehrt eher erwartet und in Kauf genommen, dass sie unter Berufung auf ihre Familienpflichten lediglich *Teilzeitarbeit* übernehmen können und wollen. Es fehlt an genügenden familienergänzenden Betreuungsmöglichkeiten.

368 Dazu kommt aber etwas Entscheidendes: Gesellschaftliche Moral belastet Frauen immer noch mit einem negativen Bild, wenn sie allenfalls freiwillig bereit sind oder durch Richterspruch dazu gezwungen werden, nach einer Trennung oder Scheidung auf ihre Kinder zu verzichten. Solche Frauen werden leicht in den Augen der Öffentlichkeit zu «schlechten» Müttern. Umgekehrt zeigt sich aber auch, dass es Männern manchmal nur darum geht, unter der Vorgabe der Gleichberechtigung mit eigenen Zuteilungswünschen ihre Partnerinnen unter finanziellen Druck zu setzen.<sup>561</sup>

369 In ständiger Rechtsprechung hat das Bundesgericht eine Reihe von Grundsätzen zur *Kinderzuteilung* herausgearbeitet.<sup>562</sup> Diese – geschlechtsneutral gefasst – Grundsätze verlangen in erster Linie, dass das *Kindwohl* beachtet wird.<sup>563</sup> Das ist freilich ein unbestimmter Begriff.<sup>564</sup> Ihm kann sich das Gericht höchstens annähern, indem es alle konkreten Umstände nennt, die zu beachten sind: So etwa Konstanz in der Betreuung, Stabilität der familiären und örtlichen Verhältnisse, Bereitschaft, in erzieherischen Belangen mit dem andern Elternteil zusammenzuwirken.<sup>565</sup> Das Bundesgericht legt vor allem Gewicht darauf, die Kinder jenem Elternteil zu belassen, «welcher nach den gesamten Umständen die bessere Gewähr dafür bietet, dass sich die Kinder in geistig-psychischer, körperlicher und sozialer Hinsicht altersgerecht optimal entfalten können. Steht fest, dass diese Voraussetzungen und sodann die Möglichkeit, die Kinder persönlich zu betreuen, auf seiten beider Eltern ungefähr in gleicher Weise gegeben sind, ist dem Moment der

561 BINKERT/WYSS, S. 208 ff., 214 ff., 229 ff. Zum Ganzen auch RUTH REUSSER, Die Gleichstellung von Mann und Frau im neuen Scheidungsrecht, in FS Bigler-Eggenberger, 294 ff.

562 BGE 115 II 206 E. 4a und 115 II 317 E. 2.

563 BGE 117 II 353 = Pra 81 Nr. 109; bestätigt in BGE 123 III 445.

564 Vgl. zur Literatur GOLDSTEIN/FREUD/SOLNIT; SIMITIS u.a.; BSK-LÜCHINGER/GEISER, Rz. 9 ff. zu Art. 156 ZGB m.Lit.hinw.; BSK-BREITSCHMID, Rz. 18 zu Art. 264 ZGB; SCHWENZER, Familienrecht, S. 106 ff.

565 BGE 115 II 206 E. 4a; 115 II 317; abschwächend 117 II 353.

örtlichen und familiären Stabilität und – je nach Alter der Kinder – allenfalls ihrem eindeutigen Wunsch Rechnung zu tragen.»<sup>566</sup>

In BGE 114 II 200 aus dem Jahre 1988 hat das Bundesgericht erstmals auf die Gleichstellungsvorgabe der Verfassung hingewiesen und das Kind dem Vater zugewiesen, obwohl die Mutter, die bisher nie beruflich tätig gewesen war, die persönliche Betreuung des Kindes ohne weiteres – genügend Alimente vorausgesetzt – hätte weiterführen können. Das Bundesgericht ging davon aus, beim Vater sei das *Erfordernis der Stabilität* besser gewährleistet. In BGE 117 II 353 lehnt das Bundesgericht «einen natürlichen Vorrang der Mutter» auch bei ganz kleinen Kindern erstmals als Grundsatz ab.<sup>567</sup> In BGE 117 II 353 hat das Bundesgericht die Zuteilung eines fünfjährigen Knaben an den Vater geschützt, obwohl dieser während des Scheidungsverfahrens erzieherisch schwer versagt hatte. Hier fiel entscheidend in Betracht, dass der Vater vor allem in den ersten Lebensmonaten sich für sein Kind besonders stark engagiert und die Beziehung des Kindes zum Vater während des langen Scheidungsverfahrens noch an Gewicht gewonnen hatte. Dem Vater, der zudem seine Berufstätigkeit reduzierte, wurden auch bezüglich der persönlichen Betreuung und der Gewährleistung stabiler Verhältnisse mehr Vertrauen geschenkt als der Mutter. Angesichts nahezu gleicher Vorgaben rechtfertigte es sich nicht, – so das Bundesgericht – vom Prinzip der Gleichberechtigung beider Eltern bei der Kinderzuteilung zugunsten der Mutter abzuweichen.

*Bemerkung:* Die Suche nach dem Kindeswohl geht nach der Rechtsprechung mit guten Gründen dem Anspruch der Eltern auf Gleichberechtigung vor. Insbesondere vermag der Katalog der zu beachtenden Kriterien – bei aller Fragwürdigkeit und der beinahe nicht lösbaren Problematik von Kinderzuteilungen – i.d.R. vermeiden zu helfen, dass der Scheidungsstreit der Eltern auf dem Rücken der Kinder ausgetragen wird oder dass – was in der Praxis kurz nach Einführung des Gleichstellungsartikels etwa geschah – besonders Väter nur gerade um des Prinzips der Gleichstellung willen und weitgehend ungeachtet der Bedürfnisse ihrer Kinder auf ihr Recht zu pochen versuchen.

Andererseits aber hat es das Bundesgericht nach altem Recht abgelehnt, die Möglichkeit *gemeinsamer Ausübung der elterlichen Sorgpflichten* zu bejahen.<sup>568</sup> Dies trotz teilweise anderer Praxis kantonaler

566 BGE 115 II 206 E. 4a. Zur Anhörungspflicht nach neuem Recht; 126 III 497 E. 4a.

567 Zur älteren Rechtsprechung BGE 111 II 225.

568 BGE 117 II 523 = Pra 81 Nr. 109, bestätigt in BGE 123 III 445.

Gerichte und der Kritik in der Lehre.<sup>569</sup> Das seit 1. Januar 2000 geltende neue Scheidungsrecht sieht nunmehr unter einschränkenden Bedingungen in Art. 133 Abs. 3 ZGB ein *gemeinsames Sorgerecht* beider Eltern als zulässige, vom Gedanken der Gleichstellung und der Selbstverantwortung der Eltern getragene, Möglichkeit vor.<sup>570</sup>

#### 5. Auswirkungen des Zivilstands auf sozialversicherungsrechtliche Sachverhalte<sup>571</sup>

##### a) Beitragspflicht für Hausfrauen und Hausmänner

373 Die Sozialversicherungen sind grundsätzlich auf die *Erwerbstätigkeit* der zu Versicherten aus gerichtet.<sup>572</sup> Doch vor allem AHV und IV kennen *Ausnahmen*, indem gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. b des AHVG in der Fassung bis 1. Januar 1997 auch in der Schweiz wohnhafte, nicht-erwerbstätige Hausfrauen und Witwen der Versicherung unterstellt, aber zugleich von einer *Beitragspflicht* ausgenommen sind. Desgleichen sind bis zur 10. AHV-Revision von 1995/1997 Ehefrauen von der Beitragspflicht befreit gewesen, die im Betrieb des Ehemannes ohne Barlohn mitarbeiten. Für Hausmänner galt bis zur 10. AHV-Revision im Jahre 1995, in Kraft seit 1. Januar 1997 eine andere, finanziell weniger günstige Regelung.

374 Diese Regelung wurde vor allem von nicht erwerbstätigen Witwen und mitarbeitenden Ehefrauen immer wieder als stossend und ungerecht empfunden. Die altrechtliche (bis 1.1.1997 gültige) gesetzliche Regelung beruht auf dem alten Eherecht mit dem darin dominierenden Versorgergedanken, klammert aber den materiellen Wert der im Haushalt und für die Familie geleisteten Arbeit aus. Diese altrechtliche Ordnung führt zu geringeren Renten oder bewirkt unter Umständen gar

569 BSK-LÜCHINGER/GEISER, Rz. 6 zu Art. 156 ZGB; BK-SPÜHLER/FREI-MAURER, Rz. 114 zu Art. 156 ZGB; BALSCHKEIT, S. 1208 ff.; SCHWENZER, AJP 1992, S. 906 ff.

570 PraxKomm/WIRZ, Rz. 6 ff. der Vorbem. zu Art. 133 ZGB; Rz. 19 ff. zu Art. 133 ZGB.

571 Vgl. bezüglich der Problematik in der Invalidenversicherung nunmehr einlässlich BAUMANN/LAUTERBURG, Knappes Geld, z.B. Rz. 402 ff., 448 ff.

572 Das gilt insbesondere für die obligatorische Unfallversicherung, vgl. Art. 1 und 4 Abs. 1 UVG vom 20.3.1981; für die Arbeitslosenversicherung, Art. 1 und 2 AVIG mit Verweis auf das AHVG vom 25.6.1982 (Stand 1.2.2000); für das BG über die Berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25.6.1982 (Stand vom 30.6.1998; auch das IVG vom 19.6.1959 (Stand vom 1.1.1999), das sich auf Art. 1 und 2 AHVG stützt.

den Wegfall eines Rentenanspruchs. *Freiwillige Beitragsleistungen* waren im Gesetz nicht vorgesehen.<sup>573</sup> Der Behauptung, im Falle der Tätigkeit der Ehefrauen im Geschäft des Ehemannes werde mitarbeitenden Ehefrauen ein – stillschweigend vereinbarter – Lohn ausgerichtet, wurde zu meist kein Glaube geschenkt. Dem Begehren, ein Lohn sei sinngemäss zugunsten der mitarbeitenden Ehefrauen anzurechnen, wurde der klare Gesetzestext entgegengehalten. Erforderlich wäre nach der Rechtsprechung ein schriftlicher Arbeitsvertrag gewesen. Ausnahmen wurden nur zugelassen, wenn die Mitarbeit der Frauen vom Bundesgericht als qualifiziert und umfangmässig bedeutsam betrachtet wurde, wie etwa bei Mitarbeit in einer Arzt- oder Anwaltspraxis.<sup>574</sup> Mitarbeit in Handwerksbetrieben oder Geschäftshaushalten galt ohne Rücksicht auf deren zeitliche und qualitative Bedeutung in aller Regel als bloss *familienrechtliche Beistandspflicht* der Ehefrau. Die Ehe sollte nach Auffassung des Bundesgerichts nicht «kommerzialisieren» werden.

Doch selbst die 10. AHV-Revision, die der Umsetzung des verfassungsrechtlichen Gleichstellungsgebots dienen sollte,<sup>575</sup> hat es nicht vollständig geschafft, die obligatorische, allgemeine Altersversicherung – trotz formaler Geschlechtsneutralität, Beitragsplitting und Erziehungs- und Betreuungsgutschriften<sup>576</sup> – unproblematisch auszugestalten. Die Rechtsprechung hat sich denn auch verschiedentlich mit Art. 3 Abs. 3 AHVG befassen müssen.<sup>577</sup> Ging es um *Hausmänner* und um im Betrieb der Ehefrau mitarbeitende Ehemänner, wurden sie unter dem Gesichtspunkt einer AHV-rechtlichen Beitragspflicht den beitragspflichtigen Nichterwerbstätigen gleichgestellt oder aber der Beitragspflicht wie Arbeitnehmer unterstellt. Das galt unter altem Verfassungsrecht wie auch nach Einführung des Art. 4 Abs. 2 aBV gleicherweise. Das EVG hat sich m.W. erstmals 1977 (im Anschluss an den ersten Lohn gleichheitsfall in BGE 103 Ia 517) mit Beschwerden von Hausmännern befasst.<sup>578</sup> Wie bereits in den früheren Entscheiden in Anwen-

573 LUCHSINGER, S. 42 ff.

574 Vgl. BGE 76 V 28: Zimmervermietung; 76 V 195: Gewährung von Kost und Logis an erwachsene Söhne; 82 V 23: Mitarbeit im Architekturbüro des Ehemannes.

575 Botschaft 10. AHV-Revision vom 5.3.1990 (BBl 1990 II 34).

576 Art. 29<sup>bis</sup> und 29<sup>quater</sup> AHVG, Art. 29<sup>quinquies</sup> Abs. 3, Art. 29<sup>sexies</sup> AHVG in der Fassung vom 7.10.1994/1.1.1997.

577 BGE 125 V 221: Problem der «sozialen Verhältnisse»; 125 V 377: Problem der Beitragspflicht bei Geringfügigkeit eines Nebenerwerbs.

578 EVGE vom 15.1.1979, publ. in ZAK 1979, S. 261 ff.; EVGE vom 8.11.1988 i.S. R., publ. in ZAK 1989, S. 167 ff.; nicht publ. EVGE vom 2.2.1995 i.S. P. F. c. AK St. Gallen und Versicherungsgericht St. Gallen.

dung noch des allgemeinen Rechtsgleichheitsgebots versagte das EVG auch unter der Herrschaft dieser Verfassungsbestimmung den Hausmännern die von ihnen beanspruchte *Gleichstellung in der Beitragspflicht* gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. b aAHVG. Es ging in diesen Entscheidungen um Hausmänner, die keiner Erwerbstätigkeit nachgingen und die sich deshalb in der gleichen Situation wie nicht berufstätige Hausfrauen befanden. Das EVG sah sich indessen nicht in der Lage, durch eine *verfassungskonforme Auslegung* dem an sich klaren Rechtssatz eine andere Bedeutung zu geben. Zwar gestand es zu, dass die veränderten gesellschaftlichen Anschauungen zur ehelichen Partnerschaft und zum neuen Eherecht und der Abkehr vom alten Familienbild eine andere Lösung aufdrängen würden. Doch es meinte, das geltende Recht enthalte keine Handhabe – auch nicht über den Weg einer verfassungskonformen Auslegung<sup>579</sup> –, um dem von den Rechtsuchenden vorgebrachten Anliegen Rechnung zu tragen und sie bezüglich ihrer Beitragspflicht den Ehefrauen gleichstellen zu können. Einem derart weitgehenden Eingriff in die geltende Rechtsordnung hielt das EVG den Rechtsuchenden die Art. 113 Abs. 3 und 114<sup>bis</sup> Abs. 3 aBV entgegen.<sup>580</sup>

376 Unter neuem AHV-Recht ging es in BGE 125 V 221 um einen vorzeitig pensionierten Ehemann und eine nichterwerbstätige Ehefrau, denen je Beiträge an die AHV und IV abverlangt worden sind. Beide gelten nach neuem Recht als Nichterwerbstätige und unterliegen als solche der AHV-Beitragspflicht i.S.v. Art. 3 Abs. 1 AHVG. Es fragte sich einzig, ob die von der Verwaltung vorgenommene hälftige Aufteilung beider Einkommen und Vermögen vor Verfassung und Gesetz standzuhalten vermöge oder ob – nach dem Willen des fraglichen Ehepaares – je eine getrennte Beitragsermittlung erfolgen sollte. Das hätte angesichts der – intern ungleichen – Vermögensverteilung auf beide Ehegatten zu geringeren Beiträgen für die Ehefrau geführt als bei einem Vorgehen nach neuem Recht, das von der Gesamtheit des ehelichen Vermögens und deren hälftiger Aufteilung ausgeht.<sup>581</sup> Das EVG hat die Auffassung der kantonalen Instanzen und der Verwaltung geschützt, wonach die hälftige Aufteilung des gesamten ehelichen Vermögens ohne Rücksicht auf den jeweiligen Güterstand zu erfolgen habe.<sup>582</sup> Diese Rechtslage wird vom EVG unter Berufung auf das neue Eherecht, aber auch im Blick auf das Gleichstellungsgebot der Verfas-

579 «Ehefrauen» wären geschlechtsneutral, d.h. als «Ehepartner» zu verstehen.

580 Vgl. BGE 119 V 329 E. 5b m.Hinw.

581 Art. 28 Abs. 4 AHVV.

sung als sachgerecht und verhältnismässig betrachtet. Darin liege auch keine Benachteiligung gegenüber ledigen, allenfalls in einem eheähnlichen Verhältnis lebenden, Beitragspflichtigen, jedenfalls nicht in einem Umfang, welcher i.S.v. Art. 4 Abs. 1 aBV als willkürlich zu betrachten wäre und den *allgemeinen* Rechtsgleichheitssatz verletzen würde.

Im Entscheid BGE 125 V 377 führt die Ehefrau den Haushalt und arbeitet während einiger Stunden pro Woche als Physiotherapeutin. Ihr Ehemann ist voll erwerbstätig. Als die Frau zur Bezahlung des Mindestbeitrags an die AHV/IV/EO von Fr. 390.– aufgefordert wurde, führte sie Beschwerde unter Berufung auf das neue Recht, das am 1. Januar 1997 in Kraft getreten ist (Art. 3 Abs. 3 AHVG i.V.m. Art. 28 Abs. 4 AHVV und Art. 8 Abs. 2 AHVG). Nach der Praxis gilt, dass die für geringfügige Einkommen geltende Beitragsbefreiung Selbständigerwerbender eine Haupttätigkeit voraussetzt. Als solche gilt nach der Rechtsprechung auch die Besorgung des Familienhaushaltes,<sup>583</sup> und das führt dazu, dass Hausfrauen und Mütter seit jeher für einen nebenberuflichen Bagatellerwerb beitragsbefreit sind.<sup>584</sup> Mit der 10. AHV-Revision aber hat das Bundesamt für Sozialversicherung dieser Rechtsprechung nicht mehr Rechnung getragen, indem es meinte, das neue Recht habe den *Grundsatz der allgemeinen Beitragspflicht* eingeführt und das lasse nicht mehr zu, geringe Einkünfte von Hausfrauen davon auszunehmen.

Das EVG hielt jedoch im zitierten Entscheid fest, diese Beitragsbefreiung für geringfügigen Erwerb müsse auch den in untergeordnetem Umfang erwerbstätigen Hausfrauen und Müttern zugute kommen. Es würde sich mit der gesetzlich statuierten Beitragsbefreiung der nichterwerbstätigen Hausfrauen schlecht vertragen, wenn sie wegen einer untergeordneten Beschäftigung doch beitragspflichtig erklärt würden. Das gelte insbesondere unter neuem Recht: Trotz der grundsätzlichen Beitragspflicht für alle Versicherten sehe Art. 3 Abs. 3 lit. a AHVG nunmehr vor, die Beiträge würden als bezahlt gelten, wenn der AHV-versicherte (hauptverdienende) Ehegatte mindestens den doppel-

582 Bezüglich der Rechtsprechung zum alten Eherecht vgl. BGE 105 V 241 E. 2 = Pra 69 Nr. 156; BGE 103 V 49 = Pra 67 Nr. 42; BGE 101 V 177 E. 1 = Pra 65 Nr. 105. Art. 28 Abs. 4 AHVV in der Fassung der 10. Revision lautet: «Ist eine verheiratete Person als Nichterwerbstätige beitragspflichtig, so bemessen sich ihre Beiträge aufgrund der Hälfte des ehelichen Vermögens und Renteneinkommens».

583 BGE 113 V 241 E. 4c setzt ausdrücklich Gleichwertigkeit von Erwerbs- und Hausarbeit fest.

584 BGE 90 V 143 E. 2; ZAK 1954, S. 112; ZAK 1951, S. 417.

ten Minimalbeitrag bezahlt habe. Diese neue gesetzliche Bestimmung würde unterlaufen, wenn die zur Hauptsache nichterwerbstätige Ehefrau eines Versicherten auf einer geringfügigsten Erwerbstätigkeit der Beitragspflicht unterstellt würde. Diese Regel gilt angesichts der geschlechtsneutralen Fassung des Art. 3 AHVG und des Art. 28 Abs. 4 AHVV unzweifelhaft auch für Hausmänner.

#### b) Vorrangstellung des Ehemannes in der Anspruchsberechtigung von Altersleistungen

379 Gravierender aber war die altrechtliche *primäre Anspruchsberechtigung des Ehemannes*. Diese basierte auf dem bis 1988 geltenden Ehe- und Familienrecht mit seiner Vorsorgerehe, das immer auch Grundlage der Ausgestaltung der sozialen Sicherheit gebildet hat.

380 Die Zivilstandsabhängigkeit der Rechtsstellung von Frauen in der Sozialversicherung zeigte sich bereits in der Ordnung der Rentenrechnungsregeln: Ehefrauen erwarben einen eigenen Rentenanspruch grundsätzlich nur gestützt auf eigene Beitragsleistungen.<sup>585</sup> Sind keine Beiträge oder nicht wenigstens für ein Jahr geleistet worden, bestand ausnahmsweise ein Anspruch auf eine ausserordentliche Rente, sofern die Frauen vor ihren Ehemännern in das rentenberechtigende Alter getreten und diese Letzteren AHV-rechtlich versichert waren und über eine vollständige Beitragsdauer verfügten.<sup>586</sup> Die Alters- und Invalidenrente der Frauen (wie auch die Mutterwaisenrente) berechnete sich vor 1994/97 auf ihrem eigenen durchschnittlichen Erwerbseinkommen und auf ihren eigenen Beitragsjahren, wobei allerdings beitragslose Ehejahre zur Sicherung einer vollen Beitragsdauer seit jeher angerechnet werden.<sup>587</sup>

381 Diese Grundsätze galten auch für *geschiedene*<sup>588</sup>, nicht aber für verwitwete Frauen. Diese Letzteren gelangten grundsätzlich in den Genuss auch der Beiträge des verstorbenen Ehemannes, während die geschie-

585 Art. 29 und 30 AHVG in der Fassung bis 1994/97 (10. AHV-Revision); vgl. BGE 113 V 105; IV-Rentnerin, die nie persönliche Beiträge bezahlen konnte (Art. 3 Abs. 2 lit. b aAHVG); schon Entscheid des EVG vom 26.10.1948 i.S. M. c. Caisse AVS de X (BGE 74 V 93).

586 Art. 42 Abs. 2 lit. c aAHVG in der Fassung der 9. AHV-Revision vom 24.6.1978.

587 Art. 55 Abs. 1 AHVV; für die IV vgl. Art. 37 IVG und Art. 33<sup>bis</sup> AHVG. Neu nun aber Art. 34 ff. AHVG in der Fassung vom 7.10.1994 (10. AHV-Revision). Das gilt indessen nur bei Wohnsitz in der Schweiz oder bei Erwerbstätigkeit im Ausland, aber für eine Arbeitgeberschaft in der Schweiz; BGE 126 V 217; 107 V 1; 104 V 121.

588 BGE 99 V 85; 101 V 184; 104 V 181 = Pra 68 Nr. 204.

denen Frauen die vom Mann aufgebaute Alterssicherung bis zur Gesetzesänderung in der 10. AHV-Revision weitgehend verloren hatten. Für diese Frauenkategorie galt allerdings – wie für die Witwen – unter gewissen Voraussetzungen eine *Vergleichsrechnung* zugunsten der für sie besseren Rente.<sup>589</sup> Sie hatten sich aber nach Art. 54 AHVV in eigener Verantwortung um eine solche Vergleichsrechnung zu kümmern.

Eine *Rentenverbesserung* aufgrund des Einbezugs ehemännlicher Beiträge in die Bemessung der Rente der Ehefrau, die nie eigene Beiträge bezahlt hatte, lehnte das EVG in einem Entscheid vom 5. Juni 1987<sup>590</sup> ab, obwohl die beschwerdeführende Frau eine diskriminierende Ungleichbehandlung im Sinne des allgemeinen Rechtsgleichheitsgebots wie auch des Art. 4 Abs. 2 Satz 1 aBV geltend gemacht hatte.<sup>591</sup> Das EVG berief sich auf seine Rechtsprechung von 1975, mit welcher es seine Praxis zur Vergleichsrechnung begründet hatte. Nach dieser Praxis konnte für Rentenansprüche verheirateter und geschiedener Frauen durch einen Vergleich der Bemessungsgrundlagen analog zur Regelung für Witwen gemäss Art. 33 Abs. 3 AHVG das *bessere Rentenergebnis* für die betroffene Frau ermittelt werden. Gleiches sollte aber für eine Ehefrau nur gelten, wenn diese wenigstens ein volles Jahr lang Beiträge bezahlt hatte. Der Versuch, beitragsbefreite Frauen mit den andern Frauenkategorien gleichzustellen, vermochte das EVG nicht davon zu überzeugen, über diese ausnahmsweise von der Rechtsprechung aus Gerechtigkeitsgründen zugelassene Vergleichsrechnung hinaus noch weiter zu gehen und praktisch generell den Einbezug der Beiträge des Ehemannes in die Rentenberechnung der Ehefrau – ohne Rücksicht auf eigene oder fehlende Beitragszahlungen – zu gestatten. Soweit zu gehen, sei Sache des Gesetzgebers; dieser habe die unbestreitbaren Unzukömmlichkeiten, wie sie das AHVG<sup>592</sup> für Ehefrauen auszulösen vermag, neu zu regeln.<sup>593</sup>

*Teilzeitarbeitende* oder ihre berufliche Karriere aus familiären Gründen unterbrechende Ehefrauen verfügten oft nur über ungenügende

589 Art. 31 Abs. 3 und 4; 33 Abs. AHVG in der Fassung der 8. AHV-Revision vom 30.6.1972; Art. 55 Abs. 2a AHVV. EVGE vom 5.5.1978 i.S. P. S. in ZAK 1979, S. 188; BGE 101 V 184.

590 J. M.-L. (geb. 1924, verh. seit 1947) c. die Caisse de compensation des Groupements Patronaux Vaudois, nicht publ.

591 Grundlegend BGE 101 V 184 i.S. Forster; auch 111 V 10 = Pra 75 Nr. 71.

592 Art. 29<sup>bis</sup> Abs. 2, 30 Abs. 2 und 31 Abs. 1 AHVG.

593 Nicht publ. BGE vom 5.6.1987 i.S. J. M.-L. c. Caisse de compensation des Groupements Patronaux Vaudois.

massgebende Erwerbseinkommen, und deren Beizug für die Rentenberechnung führte i.d.R. zu unbefriedigenden, d.h. rentenmindernden, Ergebnissen.<sup>594</sup> Das war eine der Folgen ihrer Doppelarbeit als Teilzeitbeschäftigte und Familienfrau. Nachdem aber Art. 55 Abs. 1 aAHVV ausdrücklich nur für Ehefrauen die Regel festhält, ihre Renten seien ausschliesslich aufgrund ihrer eigenen Berechnungsfaktoren zu ermitteln, stellte sich die Frage der Verfassungsmässigkeit dieser Vorschrift unter Gleichheitsgesichtspunkten. Das EVG meinte, diese Vorschrift könnte in gewissen Fällen wohl zu wenig befriedigenden Resultaten führen.<sup>595</sup> Doch in Fragen der Berechnung von einfachen ordentlichen AHV-Renten bestehe *absolute Gleichheit* zwischen den Geschlechtern, weil sie auf den gleichen Berechnungsgrundlagen, nämlich der persönlichen Beitragsleistung und der eigenen Versicherungsdauer, beruhten. Deshalb verstosse die beanstandete Regel des Art. 55 AHVV nicht gegen Art. 4 Abs. 2 aBV. Die damit verbundenen Unzukömmlichkeiten könnten allein durch den Gesetzgeber behoben werden.<sup>596</sup> Das ist nunmehr durch die Art. 50a–c ff. AHVV im Rahmen der 10. AHV-Revision geschehen.

384 In einem Entscheid vom 24. Juni 1987 stellte sich die Frage, ob eine Änderung in den persönlichen Verhältnissen zum *Anspruchsverlust*<sup>597</sup> sowohl einer ordentlichen als auch einer ausserordentlichen AHV-Rente i.S.v. Art. 42 Abs. 2 lit. d aAHVG führen dürfe. Nach ihrer Scheidung erhielt E. Z. eine ausserordentliche einfache Altersrente. Die Heirat mit einem wesentlich jüngeren Ehemann hatte zur Folge, dass ihre ausserordentliche Rente gestrichen wurde. In Betracht fiel, dass der neue Ehemann nicht die gleiche Anzahl von Beitragsjahren wie sein Jahrgang aufwies (Art. 42 Abs. 2 lit. c aAHVG). Während das kantonale Gericht befand, als *Erlösungsgrund* einer einfachen Altersrente komme nach dem Wortlaut des Gesetzes nur die Entstehung einer Ehepaar-Altersrente oder der Tod der Rentenberechtigten in Betracht, konnte sich das EVG diesem – unter Gleichstellungsgesichtspunkten vertretbaren – Argument nicht anschliessen. Heirate eine AHV-

594 Der Gesetzgeber hat diese Unzukömmlichkeiten zugunsten der geschiedenen Frauen teilweise mit der 9. AHV-Revision vom 24.6.1977 beseitigt: Art. 31 Abs. 3 AHVG.

595 Vgl. KOHLER, S. 195 ff.; KOLLER, AHV, S. 62 ff., 73 ff.; LAUTERBURG/LISCHETTI/AESCHBACHER, S. 67 ff.

596 Nicht publ. BGE vom 5.6.1987 i.S. J. M.-L. c. Caisse de compensation des Groupements Patronaux Vaudois.

597 Hier standen zur Diskussion die Art. 21 und 22, 29 Abs. 2 und 29<sup>bis</sup>, 30 Abs. 1 und 2 wie auch 31 Abs. 3 und 4 AHVG; vgl. dazu BGE 101 V 184; 106 V 201 E. 1 = Pra 71 Nr. 84; BGE 104 V 71 = Pra 68 Nr. 120.

berechtigte Frau einen noch im Erwerbsleben Stehenden, seien bei der Bedarfsabklärung der Ehefrau, die selbst nie oder nur in geringem Ausmass AHV-Beiträge bezahlt habe, aufgrund des neuen Zivilstandes Einkommen und Vermögen des Ehemannes mit zu berücksichtigen. Das führe – so das EVG – in der Regel zum Wegfall der ausserordentlichen Rente. Gleich verhalte es sich mit einer geschiedenen Frau, die sich wieder verheirate. Die Tatsache allein, dass E. Z. vor ihrer jetzigen Ehe geschieden war, rechtfertigte nach Ansicht des EVG nicht, ihren Anspruch auf eine Altersrente als Ehefrau nach gesetzlichen Bestimmungen zu beurteilen, die auf den *Zivilstand der Geschiedenen* zugeschnitten seien. Auch kenne das Sozialversicherungsrecht bei Zivilstandswechseln ganz allgemein keine Besitzstandsgarantie. In diesem Fall wollte das EVG einerseits der Rechtsunsicherheit vorbeugen und andererseits dem Gebot der allgemeinen (und nicht der geschlechtsbezogenen) rechtsgleichen Behandlung der Versicherten entsprechen. Es schloss damit aus, bei der Beurteilung der Grundlagen eines Anspruchs auf eine ausserordentliche AHV-Rente auf den früheren Zivilstand (als Geschiedene) und nicht auf den aktuellen (als Verheiratete) abzustellen.<sup>598</sup>

Gleich entschieden wurde im Fall der invaliden V. M.<sup>599</sup> Sie hatte sich zunächst um eine Rente der Invalidenversicherung bemüht. Doch mangels eigener Beiträge kam eine IV-Rente nicht in Frage, ebenso wenig eine ausserordentliche IV-Rente. Eine solche ausserordentliche IV-Rente i.S.v. Art. 42 Abs. 2 lit. c AHVG i.V.m. Art. 39 Abs. 1 IVG (in der Fassung vor 1997) war nach Auffassung des EVG ausgeschlossen, weil der *Ehemann* die Voraussetzungen dieser Bestimmung nicht erfüllte, er vor allem nicht in der Schweiz Beiträge bezahlt hatte. Das Gericht stützte sich bei seinen Überlegungen, mit denen es die Rentenlosigkeit einer Frau mit einer Invalidität von 68% in Kauf nahm,<sup>600</sup> auf die Auslegung des Art. 42 Abs. 2 lit. c aAHVG. Diese Bestimmung lasse einen Anspruch dieser Frau nicht entstehen. Sinn und Zweck des Art. 42 Abs. 2 lit. c aAHVG, welche Bestimmung Ehefrauen ohne Rücksicht auf die Einkommens- und Vermögenslage des Ehemannes anspruchsberechtigt werden lässt, sei vor allem auf den Schutz der seinerzeitigen Übergangsgeneration ausgerichtet gewesen, weil versicherte Ehefrauen von künftigen Altersrentnern die für die ordentliche Rente notwendige

598 BGE 113 V 113.

599 BGE 113 V 105.

600 Grundsätzlich besteht ab einem Invaliditätsgrad von 66 2/3% ein Anspruch auf eine ganze IV-Rente, Art. 28 Abs. 1 IVG.

einjährige Beitragsdauer objektiv nicht erfüllen konnten. Allerdings gestand das EVG zu, dass sich mit den Jahren und den sich ändernden Verhältnissen dieser Sinn des Art. 42 Abs. 2 lit. c aAHVG immer mehr verschoben habe. Ihr Sinn liege nunmehr darin, Frauen mit grossen Beitragslücken einen gewissen stärkeren Schutz zuteil werden zu lassen. Diese Regelung lasse sich aber nicht auf die Ehefrau eines Mannes übertragen, welcher selbst nur Beiträge an eine ausländische Sozialversicherung bezahlt habe, nicht aber der freiwilligen AHV beigetreten sei, obwohl er dies – im Gegensatz zu seiner Ehefrau – hätte tun können.

386 Erst mit dem Entscheid 118 V 1 bahnte sich eine neue rechtliche Ausgangslage für einen besseren Schutz von Frauen bei Zivilstandsänderung an. Die 1921 geborene D. S.-F. bezog zunächst eine einfache Altersrente in der Höhe von monatlich Fr. 868.–, die sich im Verlaufe periodischer Anpassungen zuletzt auf Fr. 1008.– erhöhte. Mit dem Erreichen der Altersgrenze des Ehemannes fiel diese Rente der Ehefrau dahin, und ihr Ehemann bezog nun eine Ehepaar-Altersrente von Fr. 2160.– D. S.-F. erhielt die Hälfte davon ausbezahlt. Nach Scheidung dieser Ehe reduzierte sich die Altersrente der Frau auf Fr. 992.–. Sie verlangte die Ausrichtung einer höheren Altersrente, weil sie nicht verstehen konnte, weshalb die nunmehr – im Jahre 1992 – ausgerichtete Rente niedriger sei als jene des Jahres 1987. Immerhin hätten in der Zwischenzeit weitere Rentenanpassungen stattgefunden.

387 Das EVG stellte zunächst fest, dass es in diesem Fall keine Möglichkeit gebe, die Beschwerdeführerin als geschiedene Frau an den Berechnungsgrundlagen der vorgängigen Ehepaar-Altersrente teilhaben zu lassen.<sup>601</sup> Der Grund für die Herabsetzung der einfachen Altersrente unter den Stand der Jahre vor Teilhabe an einer Ehepaaraltersrente lag in deren Neuberechnung aufgrund neuer *Bemessungsgrundlagen*. Es waren somit objektive Gründe dafür verantwortlich. Ein Wiederaufleben der früheren einfachen Altersrente (nach Massgabe der damaligen Berechnungselemente) kam wegen Fehlens einer gesetzlichen Grundlage nach der Rechtsprechung nicht in Frage.<sup>602</sup> Das erwies sich als stossend und bot dem EVG Gelegenheit, nach einer andern Lösung zu suchen. Denn es sei nicht zu übersehen, dass die gesetzliche Rege-

lung, würde sie streng aufgrund ihres Wortlautes umgesetzt, in vielen Fällen zu niedrigeren Rentenbeträgen wegen *Zivilstandswechseln* führe. Darin liege ein sachfremder Gedanke bzw. eine äussere Zufälligkeit und nicht ein dem sozialversicherungsrechtlichen Rentensystem innewohnender Umstand. Es bestehe kein Anlass, eine solche Rechtsfolge weiterhin hinzunehmen. Das EVG befand daher in Änderung der bisherigen Rechtsprechung, dass die – wie bisher auf Grund der im *Zeitpunkt des Zivilstandswechsels* anwendbaren Berechnungsfaktoren – neu berechnete Rente nach erfolgter Ehescheidung betragsmässig zumindest der zuletzt bezogenen einfachen Rente unter Einschluss der seitherigen Rentenanpassungen zu entsprechen habe. Diese Lösung widerspreche auch nicht einer verfassungsmässigen Gleichbehandlung der weiblichen und männlichen Versicherten. Denn die nachteiligen Folgen der bisherigen Rechtsprechung könnten sich auch zu Lasten geschiedener männlicher Versicherter entfalten. Ein Vergleich mit andern weiblichen Versicherten verbiete sich, weil im hier zu beurteilenden Fall ein Anspruch auf eine einfache Altersrente entstanden sei, bevor die Ehepaar-Altersrente hätte bezogen werden können.

*Bemerkung:* Die Schwierigkeiten, denen die Rechtsprechung in diesem komplexen Bereich sozialer Sicherheit zu begegnen hat, lagen in der strengen Ausrichtung besonders der AHV auf das Versorgerprinzip des alten Eherechts. Schwierigkeiten ergaben sich aber auch daraus, dass Frauen und Männer die Schwerpunkte ihrer Lebensgestaltung unterschiedlich gewichten. Damit sind im staatlichen Leistungsrecht besonders unter dem Gesichtspunkt einer nicht nur formalen, sondern auch materiellen Gleichstellung differenzierte Lösungen gesucht, welche die Rechtsprechung immer wieder vor neue Rechtsfragen stellt.<sup>603</sup> Die neuere Rechtsprechung hat versucht, der durch die *traditionelle Rollenverteilung* bedingten besonderen beruflichen Situation von Frauen soweit wie möglich Rechnung zu tragen und – wenn auch nicht immer gradlinig – von einer strengen formalen Betrachtungsweise sich hin zu einer Betonung *des sozialen Grundgehalts*<sup>604</sup> des Leistungsrechts und zu einer vermehrten Beachtung der Haus- und Familienarbeit zu bewegen. Die neuen Regeln der Rentenbemessung (Erziehungsgut-

388

601 Das wäre erst nach dem Tod des früheren Ehemannes möglich, vgl. Art. 31 Abs. 4 AHVG in der Fassung vom 30.6.1972 (8. AHV-Revision) und geändert durch die 10. AHV-Revision von 1994/1997.

602 BGE 108 V 206 E. 2a; 103 V 60 E. 2 = Pra 67 Nr. 176; ZAK 1979, S. 220 E. 1.

603 Vgl. den historischen Rückblick in BGE 106 Ib 182 E. 5 und sodann zur Berechnung der einfachen Altersrente nach Scheidung BGE 118 V 1 ff. mit dem Hin und Her in der Rechtsprechung.

604 Es wurde auch immer wieder in solchen Zusammenhängen der Schutzgedanke der sozialversicherungsrechtlichen Regelungen betont: z.B. BGE 117 Ia 257 E. 3b m.Hinw.

schrift, Betreuungsbonus, Splitting), welche mit der 10. AHV-Revision eingeführt worden sind, versuchen nun, der immer noch weitgehend traditionell gelebten Situation der Frauen und ihren – unbezahlten – Leistungen sowie der Tatsache häufiger Zivilstandswechsel noch besser gerecht zu werden.<sup>605</sup>

c) Eigener Rentenanspruch der Frau – vorwiegender Anspruch des Ehemannes

389 Aber auch der Rentenanspruch von Ehefrauen mit eigenen Beiträgen und einer vollen Beitragsdauer hing vom Umstand ab, ob ihr Ehemann bereits Altersrentner war oder nicht. Frauen waren bis zur 10. AHV-Revision nur aus eigenem Recht anspruchsberechtigt, wenn sie mit einem jüngeren oder gleich alten Ehemann verheiratet waren. Ihr Anspruch auf eine allfällige Zusatzrente oder auf Auszahlung der Rentenhälfte hing von besonderen Voraussetzungen ab, so etwa von der fehlenden Sorgspflicht des Ehemannes. Selbst wenn die eigenen Bemessungsgrundlagen der Frau zu einer höheren einfachen Rente führte als jene des Mannes, weil dieser z.B. Lücken in der Beitragszahlung aufgewiesen hat, stand der Anspruch auf eine Ehepaarrente dem Ehemann zu.<sup>606</sup> Selbst die Berufung auf eine diskriminierende Ungleichbehandlung half nicht. Derartige Eingriffe in das geltende System, die dem Kompetenzbereich des EVG entzogen sind, mussten nach der Rechtsprechung dem Gesetzgeber überlassen bleiben.

d) Besondere Auswirkungen des Zivilstandes beim Zusammentreffen verschiedener Sozialversicherungsansprüche; Kürzungsbestimmungen

390 Angesichts der Fülle verschiedener Sozialversicherungen werden oft in ein und derselben versicherten Person für die gleichen Risiken (Unfall, Krankheit, Verwitwung) Ansprüche ausgelöst, die ihre Grundlage in verschiedenen Gesetzen finden. Das trifft etwa zu bei einem Unfall von erwerbstätigen Personen, der zur Arbeitsunfähigkeit führt und

605 Zum ersten Überblick über die Ergebnisse und Wirkungen der 10. AHV-Revision vgl. KLEINLOGEL, S. 63 ff.

606 Nicht publ. EVGE vom 26. 1. 1994 zu Heirat und Altersrente; nicht publ. BGE vom 5. 6. 1987 i.S. J. M.-L. c. Caisse de compensation des Groupements Patronaux Vaudois; Art. 42 Abs. 1 AHVG in der Fassung vor der 10. AHV-Revision 1994/1997; Art. 32 Abs. 3 AHVG in der Fassung vom 4. 10. 1968 (7. AHV-Revision).

neben dem Anspruch auf Leistungen aus der Unfallversicherung auch zu einer Rente der Invalidenversicherung und der Beruflichen Vorsorge Anspruch geben kann oder mit der Teilhabe an einer Ehepaarrentenrente kollidiert. Oder es fallen Renten der Ersten mit der Zweiten Säule zusammen, also der AHV mit der Beruflichen Vorsorge. Auch die Frage der Taggeldhöhe für Erwerbstätige im Falle einer Krankheit oder Niederkunft stellt sich, wenn geltend gemacht wird, dass eine Überentschädigung als Folge solcher Risiko-Kumulationen entstehe. Von Überentschädigung spricht man, wenn die Versicherungsansprüche den vor dem auslösenden Ereignis bezogenen Erwerbslohn übersteigen.

Die Möglichkeiten einer *Kumulation* von Leistungen haben zu verschiedenen Vorschriften über die Koordination und über Kürzungsmöglichkeiten bei einer Überversicherung geführt.<sup>607</sup> In diesem Zusammenhang ergeben sich oft besondere Probleme, welche v.a. für die lohnmassig schwierige Situation von erwerbstätigen Familienfrauen mit diskriminierenden Benachteiligungen verbunden sein können.

Unter Gleichstellungsgesichtspunkten verursachen insbesondere *erwerbstätige Ehefrauen* Koordinations- und Kürzungsprobleme, die an einer Ehepaarrenten- oder Invalidenrente beteiligt sind, oder die Kinder gebären und deswegen ihre Arbeit aufgeben oder reduzieren oder die verunfallen.<sup>608</sup> Es geht z.B. um die Frage, ob und inwiefern die Ehepaarrente der AHV oder IV bei der Festsetzung einer Invalidenrente einer *verunfallten* Ehefrau bei Ermittlung der Leistungen der obligatorischen Unfallversicherung angerechnet werden darf oder auch, ob die der Ehefrau ausgerichtete Hälfte der dem Mann zugesprochenen Rente bei Leistungen der Sozialversicherung zugunsten des Ehemannes berücksichtigt werden muss.<sup>609</sup> Im Fall der Mutterschaft stellt sich das

607 Art. 20 Abs. 2 UVG: Zusammenspiel mit der AHV/IV durch Ausrichtung einer Komplementärrente der UV auf der Differenz von 90% des versicherten Verdienstes und der Rente nach AHV oder IV; Art. 40 UVG: Allgemeine Kürzungsregel; Art. 73 KVG: Koordination mit der Arbeitslosenversicherung; Art. 78 Abs. 2 KVG: der Bundesrat hat für die Koordination mit andern Sozialversicherungszweigen zu sorgen, um Überentschädigungen zu vermeiden (vgl. Art. 110 KVV vom 27. 6. 1995: Subsidiarität von Krankenversicherungsleistungen gegenüber der UV, IV und MV; Art. 122 KVV: Verbot der Überentschädigung); Art. 48<sup>bis</sup> AHVG: Delegation an den Bundesrat; Art. 34 Abs. 2 BVG; Art. 43 ff., 45<sup>bis</sup> IVG.

608 Vgl. dazu insb. LAUTERBURG/LISCHETTI/AESCHBACHER, S. 174 ff., 188 mit FN 422.

609 BGE 121 V 130; 121 V 137; 115 V 122: Anrechnung oder Ausschluss der halben IV-Ehepaarrente der Frau?; 123 V 274: Anrechnung welchen Einkommens des mitarbeitenden Ehemannes?