

sui generis

Analysen und Perspektiven
von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts
der Universität Zürich

HEN

Unter Gleichen

Lukas Hussmann

Nicole Nickerson

Arezoo Sang Bastian

Youlo Wujohktsang

(Hrsg.)

**Lukas Hussmann
Nicole Nickerson
Arezoo Sang Bastian
Youlo Wujohktsang
(Hrsg.)**

Unter Gleichen

APARIUZ XXII

Hinweise zur digitalen Fassung dieses Buches:

- Die digitale Fassung (Open Access) ist sowohl auf der Webseite des Verlags (www.suigenerisverlag.ch), auf Google Books als auch direkt über den Digital Object Identifier (DOI) zugänglich. Der DOI zum vorliegenden Buch ist im Impressum angegeben.
- Sämtliche Gesetzesartikel sowie alle frei zugänglichen Gerichtsurteile und Behördenentscheidungen sind in der digitalen Fassung verlinkt.
- Häufig verwenden die AutorInnen in ihrem Manuskript Links auf weitere Quellen. Diese werden in den Büchern nicht abgedruckt, aber in der digitalen Fassung den entsprechenden Textstellen hinterlegt.
- Für die Verlinkung werden Permalinks eingesetzt. Es handelt sich dabei um Links auf eine archivierte Version der Webseiten im Zeitpunkt der Linksetzung. Die Links sind beständig, d.h. sie funktionieren auch dann noch, wenn die Originalseite nicht mehr zugänglich ist und ihr Inhalt ändert nicht, wenn sich die Originalseite ändert.

**Lukas Hussmann
Nicole Nickerson
Arezoo Sang Bastian
Youlo Wujohktsang
(Hrsg.)**

Unter Gleichen

APARIUZ XXII

Mit Beiträgen von
**Ada Sofie Altobelli
Marisa Beier
Christoph Burckhardt
Carole Bruttin
Gian Ege
Tonia Graf
Anna Karczewski
Selma Kuratle
Nina Laukenmann
Irina Lehner
Julia Meier
Christoph Mettler
Nebojsa Mijatovic
Caroline Rausch
Lea Ina Schneider
Martin Wilhelm**

Vorwort

Seit dem Jahr 1999 legt der rechtswissenschaftliche Nachwuchs der Universität Zürich im Rahmen der Schriftenreihe APARIUZ (Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich) alljährlich einen Sammelband vor. Mit dem vorliegenden Werk geht diese Tradition 2021 bereits in die 22. Runde.

Mit seinem Titel «Unter Gleichen» greift der diesjährige Sammelband das 2021 anzusetzende fünfzigste Jubiläum eines der bedeutendsten rechtshistorischen und politischen Ereignisse der Schweiz auf: die Einführung des allgemeinen Frauenwahl- und Stimmrechts. Das prominenteste Beispiel einer rechtlichen Ungleichbehandlung in der schweizerischen Rechtsordnung wurde 1971 per Volksabstimmung aus der Welt geschafft, zumindest was die Abstimmungen auf Ebene des Bundes betrifft. Auf der Ebene der Kantone hat es bekanntlich noch weitere 19 Jahre gedauert bis auch allen Innerrhoderinnen die gleichen politischen Rechte zugesprochen wurden. Im Unterschied zum Stimmrecht auf Bundesebene haben wir diese Korrektur allerdings dem Bundesgericht¹ zu verdanken, der die Gleichheit der Geschlechter bei der Ausübung politischer Rechte durchsetzte, *nota bene* entgegen des im selben Jahr an der Landsgemeinde Appenzell Innerrhoden gefassten Entscheides.

Anlässlich dieses bedeutenden Jubiläums wollen wir eine breite Perspektive einnehmen und über das Wechselspiel von Recht und Gleichheit aus dem Blickwinkel der verschiedenen Fachrichtungen der Rechtswissenschaft nachdenken. Wenn auch die Geschlechterfrage sicherlich eines der brennendsten Themen in der juristischen Gleichheitsdebatte darstellt, ist sie mitnichten das einzige. Nicht zuletzt aufgrund der verfassungs- und konventionsrechtlich verbürgten Rechtsgleichheit (Art. 8 BV, Art. 14 EMRK) stellen sich Gleichheitsfragen in allen Rechtsgebieten, bei jedem Gerichtsentscheid und jedweder Ausübung staatlicher Zwangsgewalt. Nach der Formel des Bundesgerichts sind Konflikte so aufzulösen, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird.² Das Bundesgericht bewegt sich in seiner Argumentation auf ausgetretenen Pfaden; der Formulierung liegt der aristotelische Gleichheitsbegriff zu Grunde, wonach Gerechtigkeit stets mit Gleichheit zu verbinden sei.³ Es ist an der Gesellschaft und somit auch der Jurisprudenz

1 BGE 116 Ia 359.

2 Etwa BGE 123 I 1, E. 6.a.

3 ARISTOTELES, Nikomachische Ethik, 6. Aufl., Reinbeck bei Hamburg 2017, N 1131a-1131b.

und den Autorinnen des vorliegenden Bandes darzulegen, was denn nun «Gleiches», was «Ungleiches» ist; was eine «gleiche» Behandlung, was eine «ungleiche» ist. Dass es hier zu keinen allgemeingültigen Wahrheiten kommen kann und es der stetigen selbstkritischen Evaluation bedarf, wird wiederum durch die juristische Bearbeitung der Geschlechterfrage eindrücklich gezeigt. 1887 rief die Zürcherin Emilie Kempin-Spyri das Bundesgericht an, um ein zürcherisches Gesetz, welches Frauen die Vertretung vor Gericht verbot, zu bekämpfen. In ihrer Beschwerde dazu führte sie aus:

«Anlässlich einer Prozesssache meines derzeit in Deutschland lebenden Ehemannes habe ich denselben vor Gericht vertreten wollen, wurde aber vom Tit. Bez. Ger. Zürich von den Schranken gewiesen mit der Begründung, das Aktivbürgerrecht, das einzige Requisit, welches die Zürich. Prozessordnung zur Betreibung des Anwaltsberufes aufstellt, komme mir nicht zu. Dagegen protestiere ich & stütze mich dabei in erster Linie auf Art. 4 der Bundesverfassung: (In der Schweiz gibt es keine Vorrechte des Orts, der Geburt, der Familie oder Personen.) Gegen diese Verfassungsbestimmung verstösst das Bez. Ger. Zürich, wenn es in seinem Beschluss n. 24 dem weiblichen Schweizerbürger den Besitz des Aktivbürgerrechts abspricht aus dem einzigen Grunde, weil dieser Schweizerbürger weiblichen Geschlechtes ist. Die Bundesverfassung macht in richtiger Auslegung des in Art. 4 aufgestellten Prinzips keinen Unterschied zwischen männlichen und weiblichen Staatsbürgern.[...] Indes, (Kantonsbürger) ist Schweizerbürger, und ohne dass es in Art. 49 ausdrücklich gesagt wäre, nimmt die (Landesbürgerin) bis jetzt unwidersprochen das gleiche Recht für sich in Anspruch.»

Das Bundesgericht verneinte die Verfassungswidrigkeit des zürcherischen Gesetzes, welches Frauen die Vertretung vor Gericht verbot, mit folgender Begründung:

«Wenn nun die Rekurrentin zunächst auf Art. 4 der Bundesverfassung abstellt und aus diesem Artikel scheint folgern zu wollen, die Bundesverfassung postuliere die volle rechtliche Gleichstellung der Geschlechter auf dem Gebiete des gesamten öffentlichen und Privatrechts, so ist diese Auffassung eben so neu als kühn; sie kann aber nicht gebilligt werden. Es bedarf in der That keiner weiteren Ausführung, daß man mit einer solchen Folgerung sich mit allen Regeln historischer Interpretation in Widerspruch setzen würde. Art. 4 der Bundesverfassung darf, wie das Bundesgericht stets festgehalten hat, nicht in dem, zu geradezu unmöglichen Konsequenzen führenden, Sinne aufgefaßt werden, daß derselbe schlechthin jede Verschiedenheit in der rechtlichen Behandlung einzelner Personenklassen verbiete, sondern derselbe schließt nur solche rechtliche Verschiedenheiten aus, welche, nach anerkannten Grundprinzipien der Rechts- und Staatsordnung, als innerlich unbegründet, durch keine erhebliche

Verschiedenheit der Thatbestände gerechtfertigt erscheinen. Nun erscheint aber nach der jedenfalls zur Zeit noch zweifellos herrschenden Rechtsanschauung die verschiedene rechtliche Behandlung der Geschlechter auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts, speziell in Bezug auf das Recht der Bethätigung im öffentlichen Leben, als eine der innern Begründung keineswegs entbehrende. Als im Widerspruche mit Art. 4 der Bundesverfassung stehend, kann daher eine kantonalgesetzliche Norm, welche die Frauen von der Parteivertretung vor Gericht ausschließt, jedenfalls nicht erachtet werden.»⁴

Die – zu dessen Verteidigung, 134 Jahre alte und nunmehr eindeutig überholte⁵ – Position des Bundesgerichts wirkt auf eine Leserin im 21. Jahrhundert nur schwer nachvollziehbar, ja geradezu skurril, was zweifelsfrei nicht nur der altertümlichen Sprache⁶ geschuldet ist. Was sich verändert hat, ist die gesellschaftliche Vorstellung der konkret durch das Gesetz abzubildenden Gleichheit. Zwei Sachverhalte werden zu verschiedenen Zeitpunkten in der Rechtsprechung unterschiedlich eingeordnet. Was zunächst für ungleich gehalten und ungleich geregelt wurde, würde nunmehr kaum jemand *nicht* als gleich einordnen. Die Gesellschaft verändert sich und mit ihr auch die Rechtsprechung. Das bedeutet nicht, dass das Gleichheitsgebot in der Rechtssache Kempin-Spyri nicht (zumindest moralisch) Bestand gehabt hätte: es wurde nur (zu) lange Zeit nicht als ein solches (an-)erkannt. Die gesellschaftlichen Vorstellungen und Normen haben sich zuerst noch weiter entwickeln müssen, um auch den Juristenstand erkennen zu lassen, was im Grunde schon immer klar war.

Wir sprechen über eine Debatte, die niemals an Aktualität verliert und unermüdlich geführt werden muss – denn es steht viel auf dem Spiel: Das Recht vermag es einerseits als Emanzipationsinstrument gegen ungleiche gesellschaftliche Machtstrukturen zu dienen – Stichwort Einführung des Frauenwahlrechts – und andererseits aber auch selber zum Täter bei der Zementierung oder gar der Erschaffung tatsächlich ungleicher und vielfach schlicht ungerechter Verhältnisse werden. Skeptikerinnen des Gleichheitsgedankens rufen an dieser Stelle gerne die Worte von Anatole France in Erinnerung:

«Die majestätische Gleichheit vor dem Gesetz verbietet es Reichen wie Armen, unter den Brücken zu schlafen, Brot zu stehlen und auf den Straßen zu betteln.»⁷

4 BGE 13 I 1, E. 2.

5 Statt vieler BGE 103 Ia 517 E. 2.

6 An dieser Stelle möchten wir LARISSA SCHÜLLER herzlich danken, die uns die handschriftlich in Kurrentschrift verfasste Eingabe von Emilie Kempin-Spyri freundlicherweise transkribierte.

7 ANATOLE FRANCE, Die Rote Lilie, München, 1925, S. 116.

Unabhängig davon, was man von diesem Satz halten mag und – noch wichtiger – welche Konsequenzen man aus ihm ziehen möge, eine Sache wird klar: Anatole France ermahnt uns zu einem genauen Hinsehen. Ganz genau das ist es, was Sie als Leserin von den Autorinnen des vorliegenden Bandes erwarten können.

Ganz im Sinne des 2021 zu feiernden und von uns zum Anlass genommenen Jubiläums widmet sich die erste Gruppe an Beiträgen der rechtlichen Gleichstellung der Geschlechter. TONIA GRAF und NINA LAUKENMANN interessieren sich für ein zentrales Problem der Gleichheitspolitik, die Lohngleichheit, und stellen die Frage, inwiefern verschiedene juristische Mittel effektiv zu deren Herbeiführung eingesetzt werden können. JULIA MEIER zeichnet in ihrem Aufsatz den juristischen Kampf um die Gleichberechtigung der Geschlechter vor den schweizerischen Gerichten nach. CAROLINE RAUSCH stellt die Frage, wie vorzugehen ist, wenn die Judikative auf einen aus Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV abzuleitenden unerfüllten, verfassungsrechtlichen Gesetzgebungsauftrag zur tatsächlichen Gleichstellung von Frau und Mann hinweist, der (hier) kantonale Gesetzgeber aber untätig bleibt.

Ohne Frage finden sich im öffentlichen Recht noch eine Vielzahl an weiteren möglichen Fragestellungen zum Thema Gleichheit, aus denen die Autorinnen eine, wie wir finden, vortreffliche Auswahl getroffen haben. MARISA BEIER untersucht in ihrem Text die (mögliche) Wirkung der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte zur Bekämpfung von Armut gedacht als die grösste Form ökonomischer Ungleichheit in der Schweiz. Auch IRINA LEHNER ist an der rechtlichen Bearbeitung ökonomischer Ungleichheit interessiert. In ihrem sowohl empirisch als auch demokratietheoretisch ausgelegten Beitrag geht sie der Frage nach, welche Rolle der direkten Demokratie bei der Verringerung von Ungleichheit zukommen kann. In seinem Beitrag zur Nutzung von Verwaltungsvermögen durchleuchtet MARTIN WILHELM die rechtlichen Fragestellungen im Hinblick auf die rechtsgleiche Behandlung von Privaten durch den Staat. NEBOJSA MIJATOVIC analysiert durch die theoretische Brille der Menschenwürde die ungleiche Verteilung politischer Rechte zwischen In- und Ausländerinnen. Auf Gleichheitsfragen im Verhältnis Staat und Private stossen wir ebenso im Strafrecht: GIAN EGE und SELMA KURATLE erforschen das Verbot der Verstümmelung weiblicher Genitalien (Art. 124 StGB) und weisen auf Auslegungsschwierigkeiten dieser Norm hin.

Auch die Privatrechtlerinnen in unseren Reihen hatten wenig Mühe, Fragen der (Un-)Gleichheit in ihrem Fach auszumachen. ADA SOFIE ALTABELLI und ANNA KARCZEWSKI untersuchen die spannende Frage der Gleichbehandlung zwischen rein menschlichen Erfinderinnen und der ebenso

schöpferisch tätigen Künstlichen Intelligenz im Patentrecht. CAROLE BRUTTIN erforscht die gerichtliche Handhabe zur Förderung einer möglichst gleichberechtigten Einbindung von Kindern in familienrechtlichen Verfahren. Der Aufsatz von CHRISTOPH BURKHARD untersucht die Wirkung und Grenzen des aktienrechtlichen Gleichbehandlungsgebots unter den Aktionärinnen. CHRISTOPH METTLER bereitet eine aktuell besonders heftige geführte Debatte im Erbrecht über Gleichheit zwischen den Erbinnen und Pflichtteilsberechtigten sowie zwischen verheirateten oder in eingetragener Partnerschaft lebende Partnerinnen und faktischen Lebenspartnerinnen auf.

Gleichheit ist nicht nur ein Thema des Rechts im Staat oder des Staates, sondern sehr wohl auch *zwischen* den Staaten. Entsprechend untersucht die Völkerrechtlerin LEA INA SCHNEIDER das aus der Gleichheit der Staaten und der Staatensouveränität erwachsene Prinzip der Zu- und Einstimmigkeit im Völkerrecht vor dem Hintergrund der grossen Herausforderungen der Gegenwart wie die Klimakrise und die globale Ungleichheit.

Danksagung

Zum Gelingen und zur Veröffentlichung dieses Werkes haben zahlreiche Personen wie auch Institutionen beigetragen.

Zunächst möchten wir uns bei den Autorinnen bedanken, deren Beiträge das Erscheinen des 22. APARIUZ überhaupt erst ermöglichten. Danke für Euer Engagement und grossen Einsatz.

In finanzieller Hinsicht war die Veröffentlichung dieses Bandes nur Dank der grosszügigen Förderung des Schweizerischen Nationalfonds möglich. Ohne der Unterstützung des SNF – und damit letztlich der schweizerischen Steuerzahlerin – wären Projekte wie dieses kaum umsetzbar. Im Gegenzug erscheint der 22. APARIUZ sofort und unmittelbar *Open Access*, was jeder interessierten Person einen Blick auf das von ihr mitfinanzierte Produkt ermöglicht.

Substantiell unterstützt wurde das Projekt auch von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich und der Gleichstellungskommission der Universität Zürich. Ebenso unter die Arme gegriffen haben uns Dr. iur. Gregor Bühler (Homburger AG), CMS Zürich, Prof. Dr. Felix Dasser (Homburger AG) und Dr. iur. Alex Nikitine (Walder Wyss AG). Bei allen möchten wir uns ganz herzlich bedanken!

Bedanken möchten wir uns auch beim sui generis-Verlag, namentlich bei Wendelin Hess, Prof. Dr. Daniel Hürlimann, Beat Müller und Prof. Dr. Marc Thommen, die sich bereit erklärten, die Verlegung des 22. APARIUZ zu übernehmen und uns von Beginn an tatkräftig und voller Engagement unter-

stützten – herzlichen Dank für die gelungene Zusammenarbeit! Ein grosses Dankeschön geht auch an Simone Walser, PhD, für die Betreuung des Projekts in dessen Schlussphase.

Ein grosser Dank geht auch an die Gutachterinnen, die sich trotz zahlreicher anderer Verpflichtungen bereit erklärten die Beiträge zu prüfen und den Autorinnen ein Feedback zu übermitteln. Sie haben massgeblich zur qualitativen Aufwertung des Bandes beigetragen. Danke für Ihre Mitwirkung!

Zuletzt möchten wir uns auch bei den Herausgeberinnen des 21. APARIUZ (Julia Meier MLaw LL.M., Dr. iur. Lukas Staffler, Dr. iur. Nadine Zurkinden) bedanken, die uns die Herausgabe des 22. Bandes anvertrauten. Wir hoffen, wir haben Euren Ansprüchen genüge getan. Bei dieser Gelegenheit möchten wir zudem den Herausgeberinnen des 23. Bandes, der nächstes Jahr erscheinen wird, viel Erfolg wünschen!

Lesehinweis

Wie der aufmerksamen Leserin bestimmt schon aufgefallen ist, verzichten wir auf eine geschlechterneutrale Schreibweise und verwenden das generische Femininum, wie es sich im Jubiläumsjahr 2021 zur Einführung des Frauenstimmrechts in der Schweiz gehört. Den Autorinnen wurde es freigestellt, ob sie ebenso vorgehen wollen, oder lieber eine geschlechterneutrale Variante wählen möchten.

Zum Abschluss sei der Vollständigkeit halber angemerkt: Die Verwendung der weiblichen Form dient der besseren Lesbarkeit. Männer sind *selbstverständlich* mitgemeint.

Zürich, am 31. Mai 2021

Lukas Hussmann

Nicole Nickerson

Arezoo Sang Bastian

Youlo Wujohktsang

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XIII
Autorinnenverzeichnis	XXIII
Herausgeberinnenverzeichnis	XXV

Teil 1: Gleichstellung der Geschlechter und Legal Gender Studies	1
---	----------

Tonia Graf / Nina Laukenmann Die Lohngleichheit in der Schweiz: Verbesserungsmöglichkeiten?	3
---	---

Julia Meier Gleichstellung der Geschlechter vor Gericht – strategische Prozessführung und die schweizerische Verfassungsordnung	17
--	----

Caroline Rausch Wer handelt, wenn die Gesetzgebung untätig bleibt?	33
---	----

Teil 2: Gleichheit der Individuen	47
--	-----------

Marisa Beier Der Beitrag der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte zur Armutsbekämpfung in der Schweiz	49
--	----

Irina Lehner Are Direct-Democratic Political Rights Used to Combat Inequality?	65
--	----

Nebojsa Mijatovic Political Rights of Foreigners: An Issue to be Tackled on the Basis of Human Dignity?	87
---	----

Martin Wilhelm Rechtsgleiche Zulassung von Privaten zur Nutzung von Verwaltungsvermögen	101
---	-----

<hr/>	
Gian Ege / Selma Kuratle	
Doppelmoral in der Gesetzgebung	117
<hr/>	
Teil 3: Gleichheit zwischen Individuen	131
<hr/>	
Ada Sofie Altobelli / Anna Karczewski	
Patentanmeldung – (Un-)Gleichberechtigung natürlicher und künstlicher Intelligenz?	133
<hr/>	
Carole Bruttin	
Gleich und doch anders: Partizipation von Kindern in familienrechtlichen Verfahren	145
<hr/>	
Christoph Burckhardt	
Gleichbehandlung und Ungleichbehandlung im Aktienrecht ..	161
<hr/>	
Christoph Mettler	
Gleichheit und Privatautonomie im Erbrecht: Überlegungen zur Gesetzesrevision	181
<hr/>	
Teil 4: Gleichheit der Staaten	195
<hr/>	
Lea Ina Schneider	
State Consent in International Law—An Obstacle to Effective International Problem-Solving?	197
<hr/>	
Nachwort	211

Abkürzungsverzeichnis

a	alt (= alte Fassung eines Gesetzes) (gefolgt vom betreffenden Gesetz [z.B. aDSG])
a.a.O.	am angegebenen Ort
al.	alinéa (= Absatz)
a.M.	anderer Meinung
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz, Absätze
abV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874.
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Tübingen)
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948, UN Doc. A/Res/217 A (III) der UNO-Generalversammlung
AG	Aktiengesellschaft; Kanton Aargau
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AI	Artificial Intelligence (= Künstliche Intelligenz)
AISUF	Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zürich)
aka	also known as
AmtlBull.	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung(en)
AO EPÜ	Ausführungsordnung zum Europäischen Patentübereinkommen vom 7. Dezember 2006 (SR 0.232.142.21)
art.	article(s)
Art.	Artikel (im Singular oder Plural)
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ASA	Archiv für Schweizerisches Abgaberecht (Bern)
ASR	Abhandlungen zum schweizerischen Recht (Bern)
AppGer	Appellationsgericht
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts (Tübingen)
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesamt für Gesundheit
BAK	Bundesamt für Kultur
BAZL	Bundesamt für Zivilluftfahrt
BBl.	Bundesblatt
Bd.	Band

BE	Kanton Bern
BEG	Bundesgesetz vom 3. Oktober 2008 über Bucheffekten (Bucheffektengesetz, SR 957.1)
BEHG	Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, SR 954.1)
betr.	betreffend
BFS	Bundesamt für Statistik
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896 (in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002)
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGer	Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (SR 173.110)
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
BGS	Bereinigte Gesetzessammlung des Kantons Zug
BIP	Bruttoinlandprodukt
BJ	Bundesamt für Justiz
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel)
BK	Berner Kommentar
BL	Basic Law of the Federal Republic of Germany (=Deutsches Grundgesetz)
BLaw	Bachelor of Law
BN	Der bernische Notar, Zeitschrift des Verbandes bernischer Notare (Langenthal)
Bot.	Botschaft des Bundesrates
BöB	Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.1)
BPatGer	(schweizerisches) Bundespatentgericht
BPR	Bundesgesetz vom 17. Dezember 1976 über die politischen Rechte (SR 161.1)
BR	Bundesrat
BSK	Basler Kommentar
Bsp.	Beispiel(e)
bspw.	beispielsweise
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)

BVerfGE	Entscheide des Deutschen Bundesverfassungsgerichts (Amtliche Sammlung)
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CapLaw	Swiss Capital Markets Law
CEDAW	Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (SR. 0.108)
cf.	confer (=vergleiche)
CHE	Schweiz
CHF	Schweizer Franken
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CO	Concluding Observations / Abschliessende Bemerkungen
CR	Commentaire Romand
d.h.	das heisst
DE	Deutschland
ders.	derselbe (Autor)
dies.	dieselbe (Autorin), dieselben (Autoren)
DIGMA	Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit (Zürich)
Diss.	Dissertation
Doc.	Document
Dr. iur.	Doktor der Rechte
dRSK	Digitaler Rechtsprechungskommentar
DSG	Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (SR 235.1)
DSGVO	Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung, ABl. 2016 L 119/1)
E	Entwurf (gefolgt vom betreffenden Gesetz [z.B. E-DSG])
E.	Erwägung(en)
EBG	Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Mann und Frau
E.g.	exempli gratia (=zum Beispiel)
EBK	Eidgenössische Bankenkommission
EC	European Community (=Europäische Gemeinschaften)
ECGI	European Corporate Governance Institute
ECHR	European Convention on Human Rights (=EMRK)
ECtHR	European Court of Human Rights (=EGMR)
ed.	edition/editor (=Auflage/Herausgeberin)
eds.	Editors (=Herausgeberinnen)
EDA	Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten

EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EKKJ	Eidgenössische Kommission für Kinder- und Jugendfragen
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101)
EntgTranspG	Entgelttransparenzgesetz vom 30. Juni 2017
EÖBV	Verordnung vom 8. Dezember 2017 über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronische Beglaubigungen (SR 211.435.1)
EP	Entscheidung(en) des Europäischen Patentamts
EPA	Europäisches Patentamt
ESchStR	Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht
et al.	et alia/aliae/alii (= und andere)
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
exkl.	exklusive
f.	folgend/e/er/es
Famkomm	Familienkommentar
FamPra.ch	Die Praxis des Familienrechts
Fedpol	Bundesamt für Polizei
ff.	und die folgenden
FinfraG	Bundesgesetz vom 19. Juni 2015 über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (Finanzmarktinfrastukturgegesetz, SR 958.1)
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FMedG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1998 über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizinengesetz, SR 810.11)
Fn.	Fussnote(n)
FS	Festschrift
GC	General Comment
GesKR	Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen (Zürich)
ggf.	gegebenenfalls
GGK	Grundgesetzkommentar zum Deutschen Grundgesetz
gl.M.	gleicher Meinung
GLG	Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24. März 1995 (Gleichstellungsgesetz, SR 151.1)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
grds.	grundsätzlich

GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht International
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
HAVE	Haftung und Versicherung (Zürich)
HRegV	Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (SR 221.411)
Hrsg.	Herausgeber(in)/Herausgeber(innen)
bid	Ibidem; the same
ICJ(-Statute)	(Statute of the) International Court of Justice
ICO	Initial Coin Offering
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinne
IGE	Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum
IGH	Internationaler Gerichtshof der Vereinten Nationen
IGH-Statut	Statut des Internationalen Gerichtshofs vom 26. Juni 1945 (SR O.193.501)
i.S.	im Sinne; in Sachen
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
JdT	Journal des Tribunaux (Lausanne)
KAG	Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagegesetz, SR 951.31)
Kap.	Kapitel
KESB	Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde
KG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, SR 251)
KGer	Kantonsgericht
KI	Künstliche Intelligenz
Komm.	Kommentar
KKG	Bundesgesetz vom 23. März 2001 über den Konsumkredit (SR 221.214.1)
LeGes	Gesetzgebung & Evaluation: Mitteilungsblatt der Schweizerischen Gesellschaft für Gesetzgebung (SGG) und der Schweizerischen Evaluationsgesellschaft (SEVAL) (Bern)
lit.	litera (= Buchstabe, lettera)
LL.M.	Master of Laws
LSE	Lohnstrukturhebung

m.a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
m.H.	mit Hinweis(en)
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
Mia.	Milliarde(n)
Mio.	Million(en)
MLaw	Master of Law
MMI	Marie Meierhofer Institut für das Kind
MMR	MultiMedia und Recht
N	Note(n)
n.	note (=Anmerkung)
NATO	North Atlantic Treaty Organization (= Organisation des Nordatlantikvertrags)
NEK	Nationale Ethikkommission im Bereich Humanmedizin
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
No.	number (=Nummer)
not@lex	Revue de droit privé et fiscal du patrimoine (Lausanne)
Nr.	Nummer(n)
NR	Nationalrat
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zürich)
odgl.	oder dergleichen
OFK	Orell Füssli-Kommentar, Zürich
OGer	Obergericht
OHCHR	UN Office of the High Commissioner for Human Rights
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
p./pp.	page/pages (=Seite/-n)
para.	paragraph (=Absatz)
ParlG	Bundesgesetz über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG) vom 13. Dezember 202 (SR 171.10)
PC	Petit commentaire
P.C.I.J.	Permanent Court of International Justice
Para./s.	Paragraph(s)
PatG	Bundesgesetz über die Erfindungspatente vom 25. Juni 1954 (Patentgesetz, SR 232.14)
PatV	Verordnung über die Erfindungspatente vom 19. Oktober 1977 (Patentverordnung, SR 232.141)
Pra	Die Praxis (Basel)
PraxKomm	Praxiskommentar (Erbrecht)

Prof.	Professor/in
RDAF	Revue de droit Administratif et de droit Fiscal (Lausanne)
Rep.	Report
resp.	respektive
RPG	Bundesgesetz über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (SR 700)
Rev. Sociétés	Revue des Sociétés (Dalloz, Paris)
RTVG	Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (SR 784.40)
Rz.	Randziffer(n)
s.	siehe
S.	Seite; Satz
SchKG	Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1)
SchlT	Schlusstitel
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Ser.	Series
SGK	St. Galler BV-Kommentar
SHK	Stämpflis Handkommentar
sic!	Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht (Zürich)
SIWR	Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
SJ	La Semaine Judiciaire (Genf)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SK	Schulthess Kommentar
SKMR	Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz (EuGH)
sog.	sogenannt/e/er/es
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts; Ständerat
SRG	Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft
ST	Der Schweizer Treuhänder (Zürich)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung, SR 312.0)
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge

SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (Zürich)
TPF	Tribunale penale federale (= Bundesstrafgericht)
TFEU	Treaty on the Functioning of the European Union (=Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union)
u.	unten
u.a.	und andere/m/er/es; unter anderem
udgl.	und dergleichen
u.E.	unseres Erachtens
U.N.T.S.	United Nations Treaty Series
UN	United Nations (= Vereinte Nationen)
UNSC	United Nations Security Council
UN-Charta	Charta der Vereinten Nationen vom 26. Juni 1945 (SR 0.120)
UNICEF	United Nations International Children's Emergency Fund
UNO	United Nations Organization (= Organisation der Vereinten Nationen)
UNO-Pakt I	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966 (SR 0.103.1)
UNO-Pakt II	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (SR 0.103.2)
URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. Oktober 1992 (SR 231.1)
USA / US	United States of America (= Vereinigte Staaten von Amerika)
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
UVEK	Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation
UWG	Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (SR 241)
v.	versus (=gegen)
v.a.	vor allem
VE	Vorentwurf (gefolgt vom betreffenden Gesetz [z.B. VE-DSG])
VGer	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung(en)
WEF	World Economic Forum
WEKO	Wettbewerbskommission
WHO	World Health Organization (= Weltgesundheitsorganisation)
WIPO	World Intellectual Property Organization (= Weltorganisation für geistiges Eigentum)

WSK-Ausschuss	— Committee on Economic, Social and Cultural Rights / Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte
WSK-Rechte	wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte
WTO	World Trade Organization (= Welthandelsorganisation)
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (Wädenswil)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (Zürich)
ZD-Aktuell	Zeitschrift für Datenschutz - Newsdienst ZD-Aktuell
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (München/Frankfurt)
ZG	Kanton Zug
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZH	Kanton Zürich
Ziff.	Ziffer(n)
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZKE	Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz
ZÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (Bern)
ZVW	Zeitschrift für Vormundschaftswesen (heute ZKE)

Autorinnenverzeichnis

ADA SOFIE ALTOBELLI studierte Rechtswissenschaft an der Universität Zürich und Lausanne und schloss 2015 ihren MLaw (UZH-UNIL) ab. Sie doktoriert im Bereich des Immaterialgüterrechts und Schiedsverfahren und ist am Lehrstuhl für Wirtschafts- und Handelsrecht von Prof. Dr. iur. Peter Picht (LL.M Yale) tätig.

MARISA BEIER ist Doktorandin an der Universität Zürich. Sie forscht im Rahmen des universitären Forschungsschwerpunktes «Equality of Opportunity» in den Themenbereichen Armut, Menschenrechte und Recht auf angemessene Unterkunft. Marisa Beier studierte Rechtswissenschaften in Freiburg i.Ü. und Stockholm und arbeitete am Lehrstuhl von Prof. Dr. Regina Kiener.

CHRISTOPH BURCKHARDT ist Advokat in Basel und Doktorand an der Universität Zürich. Von April 2017 bis März 2019 arbeitete er als wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Privat- und Wirtschaftsrecht von Prof. Dr. Hans-Ueli Vogt. Im Rahmen seiner Dissertation entwickelt er ein Konzept zur Einführung von Loyalitätsaktien im schweizerischen Recht.

CAROLE BRUTTIN war nach dem Studium in einer Anwaltskanzlei und bei einer Pensionskasse und anschliessend von 2013 bis 2020 an einem Bezirksgericht tätig. Seit März 2020 arbeitet sie als wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl für Zivilrecht und Zivilverfahrensrecht von Prof. Dr. Margot Michel. Ferner hat sie eine Ausbildung zur Mediatorin absolviert und ist nebenamtliche Ersatzrichterin.

GIAN EGE ist Oberassistent für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. 2012 schloss er das Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Zürich ab. 2017 folgte die Promotion an der gleichen Universität.

TONIA GRAF studiert seit 2016 Rechtswissenschaften an der Universität Zürich. Seit 2020 arbeitet sie am Lehrstuhl von Prof. Dr. Andreas Kley für öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte.

ANNA KARCZEWSKI studierte Rechtswissenschaft an der Universität Zürich und schloss 2020 den Mlaw ab. Sie war bis Ende September 2020 als Hilfsassistentin am Lehrstuhl für Wirtschafts- und Handelsrecht von Prof. Dr. iur. Peter Picht (LL.M Yale) tätig.

SELMA KURATLE ist Hilfsassistentin am Lehrstuhl Schwarzenegger an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Sie studiert Rechtswissenschaften an der Universität Bern.

NINA LAUKENMANN studiert seit 2015 Rechtswissenschaften an der Universität Zürich. Seit 2020 arbeitet sie am Lehrstuhl von Prof. Dr. Andreas Kley für öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte.

IRINA LEHNER is a research assistant at the Chair of Prof. Glaser, Centre for Democracy Studies Aarau. She is finishing her Double Degree at the University of Zurich (MLaw) and King's College London (LL.M.). Afterwards, she will return to pursue a PhD at the Centre for Democracy Studies.

JULIA MEIER ist Doktorandin an der Universität Zürich. Ihr Dissertationsprojekt zum Schweizerischen Verfassungsrecht wird vom Schweizerischen Nationalfonds mit einem Doc.CH Stipendium unterstützt. Sie studierte Rechtswissenschaften in Zürich, Lausanne und Hong Kong und arbeitete an den Lehrstühlen von Prof. Dr. Marcel Senn und Prof. Dr. Johannes Reich.

CHRISTOPH METTLER studierte Rechtswissenschaften an der Universität Zürich. Nach Abschluss des Studiums arbeitete er als Substitut in einer Zürcher Wirtschaftskanzlei sowie als Gerichtsschreiber am Bezirksgericht Meilen. Von April 2019 bis April 2021 war er Assistent am Lehrstuhl für Zivilverfahrensrecht- und Privatrecht von Prof. Ulrich Haas. Seit Juni 2021 arbeitet er als Anwalt in Zürich.

NEBOJSA MIJATOVIC studierte von 2011 bis 2016 Rechtswissenschaften an der Universität Zürich. Er ist momentan Assistent und Doktorand am Lehrstuhl von Prof. Dr. Matthias Mahlmann. Seine Forschungsschwerpunkte liegen in den Bereichen des vergleichenden Verfassungsrechts, Völkerrechts, der Demokratie und der Menschenwürde.

CAROLINE RAUSCH studierte Rechtswissenschaften an der Universität Zürich und im Rahmen von Austauschaufenthalten auch an der Universität Maastricht und an der Sciences Po in Paris. Sie ist als wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Glaser für Staats-, Verwaltungs- und Europarecht tätig. In ihrer Dissertation befasst sie sich mit Ausgleichsmechanismen bei gesetzgeberischem Unterlassen.

LEA INA SCHNEIDER hat als wissenschaftliche Mitarbeiterin bei Prof. Dr. Marcel Senn und Prof. Dr. Andreas Kley an der Universität Zürich gearbeitet. Sie hat einen LL.M. vom King's College London und einen MLaw von der

Universität Zürich. Derzeit arbeitet sie als wissenschaftliche Mitarbeiterin bei Prof. Dr. Andreas Kley und promoviert bei Prof. Dr. Christine Kaufmann im Bereich Business and Human Rights.

MARTIN WILHELM hat Rechtswissenschaften (MLaw UZH) und Kommunikationswissenschaften (BA ZFH) in Zürich, Winterthur und Berlin studiert und ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Rechtsetzungslehre von Prof. Dr. Felix Uhlmann an der Universität Zürich.

Herausgeberinnenverzeichnis

LUKAS HUSSMANN studierte Jus und Politikwissenschaften an den Universitäten Wien und Paris II Panthéon-Assas. Seit 2017 ist er als wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Zivilverfahrensrecht, Privatrecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung (Prof. Dr. Tanja Domej) tätig und verfasst eine rechtsvergleichende Dissertation zum internationalen Streitgenossinnengerichtsstand.

NICOLE NICKERSON studierte Rechtswissenschaften an der Universität Zürich und (im Rahmen eines LL.M. Programms) am King's College London. Sie ist als wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl für Philosophie und Theorie des Rechts, Rechtssoziologie und Internationales Öffentliches Recht (Prof. Dr. Matthias Mahlmann) tätig und verfasst eine Dissertation zum Konzept der menschlichen Natur im Recht.

AREZOO SANG BASTIAN studierte Rechtswissenschaften und Islamwissenschaften an der Universität Zürich und Strassburg. Sie ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl Prof. Dr. Dr. h.c. Andrea Büchler und ist Geschäftsführerin des Center for Islamic and Middle Eastern Legal Studies (CIMELS). In ihrer Dissertation befasst sie sich mit den Organtransplantationsgesetzen der islamischen Welt.

YOULO WUJOHKSANG studierte Rechtswissenschaften an der Universität Zürich und an der Université Paris X Nanterre. Sie ist als wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl für Philosophie und Theorie des Rechts, Rechtssoziologie und Internationales Öffentliches Recht (Prof. Dr. Matthias Mahlmann) tätig und verfasst eine Dissertation zum Verhältnis von Emotionen und Vernunft im Recht.

Teil 1:

**Gleichstellung
der Geschlechter
und Legal
Gender Studies**

Tonia Graf / Nina Laukenmann

Die Lohngleichheit in der Schweiz: Verbesserungsmöglichkeiten?

I.	Einleitung	4
II.	Rechtliche Grundlagen: Gleicher Lohn für gleiche Arbeit	5
	1. Verfassungsmässiger Grundsatz	5
	2. Gleichstellungsgesetz	6
	3. Lohngleichheitsanalyse	7
III.	Die faktische Situation: Die Lohnungleichheit in der Schweiz ...	7
	1. Analyse in der Schweiz	7
	2. Aktuelle Zahlen	8
	3. Kritik	9
IV.	Rechtliche Verbesserungsmöglichkeiten	10
	1. Die internationale Lage	11
	2. Anregungen für die Schweiz	13
V.	Fazit	14

I. Einleitung

«Gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit.» So steht es in Art. 8 Abs. 3 der Bundesverfassung¹, und dennoch war dies noch immer eine der Forderungen des Frauen*streiks, an dem sich am 14. Juni 2019 über eine halbe Million Menschen in der Schweiz beteiligt haben.² Seit 1981 ist der Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit in der Schweizerischen Bundesverfassung verankert und seit 24 Jahren gibt es das Gleichstellungsgesetz dazu. Seit 39 Jahren also fordert die Bundesverfassung, dass Frauen gleich entlohnt werden für die Leistung gleichwertiger Arbeit wie ihre Arbeitskollegen.

In einem gesellschaftlichen System, in dem Entscheidungen regelmässig vom Faktor Geld beeinflusst werden, spielt Lohngleichheit in Bezug auf Chancengleichheit eine wichtige Rolle. Der Geschlechtergleichstellung kommen wir als Gesellschaft dann näher, wenn persönliche Entscheidungen losgelöst von geschlechtsbedingt tieferen Löhnen getroffen werden können. Denn nur wer über die nötigen finanziellen Ressourcen verfügt, kann unabhängig handeln.

Vor diesem Hintergrund fragt dieser Beitrag, wie es in der Schweiz um die geschlechtsspezifische Lohnungleichheit steht und wie sie mit Hilfe des Rechts überwunden werden könnte. Hierfür widmet er sich der rechtlichen Lage in der Schweiz (II). Zudem wird ein Blick auf die tatsächliche Situation in der Schweiz geworfen, um zu prüfen, ob eine Lohnungleichheit zwischen Mann und Frau besteht (III). Für diese Analyse wurden die vom Bundesamt für Statistik erhobenen Daten zur Lohndifferenz herangezogen. Damit soll aufgezeigt werden, ob der Verfassungsauftrag zur Gleichstellung erfüllt wird. Dies führt schlussendlich zu einer Diskussion über allfällig notwendige Reformschritte des Rechts (IV). Dazu werden rechtliche Instrumente anderer Staaten analysiert und wird anhand dieser der Frage nachgegangen, ob das Recht der Schweiz genügend gegen Lohnungleichheiten vorgeht.

1 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101).

2 Schweizerischer Gewerkschaftsbund, Starkes Signal für rasche Gangart bei der Gleichstellung.

II. Rechtliche Grundlagen: Gleicher Lohn für gleiche Arbeit

1. Verfassungsmässiger Grundsatz

Mit dem Inkrafttreten von Art. 4 Abs. 2aBV³ im Jahr 1981 erhielt die Schweiz ihren Geschlechtergleichheitssatz, der heute in Art. 8 Abs. 3 BV wiedergegeben ist.⁴ Demnach sind Frau und Mann gleichberechtigt (Satz 1), und das Gesetz sorgt für ihre rechtliche und tatsächliche Gleichstellung in allen Lebensbereichen (Satz 2). Bei Satz 2 handelt es sich um einen Gesetzgebungsauftrag, der sich an die Gesetzgeber von Bund, Kantonen und Gemeinden richtet.⁵ Die Behörden müssen das Diskriminierungsverbot nicht bloss einhalten, sondern sind auch zu dessen Förderung verpflichtet.⁶ So wurde in der Botschaft zum Gleichstellungsgesetz im Jahr 1993 festgehalten, dass der Gesetzgeber in den Bereichen, wo Frauen noch stark benachteiligt seien, Massnahmen ergreifen müsse, die der Förderung der Chancengleichheit dienen. Denn die formell-rechtliche Gleichheit genüge nicht für die Herstellung der tatsächlichen Gleichheit.⁷ Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV verankert das Recht auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit. Der Anspruch ist individuell einklagbar und gilt sowohl gegenüber öffentlichen wie auch privaten Arbeitgeberinnen.⁸ Dieser Verfassungssatz entfaltet ausnahmsweise direkte Drittwirkung im Verhältnis unter Privaten.⁹

3 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874.

4 BSK-BV-WALDMANN, in Bernhard Waldmann / Eva Maria Belser / Astrid Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. BSK-BV-VERFASSERIN), Art. 8 N 95.

5 BSK-BV-WALDMANN, (Anm. 4), Art. 8 N 108.

6 GIG-KAUFMANN, in Claudia Kaufmann / Sabine Steiger-Sackmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl., Basel 2009 (zit. GIG-VERFASSER/IN), Hintergrund und Entstehung des Gesetzes, N 4.

7 Botschaft zum Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz) und zum Beschluss über die Genehmigung einer Änderung der Verordnung über die Zuweisung der Ämter an die Departemente und der Dienste an die Bundeskanzlei, BBl 1993 I 1248, 1321.

8 BSK-BV-WALDMANN, (Anm. 4), Art. 8 N 114; GIOVANNI BIAGGINI, BV Kommentar, 2. Aufl., Zürich, 2017, Art. 8 N 33.

9 BIAGGINI, (Anm. 8), Art. 8 N 33; GIG-KAUFMANN, (Anm. 6), Hintergrund und Entstehung des Gesetzes, N 5.

2. Gleichstellungsgesetz

Am 1. Juli 1996 trat das Gleichstellungsgesetz in Kraft.¹⁰ Dieses will gemäss Art. 1 GlG die tatsächliche Gleichstellung von Mann und Frau.

Der verfassungsrechtliche Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit wird in Art. 3 GlG wiederholt und konkretisiert. Dieser, sowie auch der in der Verfassung festgehaltene Grundsatz, verbietet jegliche direkte oder indirekte lohnmässige Benachteiligung aufgrund des Geschlechts.¹¹ Nach Art. 5 Abs. 1 lit. d GlG kann mittels Gleichstellungsklage die Zahlung des geschuldeten Lohns verlangt werden.¹²

Gemäss Bundesgericht liegt eine Lohndiskriminierung vor, wenn die Entlohnung einer Person, verglichen mit jener einer Person des anderen Geschlechts, für gleichwertige Arbeit geringer ausfällt oder wenn «zum Nachteil eines geschlechtstypisch identifizierten Berufs Lohnunterschiede bestehen, welche nicht sachbezogen in der Arbeit selber begründet sind»¹³.

Verboten ist gemäss Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV insbesondere eine Lohndiskriminierung bei verschiedener, aber gleichwertiger Arbeit¹⁴, aber auch die Bezahlung eines unverhältnismässig tieferen Lohns bei ungleichwertiger Arbeit ist verboten. Eine Differenz im Lohn ist nur zulässig, wenn ein tatsächlicher Unterschied im Wert der Arbeit vorliegt.¹⁵ Von Gleichwertigkeit wird gesprochen, wenn bezüglich Leistung, Anforderungen und Verantwortung vergleichbare Arbeit vorliegt.¹⁶ Entscheidend ist, dass der Vergleich der Löhne zwischen den Geschlechtern erfolgen muss.¹⁷ Somit hat die Betroffene darzulegen, dass die Lohndifferenz einzig durch das unterschiedliche Geschlecht erklärbar ist.¹⁸

Der Rechtsweg für Lohngleichheitsklagen kann nur wahrgenommen werden, wenn die relevanten Informationen vorhanden sind. Auf diese Problematik wird in Kapitel IV näher eingegangen.

10 Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24. März 1995 (GlG, SR 151.1).

11 BGer, 8C_119/2015, 7. Dezember 2015, E. 4.2; BGer, 8C_598/2019, 21. Januar 2020, E. 5.4.

12 GlG-RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, (Anm. 6), Art. 5 N 19.

13 BGE 125 III 368 E. 3 und BGE 124 II 409 E. 8a.

14 BGE 142 II 49 E. 6.2.

15 GlG-FREIVOGEL, (Anm. 6), Art. 3 N 95.

16 SUSY STAUBER-MOSER, Lohngleichheit und bundesgerichtliche Rechtsprechung, AJP 2006, 1352-1363, S. 1357.

17 GlG-FREIVOGEL, (Anm. 6), Art. 3 N 98.

18 STAUBER-MOSER, (Anm. 16), S. 1355; BGE 142 II 49 E. 6.2.

3. Lohngleichheitsanalyse

Seit dem Inkrafttreten des GlG hatte sich der Text bis zum 1. Juli 2020 kaum geändert. Neu in Kraft getreten sind Art. 13a ff. GlG, die eine vierjährige Lohngleichheitsanalyse vorsehen, sollte das Unternehmen zu Beginn des Jahres hundert oder mehr Arbeitnehmerinnen beschäftigen. Gemäss Art. 13a Abs. 3 GlG wird das Unternehmen von einer weiteren Lohngleichheitsanalyse befreit, wenn die ersten Ergebnisse gezeigt haben, dass die Lohngleichheit eingehalten wird. Von dieser Massnahme sind in der Schweiz 0.9 Prozent der Unternehmen betroffen und 46 Prozent der Angestellten.¹⁹ Es ist weder eine Sanktionierung vorgesehen, noch wird eine Liste geführt mit Betrieben, deren Lohnanalyse negativ ausgefallen ist.

Wäre es nach dem Entwurf des Bundesrates gegangen, so läge der Schwellenwert bei 50 Beschäftigten, und auch die Befreiung von der Analyse, wenn diese positiv ausfällt, war in der vom Bundesrat vorgeschlagenen Änderung des Gleichstellungsgesetzes nicht vorgesehen.²⁰

Sowohl auf Verfassungs- als auch auf Gesetzesstufe ist der Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit verankert. Ob diese formell-rechtliche Gleichstellung auch effektiv umgesetzt wurde, wird im folgenden Kapitel untersucht.

III. Die faktische Situation: Die Lohnungleichheit in der Schweiz

1. Analyse in der Schweiz

Die Lohndifferenzen zwischen Männern und Frauen werden vom Staat auf drei Ebenen analysiert: Auf individueller Ebene, betrieblicher Ebene und nationaler Ebene.²¹ Auf der individuellen Ebene erfolgt die Analyse durch ein Gerichtsverfahren, wobei das GlG als rechtliche Grundlage herangezogen wird. Die zuständige Behörde ist dabei das Gericht. Auf betrieblicher Ebene wird der geschlechtsspezifische Lohnunterschied anhand von Lohnkontrollen im

19 WBKS, Medienmitteilung vom 11. Oktober 2018.

20 Entwurf zum Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GlG), BBl 2017 5553, 5553.

21 CLAUDIO MARTI WHITEBREAD, Lohngleichheit zwischen Mann und Frau: eine Auslegung, AJP 2015, 1551-1558, S. 1552.

Beschaffungswesen analysiert (Art. 8 Abs. 2 BÖB²²).²³ Ein Betrieb kann nur am Beschaffungswesen des Bundes teilnehmen, wenn bei ihm Lohngleichheit gegeben ist (Art. 8 Abs. 1 lit. c BÖB). Gestützt wird diese Lohnkontrolle auf das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BÖB). Die dafür zuständige Behörde ist das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung zwischen Mann und Frau (EBG). Das Ergebnis der Lohnkontrolle dient nicht als Nachweis dafür, dass generell keine individuelle Lohndiskriminierung nach GLG vorliegt. Die Lohnkontrolle kann nämlich nur eine systematische Diskriminierung aufzeigen, was dazu führt, dass eine individuelle und auf Gruppen bezogene Diskriminierung nicht ausgeschlossen werden kann.²⁴

Um eine bessere Einsicht in die aktuelle Lage der Lohnungleichheit in der Schweiz zu erhalten, ist die dritte Ebene der Analyse zur geschlechtsspezifischen Lohndifferenz relevant. Dabei wird die nationale Lohnstrukturerhebung (LSE) berücksichtigt, die das Bundesamt für Statistik (BFS) durchführt. Es werden geschlechtsspezifische Lohnunterschiede und deren Entwicklung auf einer gesamtwirtschaftlichen Ebene eruiert.²⁵ Seit 2005 werden regelmässig Analysen auf Grundlage der LSE im Auftrag des BFS durchgeführt. Dabei sind Lohndifferenzen zentral, die nicht anhand objektiver Kriterien erklärt werden können.²⁶ Ausführungen dazu folgen im nächsten Kapitel.

2. Aktuelle Zahlen

Die aktuellste Analyse des BFS basiert auf der LSE 2016. Diese bezieht sich auf rund 3,5 Millionen Personen, die in der Schweiz beschäftigt sind. Der Frauenanteil der Schweizer Gesamtwirtschaft beträgt 44 Prozent.²⁷ Die 2016 am Durchschnitt gemessene Lohndifferenz beträgt 18,3 Prozent. Demzufolge verdienen Frauen monatlich CHF 1455 weniger als Männer. Dabei können 56 Prozent der Differenz anhand objektiver Faktoren erklärt werden. Damit gemeint sind Faktoren wie beispielsweise berufliche Stellung, Ausbildungsniveau oder Dienstjahre. Für 44 Prozent der Lohndifferenz gibt es keine objektiv messbare Begründung. Dies führt zur Schlussfolgerung, dass Frauen

22 Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BÖB, SR 172.056.1).

23 EBG, Richtlinie: Kontrolle der Einhaltung der Lohngleichheit zwischen Frau und Mann im Beschaffungswesen des Bundes.

24 Beschaffungskonferenz des Bundes, (Anm. 23), Ziff. 5 Abs. 5.

25 WHITEBREAD, (Anm. 21), S. 1556.

26 BFS, Analyse der Lohnunterschiede anhand der Schweizerischen Lohnstrukturerhebung (LSE) 2016, Neuenburg 2019, S. 5.

27 BFS, Analyse der Lohnunterschiede, (Anm. 26), S. 6.

in der Schweiz durchschnittlich bei vergleichbaren, beobachtbaren Merkmalen 7,7 Prozent weniger verdienten als Männer. Dies entspricht einer Lohn Differenz von CHF 642 pro Monat.²⁸ Regionale Unterschiede waren interessanterweise nicht im Fokus der Medien²⁹, obwohl sich grosse Abweichungen zeigen. 2016 ist in der Genferseeregion (12,6 Prozent) die Lohndifferenz (erklärbarer und unerklärbarer Anteil) über zehn Prozentpunkte geringer als in Zürich (22,8 Prozent), wo sie mit Abstand am grössten ist.³⁰ Warum die Lohndifferenz in der Westschweiz kleiner ist als in der Deutschschweiz, ist nicht klar. Eine Erklärung dafür könnte sein, dass die Genferseeregion arbeitsrechtlich stärker von Frankreich beeinflusst wird und arbeitende Mütter gesellschaftlich generell mehr Akzeptanz finden.³¹

2018 verdienten Frauen in der Schweiz, gemessen am Median, immer noch 11,5 Prozent weniger als Männer.³² Dies entspricht dem Lohnunterschied zwischen Männern und Frauen im privaten und öffentlichen Sektor zusammen. Nimmt man den Median des monatlichen Bruttolohns, entspricht dies einer Lohndifferenz von rund CHF 790.³³ Die Analyse der Lohnunterschiede anhand der LSE zu den Zahlen von 2018 ist noch nicht erschienen, weshalb noch nicht ausgemacht werden kann, welcher Anteil der Lohndifferenz erklärbar ist und welcher nicht. Vergleicht man jedoch die Lohnunterschiede gemessen am Median der letzten Jahre, erkennt man, dass sich in den vergangenen zwölf Jahren die Differenz nur geringfügig verändert hat (Median von 2006: 16,3 Prozent bis 2018: 11,5 Prozent).

3. Kritik

Die Analyse wird auf Durchschnittswerte reduziert. Dabei wird die Aussagekraft stark dadurch beeinflusst, welche Daten berücksichtigt und analysiert werden. Es spielt eine grosse Rolle, welche Informationen überhaupt erhoben werden, denn das Resultat ist der direkte Spiegel der analysierten Informationen. Da die Erhebung der Daten anhand aller möglichen Faktoren, die mit dem Lohn im Zusammenhang stehen, kaum möglich ist, kann die Untersuchung

28 EBG, Plattform Lohngleichheit, Zahlen und Fakten.

29 ANTONIO FUMAGALLI, Der Röstigraben bei der Lohndifferenz, NZZ vom 13. Juni 2019, S. 14.

30 BFS, Lohnunterschiede zwischen Frauen und Männern: Evaluation alternativer statistischer Methoden und der Integration weiterer Faktoren aus administrativen Registern der Schweiz, Neuenburg 2019, S. 8.

31 FUMAGALLI, (Anm. 29), S. 14.

32 BFS, Lohnunterschied.

33 BFS, Lohnunterschied, (Anm. 30).

nur überschaubare und reduzierte Daten berücksichtigen.³⁴ Die Analyse des BFS ist somit unweigerlich Kritik ausgesetzt. Einer der Hauptkritikpunkte macht geltend, dass die Zahlen mangelhaft seien, weil bei deren Erfassung die Erwerbsunterbrüche nicht berücksichtigt werden.³⁵ Da Frauen häufiger eine Berufspause einlegen, kann dies durchaus zu einer Überschätzung des unerklärbaren Lohnunterschieds führen. Aufgrund vermehrter Kritik zur Analyse des BFS wurde 2014 ein Postulat vom Nationalrat überwiesen, welches die Überprüfung der Analyse forderte.³⁶ Daraufhin fand eine Untersuchung der Methodik statt, und es wurde befunden, dass die verwendeten Faktoren, die dazu dienen, den Lohnunterschied zu erklären, beibehalten werden sollen und dass sie dem aktuellen Stand der Wissenschaft entsprechen.³⁷ Aus der Beurteilung, ob noch weitere Variablen berücksichtigt werden sollten, wurde die Erkenntnis gezogen, dass zusätzlichen Variablen durchaus hohes Erklärungspotenzial hätten, der Erhebungsaufwand dafür allerdings zu hoch wäre und die Qualität der Informationen nicht mehr gewährleistet werden könnte.³⁸ Die Analyse bleibt umstritten, an der Methodik hat sich bis zum heutigen Stand nichts geändert.

Die faktische Analyse der Situation in der Schweiz, aufgezeigt mittels Daten des Bundes, bezeugt, dass offensichtlich noch Lohnungleichheiten zwischen den Geschlechtern bestehen. Im folgenden Kapitel wird über mögliche Verbesserungsmöglichkeiten nachgedacht, wobei Modelle anderer Länder genauer betrachtet werden.

IV. Rechtliche Verbesserungsmöglichkeiten

Der Anspruch auf gleiche Entlohnung für Frau und Mann ist sowohl auf Verfassungsebene wie auch auf gesetzlicher Ebene verankert. Die Realität ist jedoch noch immer von Ungleichheiten geprägt. Auch 40 Jahre nachdem der Anspruch in der Verfassung verankert wurde, ist das Ziel noch nicht erreicht.

34 CHRISTIAN MADUZ, *Lohndiskriminierung zwischen Frau und Mann: kritische Würdigung der Regressionsanalyse*, AJP 2015, 437-446, S. 444.

35 NICOLE RÜTTI, *Dem unerklärten Lohnunterschied auf der Spur*, NZZ vom 22. August 2015, S. 29.

36 Postulat Noser (14.3388) «Erhebung zur Lohnungleichheit. Verbesserung der Aussagekraft» 2. Juni 2014.

37 CHRISTINA FELFE, *Studie zu den statistischen Analysen der Eidgenossenschaft betreffend die Lohnungleichheit von Frau und Mann – Schlussbericht*, St. Gallen/Zürich 2015, S. 6.

38 FELFE, (Anm. 37), S. 83.

Wie in Kapitel 2 aufgezeigt, sinkt die Differenz zwischen den Löhnen, die Veränderung fällt jedoch bislang nur geringfügig aus. Der Bundesrat stellte in seiner Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann fest, dass freiwillige Massnahmen nicht zum erhofften Ziel geführt haben.³⁹ Somit scheint klar, dass dieses Problem nicht so einfach aus der Welt geschafft werden kann. Das führt zur Frage, ob das bestehende Recht genügt oder ob Reformbedarf besteht.

1. Die internationale Lage

Im internationalen Vergleich zwischen 153 Ländern steht die Schweiz an 18. Stelle des Global Gender Gap Index (GGGI). In der Unterkategorie Lohngleichheit belegt die Schweiz den 40. Platz.⁴⁰ Der GGGI wird seit 2006 jährlich vom Weltwirtschaftsforum (WEF) erstellt und untersucht den Unterschied der Geschlechter in Subkategorien der Bereiche Wirtschaft, Bildung, Gesundheit und Politik.⁴¹ Der Bericht wurde dafür kritisiert, dass der Bestwert nicht nur dann vergeben wird, wenn Frauen paritätisch sind, sondern auch dann, wenn Männer hinter den Frauen zurückfallen. Somit lässt sich eine allenfalls bestehende Benachteiligung von Männern nicht aus dem Index herauslesen.⁴² Angeführt wird die Rangliste von Island, Norwegen und Finnland.⁴³ Was machen die Länder anders, die sich auf der Rangliste vor der Schweiz befinden, um die Lohnungleichheit zu minimieren?

Ein aussagekräftiges Beispiel bezüglich Lohndifferenz im Vergleich zur Schweiz ist Island. Dieses Land liegt auf Rang eins und hat gemäss der Erhebung des WEF den kleinsten Gender Gap auf der Welt.⁴⁴ Die isländische Regierung hat am 1. Januar 2018 ein Gesetz in Kraft gesetzt, nach welchem es illegal ist, Männern und Frauen für denselben Job unterschiedliche Löhne zu bezahlen. Die Beweislast dafür trägt die Arbeitgeberin, welche bei mehr als 25 Mitarbeiterinnen die Existenz von gleichen Löhnen beweisen muss.⁴⁵

39 Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GlG) BBl 2017 5507, 5508.

40 WEF, Global Gender Gap Report 2020, Genf 2019, S. 325.

41 Global Gender Gap Report, (Anm. 40), S. 8.

42 GIJSBERT STOET/DAVID C. GEARY, A simplified approach to measuring national gender inequality, Plos One 14(1) 2019, S. 2.

43 Global Gender Gap Report, (Anm. 40), S. 9.

44 Global Gender Gap Report, (Anm. 40), S. 9.

45 Article 18 and 19 Act on Equal Status and Equal Rights of Women and Men No. 10/2008, as amended by Act No. 162/2010, No. 126/2011, No. 62/2014, No. 79/2015, No. 117/2016 and No. 56/2017.

Dabei muss die Firma jährlich ihre Lohnauszahlung mittels Gleichbezahlungszertifikat bescheinigen lassen, welches anhand einer Prüfung durch die unabhängige Zertifizierungsstelle ausgestellt wird.⁴⁶ Denjenigen Unternehmen, die sich nicht an diese Regelung halten, wird eine tägliche Geldstrafe von 50'000 ISK (entspricht ca. 335 CHF) auferlegt.⁴⁷ Falls ein Lohnunterschied zwischen Männern und Frauen trotzdem vorliegt, muss die Firma glaubhaft darlegen, dass dies nicht auf den Geschlechterunterschied zurückzuführen ist.⁴⁸ Ein transparentes Verfahren bei der Lohnfestsetzung ist dabei entscheidend. Island hat sich mit dieser Gesetzgebung zum Ziel gesetzt, die Lohnungleichheit bis zum Jahr 2022 zu beseitigen.⁴⁹ Ob dieses Gesetz mit dem Fokus «gleicher Lohn für gleiche Arbeit» als Instrument zur Verwirklichung dieses Ziels führt, wird sich zeigen. Das Gesetz lenkt allerdings unumstritten die Aufmerksamkeit der Arbeitgeberin auf die Frage, wofür sie ihre Angestellten bezahlt, was diese tun und welche Aufgaben durch wen übernommen werden.⁵⁰

In Deutschland gibt es seit dem 6. Juli 2017 das Gesetz zur Förderung und Transparenz von Entgeltstrukturen.⁵¹ Dieses statuiert in § 10 EntgTranspG/DE einen individuellen Auskunftsanspruch, welcher besagt, dass private Betriebe auf Anfrage ihren Mitarbeiterinnen erläutern müssen, nach welchen Kriterien sie bewertet und bezahlt werden. Dieser Auskunftsanspruch besteht jedoch nur bei einem Betrieb, der mehr als 200 Beschäftigte zählt (§ 12 Abs. 1 EntgTranspG/DE). Weiter müssen private Arbeitgeberinnen mit über 500 Beschäftigten regelmässig ihre Lohnstrukturen auf die Einhaltung der Lohngleichheit überprüfen und einen für alle einsehbaren Bericht über die Gleichstellung und Lohngleichstellung erarbeiten.⁵² In beiden Beispielen spielt Transparenz eine entscheidende Rolle. Nur wer die entscheidenden Informationen kennt, kann seine Rechte durchsetzen.

46 Article 19 of the Gender Equality Act No. 10/2008, (Anm. 45).

47 Article 18 of the Gender Equality Act No. 10/2008, (Anm. 45).

48 MARC BÜRGI, Island: Neues Gesetz soll Lohngleichheit schaffen, *Handelszeitung*.

49 TARA JOHN, Iceland makes equal pay the law, *Time*.

50 JILL RUBERY, Is equal pay actually possible?, *BBC*.

51 Gesetz zur Förderung und Transparenz von Entgeltstrukturen vom 30. Juni 2017 (EntgTranspG; BGBl 2017 I S. 2152).

52 § 17 und § 21 EntgTranspG/DE, (Anm. 51).

2. Anregungen für die Schweiz

Im grossen Unterschied zur Schweiz sieht das isländische Gesetz die Sanktionierung der Unternehmen vor, die die Pflicht zur Lohngleichheit missachten. Weiter liegt die Beweislast für das Bestehen der Lohngleichheit von Beginn an bei der Arbeitgeberin. Auch für die Schweiz wäre ein solches Vorgehen aus rechtlicher Sicht denkbar. Eine derartige Regulierung würde zusätzliche Massnahmen im Bereich des verfassungsrechtlichen Anspruchs auf Lohngleichheit nach Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV festlegen. Dafür müsste das bereits bestehende Gleichstellungsgesetz angepasst werden. Dies wäre durch den verfassungsrechtlichen Auftrag an den Gesetzgeber aus Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV möglich, denn Art. 110 Abs. 1 lit. a BV erteilt dem Bund die Gesetzgebungskompetenz zum Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und ermächtigt ihn dazu, im Zusammenhang mit den Löhnen zu legiferieren.⁵³ Da eine solche Änderung neue Pflichten für die Arbeitgeberinnen vorsehen würde, müsste eine solche Massnahme gemäss Art. 164 Abs. 1 lit. c BV in Form eines Bundesgesetzes erlassen werden.

Gesetzlich wurde mit der Lohnanalysepflicht auch in der Schweiz ein Schritt Richtung bessere Gewährleistung der Lohngleichheit unternommen. Allerdings ist fraglich, ob diese Analyse tatsächlich zu einer Verbesserung führt. Es wird kritisiert, dass einzig ein verbessertes Auskunftsrecht der betroffenen Personen gegen eine Lohndiskriminierung helfe.⁵⁴ So könnte schon ein Transparenzzwang, wie ihn Deutschland vorsieht, für die Arbeitnehmerinnen in der Schweiz Vorteile bringen. Denn zum heutigen Zeitpunkt ist es die Arbeitnehmerin, die ihre Rechte individuell einzufordern hat und eine Lohndiskriminierung glaubhaft machen muss. Damit eine Anfechtung erfolgreich ist, sind Informationen unabdingbar. Ein verbessertes Auskunftsrecht von Seiten der Arbeitgeberinnen würde es den Arbeitnehmerinnen erleichtern, ihre Rechte und Prozesschancen abzuschätzen. In der Schweiz gibt es eine Pflicht zur Lohntransparenz bloss für die Geschäftsführung von börsenkotierten Unternehmen (Art. 663b^{bis} Abs. 1 Ziff. 1 OR⁵⁵). Eine sonstige Pflicht zur Lohntransparenz kennt die Schweiz jedoch nicht. In seiner Antwort auf die Motion mit dem Titel «Mit Lohntransparenz zur Lohngleichheit» wiederholte der Bundesrat seine ablehnende Haltung gegenüber einer Lohntransparenz.

53 Botschaft Gleichstellungsgesetz, (Anm. 39), 5551.

54 ANDREAS VALDA, Lohndiskriminierung: Methode des Bundes «nutzlos», Tagesanzeiger vom 11. Oktober 2018, S.13.

55 Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR, SR 220).

Nach seiner Begründung stelle dies einen erheblichen Eingriff in die Wirtschafts- und Vertragsfreiheit dar. Er bejahte jedoch die Auffassung, dass eine transparente Lohnpolitik förderlich für die Lohngleichheit wäre.⁵⁶

Sollten in der Schweiz die Unternehmen verpflichtet werden, die Löhne offenzulegen, müsste unter anderem das Obligationenrecht geändert werden.⁵⁷ Auf die Frage, wie mit weiteren Massnahmen die Lohntransparenz verbessert werden kann, antwortete der Bundesrat: «Der Bundesrat begrüsst Sensibilisierungsmassnahmen, die Unternehmen ermutigen, eine Kultur der freiwilligen Lohntransparenz zu leben.»⁵⁸

Der verfassungsrechtliche Auftrag, die tatsächliche Gleichstellung zwischen Mann und Frau in allen Lebensbereichen und insbesondere auf dem Arbeitsmarkt zu gewähren, ist noch nicht erfüllt und die Situation verbessert sich nur langsam. Den betroffenen Personen steht zwar der Rechtsweg offen, um gegen Lohnungleichheit vorzugehen, dieses Recht kann jedoch nur geltend gemacht werden, wenn die dafür notwendigen Informationen bekannt sind. Dies ist aufgrund fehlender Pflicht zur Lohntransparenz nicht immer der Fall. Der Bundesrat musste 2017 feststellen, dass freiwillige Massnahmen im Rahmen des Gleichstellungsgesetzes nicht zum gewünschten Ziel geführt haben. Dennoch wurde im Juli 2020 die Lohngleichheitsanalyse eingeführt, welche faktisch eine weitere freiwillige Massnahme darstellt, da sie im Widerhandlungsfall keine Sanktionierung zur Folge hat. Die bis heute vorgenommenen Änderungen und Sensibilisierungen haben zu wenig gebracht, um die Lohnungleichheit zu verringern. Aus diesen Gründen ist eine Reform des schweizerischen Rechts erforderlich. Damit sich die Lücke der Löhne zwischen den Geschlechtern schliesst, muss der Gesetzgeber seinen Gleichstellungsauftrag wahrnehmen und sowohl eine Pflicht zur Lohntransparenz einführen als auch die Arbeitgeberin unter Sanktionen zu Lohngleichheit verpflichten.

V. Fazit

Der Frauenstreik im Jahr 1991 leistete einen massgeblichen Beitrag zur Entstehung des Gleichstellungsgesetzes, welches fünf Jahre später in Kraft trat. Auch der Frauen*streik 2019 liess erkennen, dass viele Personen der Meinung

56 Motion Leutenegger Oberholzer (17.3613) «Mit Lohntransparenz zur Lohngleichheit» vom 16. Juni 2017.

57 Fragestunde, Frage Leutenegger Oberholzer (17.5324) «Lohntransparenz in der Privatwirtschaft» vom 7. Juni 2017, vgl. Antwort des Bundesrates vom 12. Juni 2017.

58 Fragestunde, Frage Leutenegger Oberholzer (17.5324), (Anm. 57).

sind, dass in Sache Gleichstellung noch nicht alles erreicht ist. So lässt sich fragen: Wird auch der Frauen*streik 2019 in fünf Jahren als antreibende Kraft für ein neues Gesetz bzw. eine Gesetzesrevision genannt werden?

Gleiches Geld für gleichwertige Arbeit. Was einleuchtend klingen mag, ist in der Schweiz noch nicht Realität. Der vorliegende Beitrag hat sich mit der bestehenden Lohnungleichheit zwischen den Geschlechtern in der Schweiz auseinandergesetzt und ist zum Schluss gekommen, dass die verfassungsmässig garantierte Lohngleichheit noch nicht realisiert ist und dass Reformbedarf besteht.

Das Recht allein wird die bestehende Ungleichheit nicht lösen können. Vielmehr wird es hierfür das Schaffen eines Problembewusstseins und Umdenken in der Gesellschaft brauchen. Dennoch kann das Recht einstweilen zu diesem Umdenken anregen, Möglichkeiten schaffen und Arbeitgeberinnen verpflichten. Diese drei Punkte bilden die Grundlage, dass Arbeitnehmerinnen nicht mehr auf das Entgegenkommen ihrer Arbeitgeberinnen angewiesen sind, sondern selbstständig, aufgeklärt und mit der nötigen Information für ihre Rechte einstehen und diese wahrnehmen können. Die Pflicht zur Lohngleichheit in Island und der in Deutschland bestehende Transparenz-zwang sind zwei rechtliche Massnahmen, die auch in der Schweiz eingeführt werden sollten, um den Gleichstellungsauftrag einzuhalten.

Lohngleichheit zwischen den Geschlechtern ist ein zentraler Schritt Richtung Chancengleichheit. Wird jemand einzig aufgrund seines Geschlechts schlechter bezahlt, untergräbt dies ein Grundprinzip unserer Gesellschaft, wonach jede Person für ihre persönliche Leistung und ihre guten Ideen entlohnt wird. Somit ist Lohngleichheit nicht nur für die Geschlechtergleichstellung relevant, sondern auch für den inhärenten Zusammenhalt unserer Gesellschaft.

Nach dem Frauen*streik 2019 ist der Anteil der Frauen in der Politik erkennbar gestiegen.⁵⁹ Es ist zu hoffen, dass dadurch die Anliegen der Gleichstellung in der Gesetzgebung stärker berücksichtigt werden.

59 SIMON HEHLI, *Helvetia ruft, die Frauen eilen herbei*, NZZ vom 21. Oktober 2019, S. 5.

Julia Meier

Gleichstellung der Geschlechter vor Gericht – strategische Prozessführung und die schweizerische Verfassungsordnung

I.	Der Gang vor Gericht als Mittel auf dem Weg zur Gleichberechtigung der Geschlechter	18
1.	Eine Anekdote	18
2.	Übersetzbarkeit der Strategie in die schweizerische Rechtsordnung	19
<hr/>		
II.	Strategische Prozessführung	20
1.	Ein Definitionsversuch	20
2.	Politische Partizipation durch die Judikative	21
<hr/>		
III.	Drei Spezifika der schweizerischen Rechtsordnung	23
1.	Distinktes Demokratieverständnis	23
2.	Gewaltenteilungsprinzip und eingeschränkte Verfassungsgerichtsbarkeit	24
3.	Vielzahl von direkt-demokratischen Mitteln der Partizipation	25
<hr/>		
IV.	Exemplarischer Rückblick	26
1.	Strategische Prozessführung gegen kantonale Erlasse	26
2.	Strategische Prozessführung gegen Bundesgesetze	28
3.	Die Rolle des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte	30
<hr/>		
V.	Strategische Prozessführung in der Schweiz	32

I. Der Gang vor Gericht als Mittel auf dem Weg zur Gleichberechtigung der Geschlechter

1. Eine Anekdote

Ruth Bader Ginsburg ist ein Idol der Frauenbewegung.¹ Mit dem Fall *Moritz v. Commissioner of Internal Revenue*² begann ihre Karriere als Kämpferin für die Gleichstellung der Geschlechter.³ Sie vertrat Charles Moritz, der die Kosten für die Pflege seiner kranken Mutter von den Steuern abziehen wollte.⁴ Sec. 214 des *Internal Revenue Code* sah jedoch vor, dass nur Frauen, Witwer oder Ehemänner, deren Ehefrau arbeitsunfähig oder in einer Institution ist, diesen Abzug vornehmen dürfen.⁵ Moritz war ledig und deshalb nicht anspruchsberechtigt. Ginsburg argumentierte, dass Sec. 214 auf geschlechterspezifischen Stereotypen beruhe und diskriminierend sei.⁶

Die Anwälte der Gegenseite fügten ihrem Schriftsatz einen Anhang bei. Dieser enthielt eine Liste sämtlicher Bestimmungen des *United States Code*, die einen bestimmten Bereich für Männer und Frauen unterschiedlich regeln.⁷ Sie wollten aufzeigen, auf wie viele Bestimmungen sich ein Urteil, das Ginsburgs Argumentation folgt, auswirken könnte.⁸ Geholfen hat es nicht, das Gericht gab Ginsburg Recht.⁹

Diese Liste diente als Ausgangslage für Ginsburgs Strategie als Co-Gründerin des *Women's Rights Project* bei der *American Civil Liberties Union (ACLU)*: Sie nahm sich die Liste der Bestimmungen vor und nahm Fälle an, um diese Bestimmungen aufgrund sexueller Diskriminierung vor Gericht zu ziehen.¹⁰ Ihr Kampf für die Gleichberechtigung fand nicht in den Strassen oder auf

1 JILL LEPORE, Ruth Bader Ginsburg, *The Great Equalizer*, *The New Yorker* vom 18. September 2020.

2 *Charles E. Moritz v. Commissioner of Internal Revenue*, 469 F.2d 466 (10th Circuit 1972), certiorari denied, 412 U.S. 906 (1973).

3 RUTH BADER GINSBURG, *Some Thoughts on Judicial Authority to Repair Unconstitutional Legislation*, *Cleveland State Law Review* 1979, 301-324, S. 304-307; JEFFREY ROSEN, *Conversations with RBG*, New York 2019, S. 4.

4 *Moritz v. Commissioner* (Anm. 2), § 1.

5 *Moritz v. Commissioner* (Anm. 2), § 10-18.

6 JANE SHERRON DE HART, Ruth Bader Ginsburg, New York 2018, S. 126-129; ROSEN (Anm. 3), S. 25.

7 DE HART (Anm. 6), S. 172.

8 DE HART (Anm. 6), S. 172: «that the judges' decision in the Tenth Circuit cast doubt on the constitutionality of a long list of federal statutes.»

9 *Moritz v. Commissioner* (Anm. 2), § 29.

10 DE HART (Anm. 6), S. 172-175; ROSEN (Anm. 3), S. 19-34.

dem politischen Parkett, sondern vor Gericht statt. Und der Ausgangspunkt war eine Liste, die ihre Gegner erstellt hatten. Sie ging systematisch vor, wählte die Fälle penibel aus und vertrat oft auch Männer, damit sich die damals meist männlichen Richter besser mit ihrem Mandanten identifizieren konnten.¹¹ Ginsburgs Arbeit leistete einen grossen Beitrag zur Gleichstellung der Geschlechter in den USA.¹²

2. Übersetzbarkeit der Strategie in die schweizerische Rechtsordnung

Der XXII. APARIUZ-Band, in welchem dieser Aufsatz erscheint, trägt den Titel «Unter Gleichen» und erscheint zum 50. Jahrestag der Einführung des Frauenstimmrechts in der Schweiz. Der Aufsatz will der Frage nachgehen, ob Ginsburgs Strategie auch in der Schweiz funktioniert. Die Übersetzbarkeit der Strategie in die schweizerische Rechtsordnung scheint auf den ersten Blick alles andere als gegeben, denn die US-amerikanische Verfassungsordnung operiert unter anderen Vorzeichen als die schweizerische. Gleichzeitig zeigt gerade der Weg zur Einführung des Frauenstimmrechts auf, dass die Rechtsprechung bei politischen Veränderungen auch in der Schweiz eine wichtige Rolle spielen kann. Neben den klassischen politischen Mitteln haben Organisationen, die sich in der Schweiz für das Frauenstimmrecht einsetzen, auch den Gang vor Gericht als Weg gewählt.¹³ So hat 1991 ein Bundesgerichtsurteil schlussendlich auch im letzten Kanton, Appenzell Innerrhoden, zur Einführung des Frauenstimmrechts geführt.¹⁴

Der Aufsatz bearbeitet folgende Frage: Funktionieren Gerichtsverfahren als Mittel der politischen Partizipation im Kontext der schweizerischen Rechtsordnung? Dazu soll in einem ersten Schritt Ginsburgs Strategie theoretisch eingebettet werden (II). Danach analysiert der Aufsatz drei Spezifika des schweizerischen Verfassungskontexts, die gegen eine reibungslose

11 DE HART (Anm. 6), S. 172-175; HERMA HILL KAY, Ruth Bader Ginsburg: Law Professor Extraordinaire, in: Scott Dodson (Hrsg.), *The Legacy of Ruth Bader Ginsburg*, Cambridge 2015, 12-30, S. 21; siehe hierzu II.1.

12 LEPORE (Anm. 1): «The natural and proper timidity and delicacy which belongs to the female sex evidently unfits it for many of the occupations of civil life. It took centuries, and tens of millions of women, to dismantle that nonsense. And no single one of them was more important than Ginsburg, warm-hearted, razor-sharp, and dauntless.»

13 BUNDESRAT, Botschaft an die Bundesversammlung über die Einführung des Frauenstimm- und -wahlrechts in eidgenössischen Angelegenheiten vom 23. Dezember 1969, BBl 1970 I 61, 94-100; YVONNE VOEGELI, Frauenstimmrecht, in: *Historisches Lexikon der Schweiz (HLS)*, Version vom 17. September 2019.

14 BGE 116 Ia 359.

Übersetzbarkeit der Strategie sprechen (III). Darauf folgt ein exemplarischer historischer Rückblick zu Gerichtsentscheiden im Bereich der Geschlechterdiskriminierung in der Schweiz, welche der Strategie Ginsburgs ähneln (IV), um vor diesem Hintergrund die Fragestellung zu beantworten (V).

II. Strategische Prozessführung

1. Ein Definitionsversuch

Ginsburgs Strategie kann dem Konzept «strategische Prozessführung» (engl. «*strategic litigation*») zugeordnet werden. Das Konzept entzieht sich einer vollständigen Definition und wird uneinheitlich verwendet.¹⁵ Der gemeinsame Nenner ist der Fokus auf das Potential von Gerichtsverfahren für politische Veränderungen. Ein strategischer Prozess hat nicht nur die Interessen einer bestimmten Partei, sondern vor allem mögliche politische Auswirkungen des Gerichtsverfahrens im Blick.¹⁶ Diese Auswirkungen können sich nicht nur bei einem Obsiegen ergeben, weshalb nicht nur gewonnene Fälle unter diese Kategorie fallen.¹⁷ Strategische Prozessführung entstand ursprünglich in den USA.¹⁸ Bekannte strategische Prozesse in den USA sind beispielsweise *Roe v. Wade* zum Recht auf Abtreibung oder *Brown v. Board of Education* zur Rassentrennung in öffentlichen Schulen.¹⁹

Das Konzept strategische Prozessführung kann aus zwei verschiedenen Perspektiven betrachtet werden. Erstens kann strategische Prozessführung als ein Vorgehen, ein *modus operandi*, mit einer bestimmten Zielsetzung verstanden werden.²⁰ Hierzu gehören eine genaue Auswahl der zu vertretenden

15 So beschäftigen sich insgesamt fünf Aufsätze im ersten deutschsprachigen Sammelband zu *strategic litigation* mit einem Definitionsversuch, Alexander Graser / Christian Helmrich (Hrsg.), *Strategic Litigation*, Baden-Baden 2019, S. 21-52.

16 So beispielsweise CHRISTIAN HELMRICH, Wir wissen eigentlich gar nicht, was strategische Prozessführung ist, in: Graser/Helmrich (Anm. 15), 31-35, S. 33.

17 So schreibt JULES LOBEL, Präsident des *Center for Constitutional Rights*, das sich auf *strategic litigation* konzentriert: «Even though the political context of our challenges made courtroom success highly improbable, we persevered because our purposes were broader than victory alone. We were speaking to the public, not just the court.», JULES LOBEL, *Success without Victory, Lost Legal Battles and the Long Road to Justice in America*, New York/London 2003, S. 4.

18 WOLFGANG KALECK, Mit Recht gegen die Macht, in: Graser/Helmrich (Anm. 15), 21-25, S. 21.

19 ADAM WEISS, The Essence of Strategic Litigation, in: Graser/Helmrich (Anm. 15), 27-30, S. 27; *Jane Roe, et al. v. Henry Wade, District Attorney of Dallas Country*, 410 U.S. 113 (1973); *Oliver Brown et al. v. Board of Education of Topeka et al.*, 347 U.S. 483 (1954).

20 So befasst sich der zweite Teil des Sammelbandes zu *strategic litigation* (siehe Anm. 15) mit dem Vorgehen bei strategischer Prozessführung.

Partei, der vorgebrachten Argumentation, die Finanzierung und meist auch eine öffentliche Kommunikation während des Prozesses.²¹ Oft sind es Nicht-regierungsorganisationen, wie beispielsweise die ACLU, bei welcher Ginsburg arbeitete, oder zivilgesellschaftliche Interessenvertreter*innen, die eine strategische Prozessführung in diesem Sinne organisieren.²²

Zweitens kann beim Konzept der strategischen *Prozessführung* der Fokus auf die Auswirkungen des Prozesses gelegt werden.²³ Nach diesem Verständnis sind die subjektive Motivation der Partei und das konkrete Vorgehen nicht relevant. Die beiden Verständnisse führen wohl zu fast deckungsgleichen Mengen von Gerichtsverfahren, jedoch findet eine Verschiebung des Fokus statt. Dadurch können bei zweiter Perspektive auch Prozesse dazugezählt werden, bei denen unklar ist, ob sie von der Partei und ihrer Vertretung als strategische Prozessführung verstanden wurden.

2. Politische Partizipation durch die Judikative

Die strategische Prozessführung kann als eine Form der politischen Partizipation gesehen werden und steht im Spannungsraum zwischen Recht und Politik.²⁴ Die politische Forderung muss in den spezifisch rechtlichen Code übersetzt werden, um vom Gericht verstanden zu werden.²⁵ Dementsprechend handelt es sich um eine systemimmanente Art der politischen Partizipation.²⁶ Anders als bei politischer Partizipation, die bei der Rechtsetzung

21 HELEN DUFFY, *Strategic Human Rights Litigation*, Oxford u.a. 2018, S. 233-269; VANESSA RÜEGGER, *Strategic Human Rights Litigation – Eine Standortbestimmung, sui-generis* 2020, 94-113, S. 102-109.

22 DUFFY (Anm. 21), S. 18-19; RÜEGGER (Anm. 21), S. 103-104.

23 WEISS (Anm. 19), S. 27; ALEXANDER GRASER, *Strategic Litigation: Ein Verstehensversuch*, in: Graser/Helmrich (Anm. 15), 37-41, S. 37; HELMRICH (Anm. 16), S. 33.

24 So spricht ALEXANDER GRASER von «inszenierte[n] Narrative[n] normativen Protests», GRASER (Anm. 23), S. 37; aus einem politologischen Blickwinkel GESINE FUCHS, «Strategische Prozessführung» als Partizipationskanal, in: Dorothee de Nève / Tina Olteanu (Hrsg.), *Politische Partizipation jenseits der Konventionen*, Opladen u.a. 2013, 51-74; sowie GESINE FUCHS, *Rechtmobilisierung*, in: Christian Boulanger / Julika Rosenstock / Tobias Singelstein (Hrsg.), *Interdisziplinäre Rechtsforschung*, Wiesbaden 2019, 243-256.

25 HELMRICH (Anm. 16), S. 34, 35: «Sozialer Aktivismus mit Mitteln des Rechts»; GRASER (Anm. 23), S. 38: «prinzipielle Anpassung an deren [der Dritten Gewalt] Funktionslogik – also in diesem Sinne normative Formulierung des Protests.»

26 Zur Vereinbarkeit eines solchen Vorgehens mit feministischen Ansätzen SUSANNE BAER, *Geschlecht und Recht – zur rechtspolitischen Steuerung der Geschlechterverhältnisse*, in: Michael Meuser / Claudia Neusiß (Hrsg.), *Gender Mainstreaming*, Bonn 2004, 71-83; ELISABETH HOLZLEITHNER, *Emanzipation durch Recht?*, *Kritische Justiz* 2008, 250-256.

ansetzt und die Rechtsordnung verändern möchte, setzt die strategische Prozessführung auf die «gestaltende Wirkung der Verbindlichkeiten»²⁷, die bereits in der Rechtsordnung enthalten sind.²⁸ Somit ist strategische Prozessführung auch ein Glaubensbekenntnis zur bestehenden Rechtsordnung, indem sie deren Durchsetzung und eben nicht Veränderung bezweckt.²⁹ Die strategische Prozessführung führt dazu, dass die Politik innerhalb der Rechtsordnung und deren Codierung operieren muss.

Gleichzeitig wird das Gericht in seiner Funktion überfordert. Die Theorie der Gewaltenteilung teilt dem Gericht eine rechtliche Funktion zu.³⁰ Das Gericht als Idealtypus befasst sich mit einem Einzelfall und stellt bei Rechtsstreitigkeiten zwischen zwei Parteien mittels eines rechtlichen Entscheids den Rechtsfrieden wieder her.³¹ Bei der strategischen Prozessführung erhält das Gericht eine Rolle, die über diese idealtypische Funktion der Rechtsprechung hinausgeht.³² Das Gericht wird zu einer Bühne für Politisches.³³ Dadurch wird das Recht, genauer die Rechtsprechung, auch zum Instrument der Politik und dadurch herausgefordert.³⁴

In der Schweiz trifft «strategische Prozessführung» auf andere Vorzeichen als in den USA. Um die dem Aufsatz zugrundeliegende Frage zu beantworten, werden in einem nächsten Schritt drei Spezifika der schweizerischen Rechtsordnung herausgearbeitet, welche gegen eine reibungslose Übersetzbarkeit einer solchen Strategie sprechen könnten.

27 HELMRICH (Anm. 16), S. 34.

28 GRASER (Anm. 23), S. 38.

29 HELMRICH (Anm. 16), S. 34; ähnlich FUCHS (Anm. 24 (2013)), S. 53-54: «Auf einer Metaebene stabilisiert die Nutzung des Rechtswegs die bestehende Ordnung und demokratische Rechtsstaatlichkeit.»

30 CHRISTOPH MÖLLERS, *Gewaltengliederung*, Tübingen 2005, S. 95-97; NIKLAS LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1995, S. 299-305.

31 REGINA KIENER, *Richterliche Unabhängigkeit*, Bern 2001, S. 1-6; JOHANNES REICH, Art. 191c, in: Bernhard Waldmann / Eva Maria Belsler / Astrid Epiney (Hrsg.), *Bundesverfassung, Basler Kommentar*, Basel 2015, N 1-3, 14.

32 Ähnlich GINSBURG (Anm. 3), S. 324: «The function the courts perform in choosing between extension and invalidation of a constitutionally infirm statute seems to me entirely harmonious with a view that sees our institutions of government not as rigidly compartmentalized but as interdependent.»

33 HELMRICH (Anm. 16), S. 34.

34 So beschrieben für die Verfassungsgerichtsbarkeit: CHRISTOPH MÖLLERS, *Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts*, in: Matthias Jestaedt / Oliver Lepsius / Christoph Möllers / Christoph Schönberger (Hrsg.), *Das entgrenzte Gericht*, Berlin 2011, 281-422, S. 307-326.

III. Drei Spezifika der schweizerischen Rechtsordnung

1. Distinktes Demokratieverständnis

Erstens ist das der Schweizer Verfassung zugrundeliegende normative Demokratieverständnis ein anderes.³⁵ Die Verfassung widerspiegelt gemäss Bundesrat ein «spezifisch schweizerisches Verständnis der Volkssouveränität» und «die Verbindung von repräsentativer und direkter Demokratie in dieser Form ist weltweit einzigartig».³⁶ Die Idee der Volkssouveränität ist geprägt vom «Glauben an den gesunden Menschenverstand des Volkes».³⁷ Historisch ist das schweizerische Demokratieverständnis von einem genossenschaftlichen geprägt, welches Demokratie als eine Selbstverwaltung sieht und die Kongruenz der Regierenden und Regierten postuliert.³⁸ Dieses Verständnis zeigt sich beispielsweise bei ZACCHARIA GIACOMETTI, der in der Demokratie die «Hüterin der Menschenrechte» sah.³⁹ So sei der Schutz der Menschenrechte Einzelner gerade im Interessen aller.⁴⁰ Deshalb führen demokratische Entscheidungen zu Normen, die notwendigerweise mit den Grundrechten vereinbar sind. Ein Widerspruch zwischen demokratischen Entscheiden und Grundrechten ist so auch nicht möglich und es braucht deshalb auch keine gerichtliche Kontrolle von demokratischen Entscheiden.⁴¹

Dieses Demokratieverständnis steht im Gegensatz zu dem der rechtlich-geprägten Demokratie, auf welchem die *US Constitution* basiert.⁴² Nach

35 Ausführlich JOHANNES REICH, Verhältnis von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, in: Oliver Diggelmann / Maya Hertig Randall / Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse, Bd. I, Zürich/Basel/Genf 2020, 333-355, insbesondere N 16-22; FRANCIS CHENEVAL, Demokratietheorien, Hamburg 2015, S. 164-165.

36 BUNDESRAT, Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1996 I 1, S. 15.

37 WOLF LINDER / SEAN MUELLER, Schweizerische Demokratie, 4. Auflage, Bern 2017, S. 294.

38 REICH (Anm. 35), N 16-22; ANDREAS SUTER, Demokratien in Spätmittelalter und früher Neuzeit, in: Historisches Lexikon der Schweiz (HLS), Version vom 13. März 2016.

39 ZACCARIA GIACOMETTI, Die Demokratie als Hüterin der Menschenrechte, in: Universität Zürich (Hrsg.), Jahresbericht 1953/54, Zürich 1954, 3-23, S. 23: «Ja, die Schweiz bildet einen einzig dastehenden Fall von Demokratie, wo das Volk als Gesetzgeber selbst Hüter der Menschenrechte ist [...]»

40 GIACOMETTI (Anm. 39), S. 13: «Dem Volke als Träger der Freiheitsrechte sollte das Amt eines Wächters der Menschenrechte wesensgemäß sein.»

41 REICH (Anm. 35), N 16-17.

42 REICH (Anm. 35), N 18-19.

diesem Verständnis enthält die Demokratie die Gefahr der Tyrannei der Mehrheit. Das demokratische Volk wird hier als heterogen verstanden und es gilt, die Interessen der Einzelnen vor einer solchen Tyrannei zu schützen.⁴³ Dieser Befürchtung wird gerade durch einen Ausbau der Judikative begegnet, welche die Interessen der Einzelnen schützt.⁴⁴ In einer solchen Demokratie ist das Konzept der «strategischen Prozessführung» konsequent, da dadurch die rechtliche Zählung der Demokratie erreicht, respektive die vorhandenen Verbindlichkeiten durchgesetzt werden.⁴⁵

2. Gewaltenteilungsprinzip und eingeschränkte Verfassungsgerichtsbarkeit

Zweitens ist das Verständnis des Verhältnisses der Staatsgewalten ein anderes. In den USA stehen die Gewalten im Sinne eines *checks and balances* zueinander.⁴⁶ Das Gewaltenteilungsprinzip hatte in der Schweiz im Vergleich historisch eine weniger grosse Bedeutung.⁴⁷ Demgegenüber hatte das Demokratieprinzip einen viel höheren Stellenwert.⁴⁸ Das zeigt sich beispielsweise in Art. 148 BV⁴⁹, welcher die Bundesversammlung und somit die Legislative als «oberste Gewalt» benennt, da diese am stärksten demokratisch legitimiert ist.⁵⁰

Damit zusammenhängend ist die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz eingeschränkt. Bei der Gründung des Bundesgerichts 1874 hatte man den *US Supreme Court* bewusst als Vergleich hinzugezogen und vor diesem

43 JAMES MADISON, *The Federalist Papers* No 10, 23 November 1787: «Hence it is that such [pure] democracies have ever been spectacles of turbulence and contention; have ever been found incompatible with personal security or the rights of property; and have in general been as short in their lives as they have been violent in their deaths..»

44 SAMUEL ISSACHAROFF, *Comparative constitutional law as a window on democratic institutions*, in: Erin Delaney / Rosalind Dixon (Hrsg.), *Comparative Judicial Review*, Cheltenham 2018, 60-82, S. 67-70.

45 Ähnlich CHENEVAL (Anm. 35), S. 24-25.

46 ALEXANDER HAMILTON or JAMES MADISON, *The Federalist Papers* No 51, 8 February 1788; MÖLLERS (Anm. 30), S. 76-78.

47 VINCENT MARTENET, *La Séparation des Pouvoirs*, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (Anm. 35), Bd. II, 999-1023, N 26-29.

48 MARTENET (Anm. 47), N 26.

49 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR101).

50 GIOVANNI BIAGGINI, Art. 148 BV, in: Giovanni Biaggini, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Orell Füssli Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2017, N 4; PHILIPPE MASTRONARDI, Art. 148 BV, in: Bernhard Ehrenzeller / Benjamin Schindler / Rainer J. Schweizer / Klaus Vallender (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung*, St. Galler Kommentar, 3. Auflage, Zürich 2014, N 7.

Hintergrund eine andere Ausgestaltung beschlossen.⁵¹ So entstand Art. 113 Abs. 3 (respektive Art. 114bis Abs. 3) der Bundesverfassung von 1874, der bei der Totalrevision 1999 als Art. 190 BV nachgeführt wurden.⁵² Art. 190 BV besagt, dass Bundesgesetze für das Bundesgericht und andere rechtsanwendende Behörden massgebend sind. Das Bundesgericht darf Bundesgesetze zwar auf ihre Verfassungsmässigkeit prüfen, muss jedoch auch verfassungswidrige Bundesgesetze anwenden.⁵³ Das Anwendungsgebot überträgt sich auch auf Bundesverordnungen und kantonales Recht, sofern diese zwingend auf eine bundesgesetzliche Regelung zurückzuführen sind.⁵⁴ Diese Regelung soll, so Bundesrat Jacob Dubs, sicherstellen, dass «die richterliche Gewalt nicht über die gesetzgebende [sic] sich erhebe.»⁵⁵

Die Überprüfung der Verfassungsmässigkeit ist ein häufiges Mittel bei strategischen Prozessen.⁵⁶ Denn gerade die meist in einer Verfassung enthaltenen Grundrechte eignen sich dafür, die «gestaltende Wirkung der Verbindlichkeiten»⁵⁷ zu nutzen. Dementsprechend führt eine Einschränkung der Verfassungsgerichtsbarkeit dazu, dass strategische Prozessführung weniger erfolgversprechend erscheint.⁵⁸

3. Vielzahl von direkt-demokratischen Mitteln der Partizipation

Drittens kennt die Schweiz auf allen föderalen Ebenen weitaus stärker ausgebaute Mittel der direkt-demokratischen Partizipation als die USA.⁵⁹ Dadurch haben politische Akteur*innen eine Auswahl von verschiedenen ausgestalteten Mitteln, um ihre Interessen in den politischen Prozess einzubringen. Auch weniger gut organisierte, ressourcenarme oder kleine Minderheiten können potenziell solche Mittel verwenden.⁶⁰ Dadurch sind die Hürden, Interessen in den politischen Prozess einzubringen, im Vergleich kleiner.

51 Protokoll über die Verhandlungen des Schweizer Nationalrathes [sic] betreffend Revision der Bundesverfassung, 1871/1872, Bern 1873, Nationalrat, S. 501.

52 BUNDESRAT (Anm. 36), S. 428 f.

53 ASTRID EPINEY, Art. 190 BV, in: Waldmann/Belser/Epiney (Anm. 31), N 35.

54 EPINEY (Anm. 53), N 30-31.

55 Protokoll (Anm. 51), S. 501.

56 FUCHS (Anm. 24 (2013)), S. 54-59.

57 HELMRICH (Anm. 16), S. 34.

58 Siehe hierzu hinten 2.

59 ADRIAN VATTER, Das politische System der Schweiz, Baden-Baden 2014, S. 347-357; LINDER/MUELLER (Anm. 37), S. 295.

60 Ähnlich LINDNER/MÜLLER (Anm. 37), S. 163: «Zweitens ist die direkte Demokratie für die Anliegen und Träger sozialer Bewegungen kein Hindernis, sondern eine zusätzliche Option, welche die Handlungsmöglichkeiten «von unten» erweitert und fördert.»

Diese Hürden führen in anderen Rechtsordnungen dazu, dass das Mittel der politischen Prozessführung gewählt wird.⁶¹ Deshalb scheint in der Schweiz die Relevanz der strategischen Prozessführung weniger gross als in anderen Rechtsordnungen.

Diese drei Spezifika können zu folgendem Fazit führen: «Zur politischen Kultur der Schweiz gehört, dass die direktdemokratische Entscheidung dem Recht mehr Legitimation verleiht als ein Gerichtsurteil.»⁶² Somit scheinen Eigenheiten der schweizerische Verfassungsordnung gegen eine Übersetzbarkeit der strategischen Prozessführung zu sprechen. Im nächsten Teil folgt ein exemplarischer Rückblick zu strategischen Prozessen in der Schweiz. Der Rückblick ist nach föderalen Ebenen gegliedert, da sich die Möglichkeiten der strategischen Prozessführung je nachdem unterscheiden. Der Rückblick soll keinen umfassenden Überblick zu strategischer Prozessführung mit dem Ziel der Gleichstellung der Geschlechter bieten. Vielmehr fokussiert der Rückblick auf erfolgreiche strategische Prozessführung. Mit erfolgreich sind Prozesse gemeint, welche die von den Prozessführer*innen gewünschten politischen Auswirkungen auch tatsächlich nach sich zogen.

IV. Exemplarischer Rückblick

1. Strategische Prozessführung gegen kantonale Erlasse

Gegen kantonale Erlasse gibt es einige Gerichtsverfahren, die in dem Sinne als strategische Prozessführung angesehen werden können, dass sie politische Auswirkungen hatten. So gab es beispielsweise erfolgreiche Fälle im Bereich des Sozialversicherungsrechts,⁶³ der Feuerwehrpflicht⁶⁴ oder des Namensrechts⁶⁵. Dies erstaunt auch wenig, weil kantonales Recht grundsätzlich nicht der Verfassungsgerichtsbarkeit entzogen ist.⁶⁶ Gleichzeitig wirken auch hier die Spezifika der schweizerischen Verfassungsordnung.

Dies zeigt sich anschaulich an den Urteilen des Bundesgerichts, die sich mit kantonalen Regelungen, welche Frauen vom Stimmrecht ausschlossen, beschäftigten.⁶⁷ Das Bundesgericht verwies lange Zeit auf die Mittel der

61 GESINE FUCHS, Was ist strategische Prozessführung?, in: Graser/Helmrich (Anm. 15), S. 48.

62 LINDNER/MÜLLER (Anm. 37), S. 361.

63 BGE 116 V 198.

64 BGE 123 I 56.

65 BGE 126 I 1.

66 Siehe hierzu hinten III.2.

67 Siehe hierzu hinten I.2.

Legislative, um das Stimmrecht auf Frauen auszuweiten, da es bei der Auslegung an den Willen der Legislative sowie die ständige Praxis der anwendenden Behörden gebunden sei.⁶⁸ Dies ist im Kern eine spezifische Gewichtung der verschiedenen Elementen des pragmatischen Methodenpluralismus⁶⁹ des Bundesgerichts. Der Wortlaut sowie das historische Element werden höher als das teleologische Element und die systematische Auslegung, im Sinne einer verfassungskonformen Auslegung, gewichtet. Zudem widerspiegelt sie die oben genannten Spezifika der schweizerischen Verfassungsordnung, in der dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber eine grosse Bedeutung zugeteilt wird.⁷⁰

1991 hat das Bundesgericht jedoch diese Praxis verworfen und die politischen Rechte der Frauen auf kantonaler Ebene in Appenzell Innerrhoden anerkannt.⁷¹ Bereits 1989 wandte sich Theresa Rohner mit Stimmrechtsbeschwerde an das Bundesgericht und machte geltend, dass die Verweigerung des Stimmrechts für Frauen in kantonalen Angelegenheiten eine verfassungswidrige Diskriminierung sei.⁷² Ihre Beschwerde galt als «absolute Provokation».⁷³ Das Bundesgericht sistierte das Verfahren, da an der Landsgemeinde vom 29. April 1990 die Einführung des Frauenstimm- und -wahlrechts traktandiert war.⁷⁴ Die Landsgemeinde lehnte den Antrag zur Einführung des Frauenstimm- und -wahlrechts jedoch ab.⁷⁵ Ein Mitglied der «Gruppe für Innerrhoden», Ursula Baumann, und ein Gönner der Gruppe, Mario Sonderegger, erhoben je, gemeinsam mit insgesamt hundert weiteren Personen, staatsrechtliche Beschwerde gegen diesen Landsgemeindebeschluss.⁷⁶ Das Bundesgericht stellte in seinem Urteil fest, dass den Frauen die politischen Rechte im Kanton Appenzell Innerrhoden zustehen, da die Begriffe «Schweizer» und «Landsleute» in Art. 16 Abs. 1 der Kantonsverfassung von Appenzell Innerrhoden zum Stimmrecht gemäss verfassungskonformer Auslegung

68 So beispielsweise BGE 83 I 173 E. 4: «Or, s'il [le juge] possède bien le pouvoir de compléter la loi lorsqu'elle présente une lacune, il n'a pas en revanche celui de la modifier. Ce droit n'appartient qu'à l'autorité législative. Le particulier qui voudrait donner à la norme un sens différent doit donc avoir recours non point au juge mais au législateur.»

69 ERNST KRAMER, Juristische Methodenlehre, 5. Auflage, Bern 2016, S. 60-189.

70 Siehe hierzu hinten III.2.

71 BGE 116 Ia 359.

72 ISABEL ROHNER, Von Demokratie und Ravioli oder Warum die Appenzellerinnen dann doch irgendwann wählen durften, in: Isabel Rohner / Irène Schäppi, 50 Jahre Frauenstimmrecht, Zürich 2020, S. 239-243.

73 ROHNER (Anm. 72), S. 241.

74 BGE 116 Ia 359 Sachverhalt, S. 361.

75 BGE 116 Ia 359 Sachverhalt, S. 361.

76 BGE 116 Ia 359, Sachverhalt, S. 361-362; siehe Website «Gruppe für Innerrhoden».

Frauen mitmeinen.⁷⁷ So hat das Bundesgericht hier die verfassungskonforme Auslegung höher gewichtet als das historische Element und den Wortlaut.⁷⁸ Das Bundesgericht führt aus, dass «der Zeitablauf seit der Aufnahme der beiden Bestimmungen in den Jahren 1971 und 1981 [Frauenstimmrecht und Gleichstellungsartikel in der BV] sowie der seither eingetretene Wandel des geistigen, sozialen und politischen Entwicklungsstandes mitzuberücksichtigen» seien.⁷⁹ Überspitzt formuliert, könnte man das Bundesgericht so verstehen, dass es keine Geduld mehr hatte.⁸⁰

2. Strategische Prozessführung gegen Bundesgesetze

Die erstaunlichsten Beispiele sind diejenigen Beschwerden, welche von vorneherein aussichtslos erscheinen. Hierzu gibt es zwei Beispiele im Bereich des Erwerbbersatzgesetzes⁸¹, eines Bundesgesetzes im Sinne von Art. 190 BV. Dieses Gesetz regelt gleichzeitig den Erwerbbersatz von Dienstleistenden in der schweizerischen Armee, im Zivildienst oder im Rotkreuzdienst sowie den Mutterschaftsurlaub (Art. 1a und Art. 16b EOG). Dementsprechend regelt das Gesetz einerseits einen Bereich, der Frauen, und andererseits einen Bereich, der statistisch klar mehr Männer betrifft.⁸²

Das Bundesgericht musste sich in den letzten Jahren mit der Frage befassen, ob bestimmte Bestimmungen des Erwerbbersatzgesetzes gegen das Gebot der Gleichberechtigung der Geschlechter (Art. 8 Abs. 3 BV) verstossen.⁸³ So hat ein Vater im Jahr 2012 bei der zuständigen AHV-Zweigstelle ein Gesuch um «Elternschaftsentschädigung» gestellt. Der Anspruch auf Erwerbbersatzentschädigung wurde mit Verweis auf den Wortlaut (anspruchsberechtigt sind «Frauen» (Art. 16b EOG)) und den Zweck der «Mutterschaftsentschädigung»

77 BGE 116 Ia 359 E. 10c; kritisch zu diesem Richtungswechsel: GIOVANNI BIAGGINI, Die Einführung des Frauenstimmrechts im Kanton Appenzell I.Rh. kraft bundesgerichtlicher Verfassungsinterpretation, recht 1992, 65-76.

78 BGE 116 Ia 359 E. 9 c.

79 BGE 116 Ia 359 E. 9 b.

80 Auch in diese Richtung deutend: BGE 116 Ia 359 E. 9 a.: «Die Frage, ob Art. 4 Abs. 2 BV unmittelbar zur Anwendung gelange oder ob den Kantonen ein angemessener Zeitraum einzuräumen sei, um ihre Gesetze entsprechend anzupassen, kann offengelassen werden, da eine allfällige Frist seit dem Inkrafttreten von Art. 4 Abs. 2 BV vor rund zehn Jahren ohnehin abgelaufen wäre.»

81 Bundesgesetz über den Erwerbbersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft vom 25. September 1952 (Erwerbbersatzgesetz, EOG; SR. 834.1).

82 Während jeder männliche Schweizer zum Dienst verpflichtet ist (Art. 59 Abs. 1 BV), ist dieser für weibliche Schweizer freiwillig (Art. 59 Abs. 2 BV).

83 BGE 140 I 305; BGer Urteil 9C_737/2019 vom 22. Juni 2020.

verneint.⁸⁴ Gegen die Ablehnung des Gesuches hat er Einsprache respektive Beschwerde wegen Verletzung von Art. 8 Abs. 3, Art. 13 Abs. 1 und Art. 14 BV, Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK und des UNO-Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau⁸⁵ erhoben.⁸⁶ Das Bundesgericht hat die Beschwerde mit derselben Argumentation abgewiesen.⁸⁷

Im letzten Jahr befasste sich das Bundesgericht mit den Betriebszulagen.⁸⁸ Betriebszulagen dienen dazu, beim Erwerbsausfall die weiterlaufenden Betriebskosten zu decken.⁸⁹ Diese werden nur beim Dienstersatz und nicht beim Mutterschaftsurlaub ausbezahlt. Der Gesetzgeber hat diese unterschiedliche Behandlung bewusst gewählt, um Kosten zu sparen.⁹⁰ Wiederrum hat das Bundesgericht aufgrund des Wortlauts und des klaren Willens des Gesetzgebers die Beschwerde wegen Verletzung von Art. 8 Abs. 2 und 3 sowie Art. 29 und Art. 29a BV abgewiesen.⁹¹

Das Interessante an der Argumentation des Bundesgerichts ist, dass beide Urteile wiederum Ausführungen zur Auslegung enthalten.⁹² Das Urteil zum Vaterschaftsurlaub setzt sich vertieft damit auseinander, inwiefern es an den Willen des Gesetzgebers gebunden und dies mit einer verfassungskonformen Auslegung zu verbinden sei: «Die verfassungskonforme Auslegung hat insbesondere dort ihre Grenze, wo entgegen dem klaren gesetzgeberischen Willen [...] ein (neuer) sozialversicherungsrechtlicher Anspruch geschaffen würde.»⁹³ Diese Ausführungen zeigen, dass sich das Bundesgericht der methodischen Möglichkeiten, die – wie beim Urteil zum Frauenstimmrecht – zu einer Gutheissung führen würden, bewusst ist.

Prof. Regula Kägi-Diener vertrat die Parteien im Prozess zum Vaterschaftsurlaub und wurde vom Verein «gleichberICHTIG» unterstützt.⁹⁴ Die

84 BGE 140 I 305 Sachverhalt A.

85 Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979 (SR 0.108; CEDAW).

86 BGE 140 I 305 E. 3.2.

87 BGE 140 I 305 E. 7.4.

88 BGer Urteil 9C_737/2019 vom 22. Juni 2020.

89 KOMMISSION FÜR SOZIALE SICHERHEIT UND GESUNDHEIT DES NATIONALRATES, Bericht Parlamentarische Initiative 01.426 Revision Erwerbsersatzgesetz, BBl 2002 7522, S. 7536.

90 KOMMISSION (Anm. 89), S. 7547.

91 BGer Urteil 9C_737/2019 vom 22. Juni 2020, E. 3.1-3.2.

92 BGE 140 I 305 E. 6.1-7.1; BGer Urteil 9C_737/2019 vom 22. Juni 2020, E. 3.1-3.2.

93 BGE 140 I 305 E. 6.2.

94 Berner Eltern wollen Vaterschaftsurlaub einklagen, Tagesanzeiger vom 20. Oktober 2013.

Ehefrau des Beschwerdeführers, Charlotte Sieber-Gasser, arbeitet als wissenschaftliche Oberassistentin und Lehrbeauftragte in den Rechtswissenschaften an der Universität Luzern und war mit verschiedenen anderen Jurist*innen Mitgründerin des Vereins «gleichbeRICHTIG».⁹⁵ Auch die Beschwerdeführerin im Verfahren gegen die fehlenden Betriebszulagen für selbständige Frauen bei der Mutterschaft war eine Juristin. Sie wurde von Dr. Fanny de Weck, Anwältin in Zürich, vertreten.⁹⁶ Der Verein «Juristinnen Schweiz» hat beide Verfahren finanziell unterstützt.⁹⁷

Es kann davon ausgegangen werden, dass die Juristinnen, welche die beiden Prozesse führten, wussten, dass das Bundesgericht ihre Situation nicht ändern und höchstens die Verfassungswidrigkeit dieser feststellen könnte. Trotzdem führten sie diese Prozesse und setzten Ressourcen ein. Die beiden Prozesse erinnern an die Worte von JULES LOBEL, der in seinem Buch «*Success without Victory*» schreibt: «If success can be measured only by direct result, immediate change, or easily perceived impact, then these earlier cases were unmitigated failures. But, if success can be viewed like the penitenti of a painting, then these cases take on a different hue. Success inheres in the creation of a tradition, of a commitment to struggle, of a narrative of resistance that can inspire others similarly to resist.»⁹⁸ Zudem haben wir im Kapitel zu den kantonalen Erlassen (1) gesehen, dass das Bundesgericht auch überraschen kann.

3. Die Rolle des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

Die Ratifizierung der Europäischen Konvention für Menschenrechte (EMRK)⁹⁹ hatte einen gewichtigen Einfluss auf die strategische Prozessführung in der Schweiz. Erstens hat die EMRK die Einschränkungen von Art. 190 BV auf die Möglichkeiten der strategischen Prozessführung abgemildert. Anders als das Bundesgericht ist der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) nicht an das Anwendungsgebot von Bundesgesetzen gebunden.¹⁰⁰ Das führt potenziell dazu, dass das Bundesgericht «zur blossen Durchlauf-

95 Persönliches Gespräch mit Charlotte Sieber-Gasser.

96 KATHRIN ALDER, *Selbständige sind für die Dienstpflicht besser abgesichert als für die Mutterschaft – laut Bundesgericht ist das keine Geschlechterdiskriminierung*, Neue Zürcher Zeitung vom 15. Juli 2020.

97 ALDER (Anm. 96); persönliches Gespräch mit Charlotte Sieber-Gasser.

98 LOBEL (Anm. 17), S. 7.

99 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101).

100 BUNDESRAT (Anm. 36), S. 508.

instanz degradiert» würde.¹⁰¹ Um diesem Umstand Rechnung zu tragen, hat das Bundesgericht seine Rechtsprechung angepasst und wendet konventionswidrige Bundesgesetze nicht an.¹⁰²

Zweitens geht der EGMR in seinen Urteilen teilweise weiter als das Bundesgericht. Als Beispiel können zwei Urteile im Bereich des Namensrechts genannt werden: *Burghartz gegen die Schweiz* und *Losonci Rose und Rose gegen die Schweiz* von 1994 respektive 2010.¹⁰³

Das Bundesgericht anerkannte in seinen Urteilen, die dann weitergezogen wurden, dass die damalige Regelung des Namensrechts verfassungswidrig sei.¹⁰⁴ Es sei ihm aber aufgrund von Art. 190 BV respektive der deckungsgleichen Bestimmung in der alten Bundesverfassung verwehrt, «eine vom Gesetzgeber verworfene Namensregelung einzuführen.»¹⁰⁵ Nur im Fall *Losonci* musste sich das Bundesgericht mit der Frage, ob das so ausgestaltete Namensrecht konventionswidrig sei, auseinandersetzen und verneinte diese.¹⁰⁶

Der EGMR hat die Schweiz in beiden Fällen wegen Verletzung von Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK verurteilt.¹⁰⁷ Das Parlament hat diese beiden Urteile angenommen und das Namensrecht, wenn auch erst 2013, entsprechend angepasst.¹⁰⁸ Dies zeigt exemplarisch, dass die Legislative Entscheide von Gerichten, selbst von sogenannten fremden Richter*innen,¹⁰⁹ in den politischen Prozess aufnimmt. Somit können strategische Prozesse in der Schweiz schlussendlich zu politischen Veränderungen führen. Auch die Anliegen der beiden Verfahren zum Erwerbersatzgesetz (IV. 2.) wurden von der Politik aufgenommen: Seit dem 1. Januar 2021 besteht in der Schweiz ein zweiwöchiger

101 So die Botschaft zur neuen Bundesverfassung, BUNDESRAT (Anm. 36), S. 508.

102 BGE 117 Ib 373 E. 2a-f; BUNDESRAT (Anm. 36), S. 508.

103 EGMR, *Burghartz v Switzerland*, Application no. 16213/90, 22. Februar 1994; EGMR, *Losonci Rose and Rose v. Switzerland*, Application no. 664/06, 9. November 2010.

104 BGE 115 II 193 E. 3b: «Auch für die Berufung auf Art. 4 Abs. 2 BV bleibt unter diesen Umständen kein Raum. Zwar liegt auf der Hand, dass die folgerichtige Durchsetzung des Gleichberechtigungsgrundsatzes nach einer anderen Ausgestaltung des Namensrechts verlangt hätte, doch kann sich das Bundesgericht deswegen nicht dazu veranlasst sehen, durch ausdehnende Auslegung eine vom Gesetzgeber klar verworfene Namensregelung einzuführen (Art. 113 Abs. 3 BV).»; Urteil 5A.4/2005 vom 24. Mai 2005, E. 3.3.1

105 Urteil 5A.4/2005 vom 24. Mai 2005, E. 3.3.1.

106 Urteil 5A.4/2005 vom 24. Mai 2005, E. 3.3.2.

107 *Burghartz v. Switzerland* (Anm. 103), § 29; *Losonci v. Switzerland* (Anm. 103), § 53.

108 Parlamentarische Initiative 03.428 «Name und Bürgerrecht der Ehegatten» von Nationalrätin Susanne Leutenegger Oberholzer; Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates, Parlamentarische Initiative 03.428 «Name und Bürgerrecht der Ehegatten» vom 27. August 2009, BBl 2009 7573.

109 Eidgenössische Volksinitiative «Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)», BBl 2016 7091.

Vaterschaftsurlaub (Art. 16i ff. EOG) und die Einführung von Betriebszulagen im Rahmen des Mutterschaftsurlaubs wird im Parlament diskutiert.¹¹⁰

V. Strategische Prozessführung in der Schweiz

Ruth Bader Ginsburg hat in den USA mittels strategischer Prozessführung unglaublich viel für die Gleichstellung der Geschlechter erreicht (I). Strategische Prozessführung bezweckt politische Veränderungen durch Gerichtsverfahren und steht so im Spannungsfeld zwischen Recht und Politik (II). Dies hat auch Ruth Bader Ginsburg erkannt, als sie das Urteil *Roe v. Wade* des *US Supreme Court* kritisierte: «I will stress [...] that judges play an interdependent part in our democracy. They do not alone shape legal doctrine but, as I suggested at the outset, they participate in a dialogue with other organs of government, and with the people as well.»¹¹¹ In der Schweiz sind diese Interdependenzen der Gewalten spezifisch anders ausgestaltet. Zudem basiert die schweizerische Verfassungsordnung auf einem distinkten Demokratieverständnis und es besteht eine Vielzahl von direkt-demokratischen Partizipationsmitteln. Diese Faktoren erschweren grundsätzlich die Möglichkeiten der strategischen Prozessführung (III).

Vielleicht hat sich auch deshalb in der Schweiz die strategische Prozessführung nicht wie in den USA als Instrument etabliert. Gleichzeitig zeigt die Analyse von verschiedenen Gerichtsverfahren im Bereich der Geschlechterdiskriminierung, dass in der Schweiz trotz dieser schwierigen Vorzeichen strategische Prozesse erfolgreich geführt werden können (IV). Seit Anfang 2020 baut der Verein *humanrights.ch* eine Anlaufstelle für strategische Prozessführung auf. Die Anlaufstelle will Informationen und *best practices* zu strategischen Prozessen in der Schweiz sammeln, Vernetzungsarbeit leisten und so strategische Prozessführung in der Schweiz fördern.¹¹² Es wird sich zeigen, ob die Koordination durch eine Anlaufstelle das Mittel der strategischen Prozessführung in der Schweiz vermehrt etablieren kann. Dieser Artikel wollte aufzeigen, dass es funktionieren könnte.

110 Motion 19.4110 «Betriebszulagen bei Mutterschaftsentschädigung von Selbstständig-erwerbenden» im Parlament diskutiert.

111 RUTH BADER GINSBURG, *Speaking in a Judicial Voice*, *New York University Law Review* 1992, 1185-1209, S. 1198; ähnlich GINSBURG (Anm. 3), S. 324.

112 *Humanrights.ch*, Anlaufstelle für strategische Prozessführung, Stärkung des Zugangs zum Recht für marginalisierte Personengruppen, November 2020.

Caroline Rausch

Wer handelt, wenn die Gesetzgebung untätig bleibt?

I. Einleitung	34
----------------------------	----

II. Ausgangslage: Nichtfortführung der Gleichstellungskommission im Kanton Zug	34
1. Kontext	34
2. Untersuchungsgegenstand	35

III. Bundesgerichtsurteil	36
1. Erwägungen	36
2. Beurteilung	38

IV. Verordnung der Kantonsregierung	40
1. Zulässigkeit der Verordnung	41
2. Beurteilung	42

V. Ausblick	44
--------------------------	----

I. Einleitung

Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV¹ statuiert als Gesetzgebungsauftrag die rechtliche und tatsächliche Gleichberechtigung von Frau und Mann. Trotzdem weisen Untersuchungen und statistische Erhebungen teilweise erhebliche geschlechtsspezifische Ungleichheiten in der beruflichen Stellung, im Anteil der Vollbeschäftigten, der Vertretung in den politischen Institutionen oder dem Erwerbseinkommen nach.² Lange Verzögerungen scheinen auch nach der späten Einführung des Frauenstimmrechts ein prägendes Merkmal der Schweizer Gleichstellungspolitik zu sein. Unerfüllte Gesetzgebungsaufträge kommen aber nicht nur im Bereich der Gleichstellung vor, sie sind ein Phänomen, das sich in vielen Gebieten beobachten lässt.³

Der vorliegende Beitrag geht der Frage nach, welche rechtsstaatlichen Mittel zur Verfügung stehen, um auf einen unerfüllten Gesetzgebungsauftrag zu reagieren. Behandelt werden, anhand des Beispiels der Nichtfortführung der Gleichstellungskommission im Kanton Zug, zwei Möglichkeiten, um die Erfüllung von Gesetzgebungsaufträgen voranzutreiben, eine von Seiten der Judikative und eine andere von Seiten der Exekutive. Ein besonderes Augenmerk wird auf der Eignung und der Problematik solcher Lösungen liegen.

II. Ausgangslage: Nichtfortführung der Gleichstellungskommission im Kanton Zug

1. Kontext

Der Gleichstellungsauftrag ist in Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV verankert. Er wird durch das CEDAW-Übereinkommen und die jeweiligen spezifischen kantonalen

1 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

2 Bundesamt für Statistik, Auf dem Weg zur Gleichstellung von Frau und Mann, 2019; Viertes/Fünfter Bericht der Schweiz über die Umsetzung des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau (CEDAW), 2014.

3 Bekannte Beispiele sind die Mutterschaftsversicherung, das Doppelbesteuerungsverbot und Art. 5 RPG. Vgl. dazu: GIOVANNI BIAGGINI, Verfassung und Richterrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1991, S. 452–453; ALAIN GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2017, S. 93; RENÉ RHINOW / MARKUS SCHEFER / PETER UEBERSAX, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016, N 83–84; EVELYNE SCHMID, Völkerrecht und die Legislative: Wenn der nationale Gesetzgeber mit den Schultern zuckt, Völkerrechtsblog, 6. August 2014.

Bestimmungen⁴ untermauert und konkretisiert. Die Bestimmungen fordern die rechtliche und tatsächliche Gleichstellung von Frau und Mann.⁵

In der Lehre wird betont, dass der Gleichstellungsauftrag weder einklagbare Rechte noch Bundeskompetenzen begründet. Der Auftrag ist programmatischer Natur und es handelt sich um einen Gesetzgebungsauftrag.⁶ Angesprochen wird die Legislative von Bund, Kantonen und Gemeinden in ihren jeweiligen Zuständigkeitsbereichen.⁷ Obwohl der Verfassungstext nur den Gesetzgeber nennt, richtet sich der Auftrag auch an alle anderen Staatsorgane. Da die Pflicht den Rahmen der gewaltenteiligen und föderalistischen Kompetenzordnung respektieren muss, ist bei grundlegenden Regelungen mit einer gewissen Tragweite zwar immer noch das Parlament gefordert. Die anderen Gewalten können sich aber nicht einfach mit Hinweis auf die Legislative zurückhalten.⁸

2. Untersuchungsgegenstand

Im Kanton Zug wurde zur Erfüllung des Gleichstellungsauftrages u.a. 1998 eine befristete Kommission für die Gleichstellung von Frau und Mann gebildet. 2010 beantragte der Regierungsrat dem Kantonsrat die Fortführung der Gleichstellungskommission auf acht Jahre sowie ein erweitertes Budget und ein präzisiertes Mandat. In der zweiten Lesung fiel die Vorlage mit bloss einer Stimme Differenz, 37 zu 36, jedoch durch.⁹ Damit lief die Gleichstellungskommission aus, ohne dass ein Ersatz beschlossen wurde. In der Folge stellte

4 Im Kanton Zug: § 5 Abs. 2 KV/ZG.

5 PC BV-MAHON, in: Jean-François Aubert/Pascal Mahon (Hrsg.), *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, Zürich 2003 (zit. PC BV-VERFASSERIN), Art. 8 N 20; BSK BV-WALDMANN, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), *Schweizerische Bundesverfassung*, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. BSK BV-VERFASSERIN), Art. 8 N 106; BGE 142 I 49 E. 9.6.1.

6 Botschaft zur Volksinitiative «Gleiche Rechte für Mann und Frau», BBl 1980 I 96, 142; ANDREAS AUER / GIORGIO MALINVERNI / MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, Band II, 3. Aufl., Bern 2013, N 1118; OFK BV-BIAGGINI, in: Giovanni Biaggini (Hrsg.), *BV Kommentar*, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. OFK BV-VERFASSENER), Art. 8 N 30.

7 SGK BV-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, in: Bernhard Ehrenzeller (et al.) (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung*, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2014 (zit. SGK BV-VERFASSENER), Art. 8 N 110; ETIENNE GRISEL, *Egalité*, 2. Aufl., Bern 2009, N 231; BGE 137 I 305 E. 3.1

8 Botschaft «Gleiche Rechte für Frau und Mann» (Anm. 6), 142; JÖRG PAUL MÜLLER, *Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV*, Bern 2018, S. 71; REGULA KÄGI-DIENER, *Urteilsbesprechung BGE 137 I 305*, AJP 2012, 400-403, S. 402; JACQUES DUBEY, *Droits fondamentaux*, Volume II, Basel 2017, N 3160; BGE 137 I 305 E. 3.1; BGE 140 I 201 E. 6.4.2.

9 Kanton Zug, Protokoll des Kantonsrates, 80. Sitzung, 28. Oktober 2010, S. 2753.

die Regierung alle Zahlungen an laufende Projekte der Gleichstellungskommission ein, und bereits aufgegleiste Vorhaben zugunsten der Gleichstellung mussten abgesagt werden.¹⁰

Das Stimmvolk sah sich mit einem unerfüllten Gesetzgebungsauftrag konfrontiert und Parteien sowie Einzelpersonen reichten am Bundesgericht eine Beschwerde ein.¹¹ Fraglich ist, wie die Judikative mit dem untätigen Gesetzgebungsorgan umgegangen ist.¹²

III. Bundesgerichtsurteil

1. Erwägungen

Das Bundesgericht hatte zu beurteilen, ob ein Gesetzgebungsauftrag einen justiziablen Gehalt aufweisen könne. Nach Aufarbeitung der herrschenden Lehre befand das Gericht, dass ein allfälliger Anspruch auf gesetzgeberisches Handeln aus der Norm abzuleiten sei, die den Gesetzgebungsauftrag enthält.¹³ Die Beschwerdeführerinnen müssen substantiiert darlegen können, dass ein bindender Auftrag mit klar identifizierbaren Verpflichtungen besteht.¹⁴ Da die Frage, ob eine Bestimmung eine Handlungspflicht des Gesetzgebungsorgans enthält, eine materiellrechtliche ist, genügt für einen Eintretensbeschluss ein vertretbar begründeter *potentieller* Anspruch, analog der Rechtsprechung zu Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG,¹⁵ auf gesetzgeberisches Handeln.¹⁶ Im vorliegenden Fall begründeten die Beschwerdeführerinnen

10 REGULA KÄGI-DIENER, Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichts betreffend Gleichstellungskommission Zug, recht 2012, 30-34, S. 30.

11 Während des laufenden Beschwerdeverfahrens lehnte der Kantonsrat Zug eine erneute Motion zur Schaffung gesetzlicher Grundlagen zur Umsetzung der Chancengleichheit von Frau und Mann ab. Kanton Zug, Protokoll des Kantonsrates, 85. Sitzung, Donnerstag, 9. Dezember 2010, S. 2913.

12 Aus Platzgründen findet vorliegend keine detaillierte Urteilsbesprechung statt und es wird nur auf die für den vorliegenden Beitrag relevanten Punkte eingegangen werden. Für eine detaillierte Urteilsbesprechung siehe: KÄGI-DIENER (Anm. 8), S. 400-403; GABRIELA MEDICI, Verpflichtung der Kantone, eine wirksame Gleichstellungspolitik zu betreiben, Jusletter, 2. April 2012; KÄGI-DIENER (Anm. 10) S. 30-34; WALTER KÄLIN (et al.), ZBJV 148/2012, S. 686-689; MATHIAS KAUFMANN, Die unmittelbare Anwendbarkeit von Verfassungsnormen, Jusletter, 16. Oktober 2017; EVELYNE SCHMID, Völkerrechtliche Gesetzgebungsaufträge in den Kantonen, ZSR 2016 I, 3-25.

13 BGE 137 I 305 E. 2.4. Ein ähnliches Vorgehen ist auch beim Anspruch auf rechtliches Gehör im Rechtssetzungsverfahren und bei den Schutzpflichten zu beobachten. BGE 126 II 300 E. 5; BGE 129 I 113 E. 3.

14 BGE 137 I 305 E. 2.5. Das Bundesgericht spricht etwas unschön vom «Ob» und «Wie».

15 Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG; SR 173.110)

16 BGE 137 I 305 E. 2.5; BGE 136 II 177 E. 1.1.

detailliert, weshalb sich aus den Bestimmungen eine Verpflichtung zur Schaffung einer Kommission oder Fachstelle zur Gleichstellung ergebe.¹⁷

Der Antrag wurde anschliessend auf materieller Ebene geprüft.¹⁸ Nach Ausführungen zum inhaltlichen Verpflichtungsgehalt¹⁹ kam das Gericht zum Schluss, dass der Gleichstellungsauftrag das Gesetzgebungsorgan nicht zu einer spezifischen Erfüllungsmodalität, wie die Schaffung einer Kommission oder Fachstelle, verpflichte, sondern nur eine generelle Handlungspflicht enthalte.²⁰ Somit konnte der Kanton Zug auch nicht zur Durchführung einer bestimmten Massnahme verpflichtet werden. Da nach dem Beschluss zur Nichtfortführung der Kommission aber gar keine weiteren Massnahmen für die Gleichstellung ergriffen wurden und erhebliche Ungleichheiten zwischen Frau und Mann bestanden, war der Kanton verpflichtet, eine Ersatzlösung vorzusehen. Diese muss festhalten, von wem, wie und mit welchen Mitteln der Gleichstellungsauftrag künftig umgesetzt werden soll.²¹ Folglich bestand zwar ein bindender Gesetzgebungsauftrag, aber dieser enthielt keine Verpflichtung zu einer bestimmten institutionellen Massnahme, weshalb die Beschwerde im Ergebnis abgewiesen wurde.²² Das Bundesgericht stellte trotz Abweisung der Beschwerde die Verfassungswidrigkeit der Untätigkeit fest²³ und forderte das Gesetzgebungsorgan auf, Massnahmen zu treffen, um den Gleichstellungsauftrag umzusetzen. Damit ist ein Appellurteil ergangen.²⁴

Beim Appellentscheid stellt die Kontrollinstanz die Rechtswidrigkeit einer Regelung fest und fordert das Erlassorgan auf zu handeln.²⁵ Es wird bei einer fehlenden funktionalen Eignung des Bundesgerichts getroffen. Die Zurückhaltung ist folglich auf die Gewaltentrennung zurückzuführen. Die Eignung fehlt dem Gericht vor allem dort, wo sich ein verfassungswidriger Zustand nur durch den Erlass neuen Rechts beseitigen lässt und dabei mehrere

17 BGE 137 I 305 E. 2.5

18 BGE 137 I 305 E. 3-6.6

19 BGE 137 I 305 E. 3.1-5.4, 6.1-6.5.

20 BGE 137 I 305 E. 5.5, 6.6, 7.

21 BGE 137 I 305 E. 4, 5.2.

22 BGE 137 I 305 E. 7.

23 Zu beachten ist, dass eine vollständige Unterlassung vorlag, was die richterliche Prüfung im Vergleich zu teilweisem Unterlassen erleichtert. Zudem handelte es sich um eine regressive Massnahme, für welche eine gewisse Vermutung der Unzulässigkeit besteht, da wir uns im Bereich der ressourcenabhängigen Menschenrechte befinden. SCHMID (Anm. 3), S. 17.

24 LORENZ KNEUBÜHLER, Wie Gerichte dem Gesetzgeber Beine machen, LeGes 2014/3, 409-418, S. 412; MARTIN E. LOOSER, Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen, Zürich/St. Gallen 2011, S. 1085.

25 KNEUBÜHLER (Anm. 24), S. 412.

verfassungskonforme Lösungen denkbar sind.²⁶ Denn das Gericht ist «weder demokratisch noch rechtsstaatlich dazu ermächtigt, seine eigene Gerechtigkeitsversion vor jene des Gesetzgebers zu stellen».²⁷ Weitere Gründe für die Zurückhaltung lassen sich aus Art. 164 BV ableiten, wonach grundlegende Regelungen einen gesetzgeberischen und damit demokratischen Entscheid verlangen. Des Weiteren spielen auch die beschränkten Möglichkeiten des Gerichts, bei komplexer Sach- oder Rechtslage eine richterliche Ersatzordnung zu treffen, eine Rolle.²⁸

Eine rechtliche Wirkung kommt Appellen aber nicht zu und sie stellen auch keine Entscheide im Sinne von Art. 107 BGG dar.²⁹ Es kann bloss die Ausdruckskraft eines Urteils verstärkt und dadurch der Verfassungsauftrag «deklaratorisch aktualisiert»³⁰ werden.³¹

2. Beurteilung

Das Bundesgericht anerkennt im Ergebnis die Zulassung einer Rechtsverweigerungsbeschwerde bei gesetzgeberischer Untätigkeit, insbesondere wenn sich eine Handlungspflicht aus den in den Grundrechten festgehaltenen Schutz- und Gewährleistungspflichten ableiten lässt. Folglich lässt sich aus Gesetzgebungsaufträgen beschränkt ein justiziables Recht ableiten.³² Diese Neuheit wurde in der Literatur mehrheitlich zustimmend aufgenommen.³³

26 EVA MARIA BELSER / BERNHARD WALDMANN / EVA MOLINARI, Grundrechte I, Zürich 2012, S. 190; SUSANNE LEUZINGER, Hinweise des Bundesgerichts an den Gesetzgeber, Justice-Justiz-Giustizia 2013/3, 2-10, N 13; LOOSER (Anm. 24), S. 1085-1086; BERNHARD RÜTSCHKE, Die Rechtsgleichheit in Bewegung: Dogmatische Fortbildung von Art. 8 Abs. 1 BV, AJP 2013, S. 1321-1331, S. 1330; PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016, § 11 N 22-23; BGE 110 Ia 7 E. 6; BGE 131 I 74 E. 6.1.

27 TSCHANNEN (Anm. 26), § 11 N 22.

28 KÄGI-DIENER (Anm. 8), S. 402; KNEUBÜHLER (Anm. 24), S. 413-414; BGE 137 I 305 E. 2.5.

29 LOOSER (Anm. 24), S. 1086; BERNHARD RÜTSCHKE, Rechtsfolgen von Normenkontrollen, ZBl 106/2005, 273-304, S. 298.

30 STEPHAN WULLSCHLEGER, Gesetzgebungsaufträge: normativer Gehalt und Möglichkeiten richterlicher Intervention, Basel 1999, S. 358.

31 RÜTSCHKE (Anm. 29), S. 298; RAINER J. SCHWEIZER, Durchsetzung des Grundrechtsschutzes, in: Detlef Merten / Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band VII/2, Zürich/St. Gallen 2017, 747-787, N 109.

32 SGK BV-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER (Anm. 7), Art. 8 N 116; KÄGI-DIENER (Anm. 8), S. 401-402.

33 KÄGI-DIENER (Anm. 8), S. 401; TAREK NAGUIB, Bedeutung des BGE 137 I 305 für den institutionellen Diskriminierungsschutz auf kantonaler Ebene, AJP 2012, S. 915-932, S. 918; KURT PÄRLI, BGE 137 I 305 – auch eine Art «Haftungsfall», in: Anna Böhme (et al.) (Hrsg.), Ohne jegliche Haftung – Festschrift für Willi Fischer, Zürich 2016, 417-429,

Zu bedenken ist, dass die Wirkungen eines Eintretensbeschlusses ohne entsprechende starke Rechtsfolgen in der materiellen Beurteilung aber beschränkt bleiben. Ein Appellurteil kann insbesondere für die Beschwerdeführerinnen stossend erscheinen, denn ihnen ist konkret wenig geholfen, wenn das Gericht zwar die Rechtswidrigkeit einer geltenden Regelung feststellt, dann aber bloss an das Gesetzgebungsorgan appelliert, diese zu ändern.³⁴ Das Bundesgericht selbst bezeichnet die blosser Feststellung der Rechtswidrigkeit und den Appell als einen Notbehelf.³⁵

Eine stärkere Wirkung könnte erreicht werden, wenn das Gericht die zuständigen Behörden auch formell, im Dispositiv, zu entsprechenden Vorkehren verpflichten würde.³⁶ Idealerweise noch unterstützt durch die Setzung einer Anpassungsfrist oder von Leitplanken, welche auf mögliche verfassungskonforme Regelungsalternativen hinweisen.³⁷ Eine Aufnahme ins Dispositiv würde zu einer (teilweisen) Gutheissung der Beschwerde führen und den Rechtsfolgen unmittelbare Wirkung verleihen. Zudem würden auch die Transparenz und Effektivität des Rechtsschutzes erhöht werden.³⁸ Das Bundesgericht hätte vorliegend auch im Dispositiv die Rechtswidrigkeit der geltenden Rechtslage feststellen und die Beschwerde somit teilweise gutheissen können.³⁹ Dies hätte dem Appellentscheid eine rechtliche Wirkung verliehen. Zusammenfassend ist mit dem Eintretensbeschluss ein starkes Urteil ergangen, dessen Wirkung aber durch die blosser Feststellung der Verfassungswidrigkeit und des Appells geschwächt wurde. Obwohl die Zurückhaltung des Gerichts mit Blick auf die Gewaltenteilung und die Funktionalität des Bundesgerichts angemessen war, erscheint ein Appellurteil als wenig erfolgversprechend. Denn es vermag zwar den Druck auf das Parlament, die verfassungskonforme Rechtslage selbst herzustellen, zu verstärken; gleichzeitig wird sich aber im nächsten Abschnitt zeigen, dass das Parlament diesem Druck sehr wohl standhalten kann.

S. 423; ANDREAS ZÜND, Grundrechtsverwirklichung ohne Verfassungsgerichtsbarkeit, AJP 2013, 1349-357, S. 1355; Kritisch: GREGOR BACHMANN, Anspruch auf Verfahren und Entscheid, Bern 2019, S. 208; MATTHIAS KAUFMANN, Der öffentlichrechtliche Anspruch, Zürich 2015, S. 72-73, 93-95; DERS. (Anm. 12), N 17.

34 KNEUBÜHLER (Anm. 24), S. 412.

35 BGE 137 I 305 E. 2.5.

36 RÜTSCH (Anm. 29), S. 303; BSK BGG-TSCHÜMPERLIN, in: Marcel Alexander Niggli (et al.) (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK BGG-VERFASSEIN) Art. 70 N 10b; BGE 145 I 259, Dispositiv 1.

37 KNEUBÜHLER (Anm. 24), S. 412; LOOSER, S. 1087-1088; RÜTSCH (Anm. 29), S. 302-303; Beispiel zur Ansetzung von Leitplanken in den Erwägungen: BGE 145 I 259, E. 8.5.3, 9.

38 RÜTSCH (Anm. 29), S. 303.

39 Wie in BGE 145 I 259, Dispositiv 1.

IV. Verordnung der Kantonsregierung

Nach dem Bundesgerichtsurteil begann der Zuger Regierungsrat die Arbeit an einem Gesetzesentwurf. Der Gesetzgebungsprozess gestaltete sich jedoch schon von Beginn an schwierig, und die zuständige Direktorin des Innern fasste zusammen, «dass die Gleichstellung offenbar noch viel mehr polarisiert als Kreuze und Kruzifixe». Sie hoffe aber, «dass auch bei diesem Thema [...] der soziale Friede gewahrt werden kann». ⁴⁰ Kernstück des Gesetzesentwurfs, welcher aus fünf kurzen Artikeln bestand, waren ein Zweckartikel und die Bestimmung, welche dem Regierungsrat die Kompetenz übertrug, die zur Zweckerreichung erforderlichen Massnahmen zu bestimmen. ⁴¹

Der Kantonsrat trat jedoch auf die Vorlage nicht einmal ein und folgte damit dem Antrag seiner vorberatenden Kommission. Die Regierung beendete das Traktandum mit der ernüchternden Erwiderung, dass sie die Voten so auffasse, dass die Thematik Sache der Regierung sei und sie eine Verordnung erlasse. ⁴²

Daraufhin kam es erneut zu einer Beschwerde vor Bundesgericht, und die Beschwerdeführerinnen beantragten die Feststellung, dass der Kanton Zug Rechtsverweigerung oder zumindest eine nicht akzeptable Rechtsverzögerung begangen habe, und eventualiter, dass der Kanton verpflichtet sei, Massnahmen auf Gesetzes- oder Verordnungsstufe festzulegen und die dafür notwendigen Ressourcen bereitzustellen. ⁴³

Einen Monat nach Beschwerdeeinreichung beschloss der Regierungsrat im Sinne einer Ersatzlösung, eine Verordnung zur Gleichstellung von Frau und Mann sowie einen darauf gestützten Massnahmenplan. ⁴⁴ Die Verordnung entspricht fast wörtlich dem Entwurf des gescheiterten Gleichstellungsgesetzes und legt verbindlich die Zuständigkeiten und die Mittel fest, mit welchem der Gleichstellungsauftrag künftig umgesetzt werden soll. ⁴⁵ Somit ist die Regierung anstelle des Parlaments tätig geworden.

40 Kanton Zug, Protokoll des Kantonsrates, 59. Sitzung, 7. November 2013, S. 1994.

41 Kanton Zug, Gesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann, Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 11. März 2016, 2603.1, S. 11-16.

42 Kanton Zug, Protokoll des Kantonsrates, 42. Sitzung, 29. September 2016, S. 1323, 1332.

43 BGer 1C_504/2016, 19. Oktober 2017, Sachverhalt D.

44 Verordnung über die Gleichstellung von Frau und Mann, BGS 132.11.

45 Bericht (Anm. 41), S. 11-16; Verordnung über die Gleichstellung von Frau und Mann, BGS 132.11.

1. Zulässigkeit der Verordnung

Vor Bundesgericht waren insbesondere zwei Punkte strittig, und zwar, ob die Verordnung als Rechtsform zulässig war und ob die getroffenen Regelungen ausreichten, um den Gleichstellungsauftrag umzusetzen.⁴⁶

Was den ersten Punkt betrifft, wendete sich das Bundesgericht dem inhaltlichen Teil der Verordnung zu und stellte fest, dass sich diese materiell hauptsächlich auf die Wiedergabe des verfassungs- und völkerrechtlichen Auftrags beschränke.⁴⁷ Die Verordnung enthielt minimale Regelungen unter Respektierung der Beschlüsse des Kantonsrats und unter Wahrung von dessen Befugnissen. Demzufolge stellten die Rechtsform der Verordnung und deren Erlass durch die Regierung zumindest eine zulässige Übergangslösung dar, um den bestehenden Zustand zu beseitigen. Weitergehende Regelungen wären aber vom Kantonsrat zu treffen gewesen, da es sich um ein politisch umstrittenes Thema mit engem Bezug zu den Grundrechten handelte.⁴⁸

Fraglich war sodann, ob durch die «minimalen Regelungen»⁴⁹ der Gleichstellungsauftrag als erfüllt betrachtet werden konnte. Das Gericht stellte fest, dass der Kanton zumindest nicht untätig geblieben sei und Vorkehren eingeleitet habe, um seinen Verpflichtungen nachzukommen.⁵⁰ Zu bedenken gab es aber insbesondere, dass die finanziellen Ressourcen von der Bewilligung des Kantonsrates abhängig waren und dass die zuständigen Verwaltungseinheiten nicht über die Möglichkeit verfügten, Daten über die soziale Wirklichkeit zu erheben. Wie das Bundesgericht treffend urteilte, hängt die Umsetzung des Gleichstellungsauftrages damit stark vom politischen Willen und der Beteiligung von Regierung und Verwaltungskadern ab.⁵¹ Es führte aus, dass es ohne zusätzliche personelle und finanzielle Ressourcen unsicher sei, ob die Verordnung ausreiche, um den Gleichstellungsauftrag wirksam umzusetzen. Die Gleichstellungsverordnung stelle aber die minimale organisatorische Basis für die Fortführung der Zuger Gleichstellungspolitik und zumindest eine zulässige Übergangslösung dar, um den verfassungs- und völkerrechtswidrigen Zustand zu beseitigen.⁵²

46 BGer 1C_504/2016, 19. Oktober 2017, E. 3, 4.

47 BGer 1C_504/2016, 19. Oktober 2017, E. 3.4.2.

48 BGer 1C_504/2016, 19. Oktober 2017, E. 3.4.3.

49 BGer 1C_504/2016, 19. Oktober 2017, E. 3.4.3.

50 BGer 1C_504/2016, 19. Oktober 2017, E. 4.5.

51 BGer 1C_504/2016, 19. Oktober 2017, E. 4.4.

52 BGer 1C_504/2016, 19. Oktober 2017, E. 4.5.

Zum Eventualantrag, dass der Kanton zu spezifischen Massnahmen zu verpflichten sei, führte das Bundesgericht aus, dass es schwierig sei zu beurteilen, ob ein kantonaler Erlass einen Gesetzgebungsauftrag wirksam umsetze, und dass das Bundesgericht ohne klare und konkrete rechtliche Vorgaben nicht selbst Massnahmen anordnen oder ergänzen könne.⁵³

Die Beschwerde wurde im Ergebnis abgewiesen, soweit sie nicht, durch die erlassene Verordnung der Regierung, bereits gegenstandslos geworden war.⁵⁴ Das Bundesgericht unterliess es diesmal auch, direkt an den Gesetzgeber zu appellieren.

2. Beurteilung

Die Regierung befand sich, nachdem der Kantonsrat auf die Gesetzesvorlage nicht eingetreten war und nach der darauffolgenden Beschwerdeeinreichung ans Bundesgericht, in einer schwierigen Situation. Einerseits ging die Regierung davon aus, dass der Auftrag nur durch ein Gesetz umgesetzt werden könne, andererseits sah sie sich erneut mit einem untätigen Kantonsrat konfrontiert, welcher auf die Gesetzesvorlage nicht einmal eintrat.⁵⁵ Um die rechtswidrige Situation nicht länger andauern zu lassen und um ein erneutes Appellurteil des Bundesgerichts zu vermeiden, erliess sie die Gleichstellungsverordnung.

Um nicht in die Kompetenzen des Gesetzgebungsorgans einzugreifen, musste sich die Verordnung der Regierung inhaltlich beschränken. Denn nur durch ein Gesetz können Regelungen von grosser Tragweite, welche neue Rechte und Pflichten begründen, festgelegt werden.⁵⁶ Wie das Gericht dann auch ausführte, rechtfertigte sich die Verordnung der Regierung nur durch ihren minimalen Inhalt und aus dem Grund, dass sie sich auf die Wiedergabe des verfassungs- und völkerrechtlichen Auftrages beschränkte und eben nicht in die Kompetenzen des Gesetzgebungsorgans eingriff.⁵⁷ Ergänzend zum Bundesgerichtsurteil ist anzufügen, dass es sich hierbei um eine Vollziehungsverordnung handelt. Diese darf die kantonale Regierung unter Umständen und gestützt auf ihre Position als oberste kantonale Vollziehungs- und Verwaltungsbehörde auch vorübergehend zum Vollzug eines

53 BGer 1C_504/2016, 19. Oktober 2017, E. 6.3.

54 BGer 1C_504/2016, 19. Oktober 2017, E. 7.

55 Protokoll (Anm. 40), S. 1994; Protokoll (Anm. 42), S. 1334.

56 SGK BV-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER (Anm. 7), Art. 8 N 111; TSCHANNEN (Anm. 26), S. 584-585.

57 BGer 1C_504/2016, 19. Oktober 2017, E. 3.4.2.

Bundesgerichtsurteils, welches eine bundesrechtswidrige kantonale Rechtslage feststellt, erlassen.⁵⁸

Fraglich ist, ob durch eine Verordnung und ergänzende Massnahmen der Regierung ein Gesetzgebungsauftrag erfüllt werden kann. Der Wortlaut von Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV lässt vermuten, dass eine gesetzliche Grundlage verlangt wird. Doch in BGE 137 I 305 führte das Bundesgericht aus, dass der Gleichstellungsauftrag auch ohne gesetzgeberische Massnahmen umgesetzt werden könne.⁵⁹ Es erscheint bedenklich, dass es möglich sein soll, einen Gesetzgebungsauftrag ohne Mitwirkung des Parlaments und mit dementsprechend minimalen Regelungen erfolgreich und wirksam umsetzen zu können. Bei grundlegenden Regelungen mit einer gewissen Tragweite ist der Gesetzgeber gefordert.⁶⁰ Darüber hinaus fasst der Auftrag den formellen Gesetzgeber ins Recht, da nur dadurch Massnahmen mit einer bestimmten hohen Intensität festgesetzt werden können.⁶¹ Andere Staatsgewalten können zwar tätig werden, aufgrund fehlender Kompetenzen können sie einen Gesetzgebungsauftrag aber funktionsbedingt nicht erfüllen. Die Ansicht des Bundesgerichts, dass der Gleichstellungsauftrag sich auch ohne gesetzliche Grundlagen erreichen liesse, ist unstimmtig. Es äusserte sich im jüngeren Urteil auch selbst zur unsicheren Wirksamkeit der Regelung ohne entsprechende Ressourcen und bezeichnete diese nur als eine Übergangslösung, um den rechtswidrigen Zustand zu beseitigen.⁶² Eine klare Feststellung, dass die minimalen Regelungen nicht ausreichen, um den Auftrag umzusetzen, wäre wünschenswert gewesen.⁶³

Ein Blick in die Gesetzessammlung des Kantons Zug verstärkt die Bedenken über die starke Zurückhaltung des Bundesgerichts. Es zeigt sich, dass die Gleichstellungsverordnung, die nur als «Übergangslösung»⁶⁴ gedacht

58 ANDREAS AUER, Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Bern 2016, N 701; YVO HAN-GARTNER, Urteilsbesprechung BGE 130 I 140, AJP 2004, 1409-1415, S. 1414; TOBIAS JAAG, Die Verordnung im schweizerischen Recht, ZBl 112/2001 S. 629-659, S. 643; BGE 130 I 140 E. 3.2, 4.3.2, 5.3.

59 BGE 137 I 305 E. 5.2; Kritisch dazu: NAGUIB (Anm. 33), S. 931.

60 PÄRLI (Anm. 33), S. 428-429. Mit weiteren Hinweisen: RENÉ WIEDERKEHR/PAUL RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Band I, Bern 2012, N 1377.

61 SGK BV-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER (Anm. 7), Art. 8 N 111; KÄGI-DIENER (Anm. 8), S. 402 mit Hinweis auf Art. 2 lit. a CEDAW, welcher auch gesetzgeberische Massnahmen fordert; Botschaft «Gleiche Rechte für Mann und Frau» (Anm. 6), 142.

62 BGer 1C_504/2016, 19. Oktober 2017, E. 3.4.3, 4.5. Vgl. dazu auch PÄRLI (Anm. 33), S. 428-429 mit Hinweis auf BGE 130 I 140 E. 5.3.7.

63 FRANZISKA SPRECHER (et. al.), Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2017 und 2018, ZBJV 154/2018, S. 641-671, S. 649.

64 BGer 1C_504/2016, 19. Oktober 2017, 3.4.3.

war, immer noch in Kraft ist.⁶⁵ Zudem wurde die Verordnung auch nicht im Rahmen der geforderten personellen und finanziellen Ressourcen ausgebaut.⁶⁶ Um den Druck auf das Gesetzgebungsorgan zu erhöhen und der Gefahr entgegenzuwirken, dass die Verordnung auch Jahre nach ihrem Zustandekommen noch nicht durch ein Gesetz ersetzt worden ist, ist eine Befristung der Verordnung unerlässlich.⁶⁷ Jedoch verpflichtet das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung die Regierung nicht dazu, entsprechende Verordnungen zu befristen. Denn die Verordnung muss, wenn sich das Gesetzgebungsverfahren in die Länge zieht oder eine Vorlage in der Volksabstimmung scheitert, anwendbar bleiben.⁶⁸ Durch eine grosszügige Gültigkeitsdauer der Verordnung könnten diese Bedenken jedoch gedämpft werden.

Zusammenfassend hat die Regierung versucht, den Gleichstellungsauftrag ohne den Kantonsrat umzusetzen. Da sie dabei an die Grenzen ihres Zuständigkeitsbereiches gebunden war, sind die Regelungen der Verordnung minimal ausgefallen. Der Zweck der Verordnung lag darin, ein bundesgerichtliches Urteil ohne ein langes und risikoreiches Gesetzgebungsverfahren umzusetzen. Damit konnte die Regierung aber keinen Druck auf das Parlament ausüben, selbst tätig zu werden. Ein eigenständiges Tätigwerden des Kantonsrates wäre aber unerlässlich gewesen.

V. Ausblick

Der Fall des Kantons Zugs verdeutlicht die Schwierigkeiten im Umgang mit unerfüllten Gesetzgebungsaufträgen. Während das Appellurteil durch seine fehlende Durchsetzungskraft aufgefallen ist, sticht die Gleichstellungsverordnung der Regierung durch ihre dauerhafte Geltung und ihren minimalen Inhalt heraus. Beide Instrumente konnten das Gesetzgebungsorgan nicht dazu veranlassen, tätig zu werden. Ein Blick auf die jetzige Situation im Kanton Zug offenbart, dass der Kanton immer noch mit der Gleichstellung zu kämpfen hat.⁶⁹

65 Verordnung über die Gleichstellung von Frau und Mann, BGS 132.11.

66 Siehe zu den Forderungen: BGer 1C_504/2016, 19. Oktober 2017, E. 4.5; VALERIE WIESER, Warum die Gleichstellung im Kanton Zug ein Papiertiger bleibt, zentralplus vom 23. März 2019.

67 PÄRLI (Anm. 33), S. 429.

68 BGE 130 I 140 E. 5.3.7.

69 WIESER, (Anm. 66).

Das vorliegende Problem ist zwar ein typisches, aber auch ein spezifisches, für welches je nach Ebene und Ausgestaltung der Verfassungsgerichtsbarkeit andere Lösungen gefunden werden müssen. Es kommen durchaus auch andere Massnahmen in Frage, um einen unerfüllten Gesetzgebungsauftrag voranzutreiben. In den Sinn kommen bspw. richterliche Ersatzregelungen oder eine Ersatzvornahme auf Seiten des Bundes. Interessant ist auch der Vergleich mit der Verschleppung der Volksinitiative im Bund in der ersten Hälfte des 20. Jahrhundert.⁷⁰ Fraglich bleibt letztlich, ob andere Vorgehensweisen mehr Aussicht auf Erfolg haben und welche rechtsstaatlichen Gefahren diesen innewohnen.⁷¹ Dem Versuch, unerfüllte Gesetzgebungsaufträge durch andere Staatsgewalten zu erfüllen, liegt stets der Konflikt zwischen dem Rechtsstaatsprinzip und der Gewaltenteilung zugrunde. Dieser Beitrag hat versucht, das Verständnis für diesen Grundsatzkonflikt zu stärken und animiert über Lösungen nachzudenken.

70 ParlG Komm.-ALEXANDRE FÜZESSÉRY, in: Martin Graf / Cornelia Theler / Moritz von Wyss, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG) vom 13. Dezember 2002, Basel 2014 (zit. ParlG Komm.-VERFASSERIN), Art. 106 N 1 mit weiteren Hinweisen.

71 Die Autorin erforscht in ihrer Dissertation die Ausgleichsmechanismen bei gesetzgeberischem Unterlassen.

Teil 2:

Gleichheit der Individuen

Marisa Beier

Der Beitrag der Menschenrechte zur Armutsbekämpfung in der Schweiz

I. Einleitung	50
II. WSK-Rechte: Same, but different?	52
III. Die Interdependenz aller Menschenrechte	54
IV. Die staatlichen Verpflichtungen der Menschenrechte	57
V. Die innerstaatliche Justiziabilität der WSK-Rechte	61
VI. Das Potential der WSK-Rechte für armutsbetroffene Personen	63

I. Einleitung

Gross war die Euphorie im Jahr 1948, als die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte proklamierte, es gelte eine Welt zu schaffen, in der die «angeborene[...] Würde und [die] gleichen und unveräusserlichen Rechte aller [...] Menschen die Grundlage von Freiheit, Gerechtigkeit und Frieden»¹ bilden. Heute, mehr als siebenzig Jahre später, hat sich die Vision einer Welt frei von «*Furcht und Not*»² für mehr als zwei Drittel der Menschen, die mit weniger als 10 US-Dollar am Tag leben (noch) nicht erfüllt.³ Für sie bleibt der Zugang zu fundamentalen Gütern wie Nahrung, Gesundheit, Unterkunft und Bildung oftmals verschlossen und die Hoffnung auf ein Leben in Würde, Freiheit und Gleichheit scheint aussichtslos.⁴ Armut wird heute deshalb nicht mehr einzig als Mangel an finanziellen Ressourcen verstanden, der einen angemessenen Lebensstandard verunmöglicht.⁵ Bedürftigkeit ist auch zum Ausdruck sozialer Ausgrenzung und ungleicher Lebensbedingungen geworden, die zu Diskriminierungen, Verlust der Würde sowie zur Unfähigkeit, selbstbestimmt zu handeln, führen.

Im Jahr 2019 waren in der Schweiz rund 735'000 Menschen von Einkommensarmut betroffen, und jede fünfte Person hatte Schwierigkeiten, finanziell ihren Lebensunterhalt zu bestreiten.⁶ Da sich der Armutsbegriff in der Schweiz vor allem am Unvermögen, (mehr) Einkommen zu generieren orientiert, bleibt die Dunkelziffer von bedürftigen Personen, die durch soziale Ausgrenzung Chancenungleichheiten und Diskriminierungen erfahren, hoch.⁷ Diese enge Auffassung der Armut hat zur Folge, dass die schweizerischen Rechtsgebiete

1 Präambel Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948, UN Doc. A/Res/217 A (III) (AEMR).

2 Präambel AEMR, a.a.O., Hervorhebungen durch die Autorin.

3 Our World in Data, *Global Extreme Poverty*.

4 Committee on Economic, Social and Cultural Rights (WSK-Ausschuss), Substantive Issues arising in the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Poverty and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Statement, 4 Mai 2001 (Statement on Poverty), UN Doc. E/C.12/2001/10, N 7-8, 10-11.

5 Zum Ganzen: ALEXANDER SUTER, *Armut und Diskriminierung: Eine Untersuchung zum Diskriminierungsschutz für bedürftige Menschen in der Schweiz*, Zürich/St. Gallen 2015, § 30 N 51; JUDITH WYTENBACH, *Armut: Ausgrenzung und Menschenrechte (Armut)*, in: Schweizerisches Rotes Kreuz (Hrsg.), *Einschluss und Ausschluss: Betrachtungen zu Integration und sozialer Ausgrenzung in der Schweiz*, Zürich 2010, 144-150, S. 144; UN Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), *Principles and Guidelines for a Human Rights Approach to Poverty Reduction Strategies*, Juni 2006 (Principles and Guidelines), UN Doc. HR/PUB/2006/12, iii.

6 BfS, *Armut, Einkommensverteilung und Lebensbedingungen 2019*.

7 SUTER (Anm. 5), § 30 N 21; GUIDO WIZENT, *Die sozialhilferechtliche Bedürftigkeit: Ein Handbuch*, Zürich/St. Gallen 2014, S. 49-53; vgl. BfS, *Armut und materielle Entbehrung*.

nicht dazu genutzt werden, die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben von armutsbetroffenen Personen zu verbessern.⁸ Im Gegenteil, die schweizerische Rechtsordnung sieht vermehrt Benachteiligungen von Bedürftigen aufgrund ihrer wirtschaftlichen Leistungsunfähigkeit vor.⁹ Auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichts hat sich dieser verengte Blick niedergeschlagen: Armutsbetroffene Personen bzw. Sozialhilfebezüglerinnen werden bis heute nicht als verfassungsrechtlich geschützte Gruppe des Diskriminierungsverbots (Art. 8 Abs. 2 BV¹⁰) anerkannt.¹¹ Die Anwendung des schweizerischen Rechts auf die Armutsbekämpfung in der Schweiz lässt demnach zu wünschen übrig.

Wird Armut lediglich aus der Perspektive der wirtschaftlichen Leistungs(un)fähigkeit einer Person betrachtet, kann die universelle Forderung zahlreicher Menschenrechtspakte nach einem Leben in Würde, Freiheit und Gleichheit aller Menschen kaum erfüllt werden.¹² Ein menschenrechtliches Verständnis von Armut hingegen würde die durch die Bedürftigkeit verursachten Menschenrechtsverletzungen, Diskriminierungen und Chancenungleichheiten hervorheben.¹³ Insbesondere können Menschenrechte unmittelbar vor Armut (wie bspw. das Recht auf Nahrung, Unterkunft und Gesundheitsversorgung) schützen und verpflichten den Staat, entsprechende Leistungen für armutsbetroffene Personen sicherzustellen. Schliesslich böte der menschenrechtliche Ansatz einen normativen Rahmen, an dem sich der Staat bei der Armutsbekämpfung orientieren könnte.

8 SUTER (Anm. 5), § 30 N 5.

9 Als Beispiele dienen die kantonalen Kürzungen im Bereich der Sozialhilfeleistungen sowie die Schlechterstellung von Bedürftigen im Ausländer- und Bürgerrecht oder die verfassungsmässig akzeptierten Bettelverbote in einigen Kantonen und Städten; siehe dazu auch SUTER (Anm. 5), § 4 N 110, § 5 N 152 ff., 163 ff., 166 f. sowie EVA MARIA BELSER / THEA BÄCHLER, Das Grundrecht auf Sozialhilfe – Von der Notwendigkeit, ein ungeschriebenes Grundrecht anzuerkennen, das über das Recht auf Hilfe in Notlagen hinausgeht, ZBl 121 2020, 463-488, S. 463, 464.

10 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

11 Zum Ganzen: BGE 135 I 49, E. 5; BGE 136 I 309, E. 4.2; BGer, 1D_6/2018, 3. Mai 2019, E. 5.2.

12 Vgl. Präambel AEMR; Präambel Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966 (UNO-Pakt I; SR 0.103.1); Präambel Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (UNO-Pakt II; SR 0.103.2); OHCHR, Principles and Guidelines (Anm. 5), iii; DIANE ROMAN, Guaranteeing human rights in situations of poverty, in: Council of Europe (Hrsg.), Redefining and combating poverty: Human rights, democracy and common goods in today's Europe, Strassburg 2012, 83-113, S. 86-87, 99.

13 Zum Ganzen ROMAN (Anm. 12), S. 100-101; WYTTENBACH, Armut (Anm. 5), S. 144-145; OHCHR, Principles and Guidelines (Anm. 5), N 7, 15-23; WSK-Ausschuss, Statement on Poverty (Anm. 4), N 2, 9.

Der vorliegende Beitrag setzt sich deshalb mit der Frage auseinander, inwiefern insbesondere die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte (nachfolgend: WSK-Rechte) zur Armutsbekämpfung in der Schweiz beitragen können.

Der Beitrag ist in sechs Kapitel gegliedert und fokussiert auf die für die Schweiz relevanten sowie ratifizierten Menschenrechte. Das folgende Kapitel II zeigt die Problematik der umstrittenen Rechtsnatur der WSK-Rechte im Rahmen der Armutsbekämpfung auf. Kapitel III analysiert die zentrale Bedeutung der Interdependenz der Menschenrechte für bedürftige Personen. Kapitel IV widmet sich den staatlichen Verpflichtungen, die sich aus den Menschenrechten und insbesondere den WSK-Rechten gegenüber Armutsbetroffenen ergeben. In Kapitel V wird die Wichtigkeit der Justiziabilität der WSK-Rechte im Rahmen der Armutsbekämpfung beleuchtet. Schliesslich analysiert der Beitrag in Kapitel VI das Potential der WSK-Rechte für bedürftige Menschen.

II. WSK-Rechte: Same, but different?

Seit Jahrzehnten ist die Rechtsnatur und Umsetzung der WSK-Rechte ein umstrittenes Thema in der Doktrin und Rechtsprechung.¹⁴ Diese Uneinigkeit lässt sich auf die von einem Teil der Lehre vertretene – allerdings veraltete – Ansicht zurückführen, dass es sich bei den Menschenrechten um zwei verschiedene Menschenrechtskategorien handelt.¹⁵ Die erste Kategorie betrifft die bereits erwähnten WSK-Rechte, welche armutsbetroffenen Personen bspw. ein Recht auf angemessene Unterkunft (Art. 11 Abs. 1 UNO-Pakt I) sowie ein Recht auf Gesundheit (Art. 12 UNO-Pakt I), Bildung (Art. 13 UNO-Pakt I) und Arbeit (Art. 6 UNO-Pakt I) vermitteln.¹⁶ Die zweite Kategorie beinhaltet die bürgerlichen und politischen Menschenrechte, die im UNO-Pakt II sowie in der europäischen Menschenrechtskonvention¹⁷ verankert sind und zu

14 M.w.H. JÖRG ERNST KÜNZLI, Zwischen Rigidität und Flexibilität: Der Verpflichtungsgrad internationaler Menschenrechte: Ein Beitrag zum Zusammenspiel von Menschenrechten, humanitärem Völkerrecht und dem Recht der Staatenverantwortlichkeit (Verpflichtungsgrad), Diss. Bern 2001, Berlin 2001, S. 189-191; vgl. BGE 121 V 246 E. 2c, 2d; BGE 122 I 101 E. 2a; BGE 136 I 290 E. 2.3.1; Botschaft betreffend den Beitritt der Schweiz zu den beiden internationalen Menschenrechtspakten von 1966 und zu einer Änderung des Bundesrechtspflegegesetzes (UNO-Pakte), BBl 1999 I 1189, 1202.

15 Zum Ganzen: KÜNZLI, Verpflichtungsgrad (Anm. 14), S. 189-191.

16 WALTER KÄLIN / JÖRG KÜNZLI, Universeller Menschenrechtsschutz: Der Schutz des Individuums auf globaler und regionaler Ebene, 4. Aufl., Basel 2019, §2 N 2.27-2.28.

17 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK; SR 0.101).

denen u.a. das Recht auf Leben (Art. 6 UNO-Pakt II, Art. 2 EMRK), die Meinungsfreiheit (Art. 19 UNO-Pakt II, Art. 10 EMRK) oder das Recht auf Achtung der Privatsphäre (Art. 17 UNO-Pakt II, Art. 8 EMRK) zählen.¹⁸ Dieser Zweiteilung der Menschenrechte liegt ein traditionelles Verständnis des *Freiheitsbegriffes* zu Grunde.¹⁹ Entsprechend schützen bürgerliche und politische Menschenrechte die Freiheit der Einzelnen vor staatlichen Eingriffen. Sie setzen insbesondere keine staatlichen Ressourcen voraus und werden durch ein Passivbleiben des Staats erfüllt.²⁰ Aus den WSK-Rechten hingegen ergeben sich laut der traditionellen Ansicht nur Zielsetzungen, die von der Politik und den Ressourcen des jeweiligen Staates abhängig sind.²¹ Dies hat zur Folge, dass die WSK-Rechte einen rein programmatischen Charakter aufweisen.²² Ihre Umsetzung ist der Politik vorbehalten und soll nicht durch die Gerichte näher bestimmt und/oder überprüft werden.²³

Soll jedoch allen armutsbetroffenen Personen ein Leben in Würde, Freiheit und Gleichheit ermöglicht werden, kann aus einer menschenrechtlichen Perspektive nicht an dieser traditionellen Ansicht der Freiheit festgehalten werden.²⁴ Ziel muss es sein, Armutsbetroffenen Verwirklichungschancen (sog. *capabilities*) zu vermitteln, damit sie ein selbstbestimmtes und

18 KÄLIN/KÜNZLI (Anm. 16), §2 N 2.30-2.31.

19 Zum Ganzen: SANDRA FREDMAN, *Human rights transformed: positive rights and positive duties (rights and duties)*, New York 2008, S. 9-11.

20 Zum Ganzen: BARBARA WILSON, *L'applicabilité des droits économiques, sociaux et culturels garantis par le Pacte ONU I*, AJP 2010, 1503-1515, S. 1504; KÜNZLI, *Verpflichtungsgrad* (Anm. 14), S. 189-190.

21 Zum Ganzen: BGE 121 V 246 E. 2c, 2d; BGE 122 I 101 E. 2a; BGE 136 I 290 E. 2.3.1; KÜNZLI, *Verpflichtungsgrad* (Anm. 14), S. 190-191; JÖRG ERNST KÜNZLI, *Soziale Menschenrechte: blosser Gesetzgebungsaufträge oder individuelle Rechtsansprüche?*, AJP 1996, 527-540, S. 528-529; MATTHIAS KRADOLFER, *Justiziabilität sozialer Menschenrechte*, SZS 2013, 521-550, S. 523-524; WILSON (Anm. 20), S. 1504; Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR), *Die Schweiz und die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte: Abschlussbericht des Seminars über die Umsetzung der Empfehlungen des UNO-Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte an die Schweiz* (5. Oktober 2011), 2013, S. 12; Botschaft «UNO-Pakte» (Anm. 14), 1202.

22 BGE 121 V 246 E. 2c, 2d; BGE 122 I 101 E. 2a; BGE 136 I 290 E. 2.3.1 (alle mit Hinweisen auf die ältere Rechtsprechung); Botschaft «UNO-Pakte» (Anm. 14), 1202; KÜNZLI (Anm. 21), S. 528; MAYA HERTIG RANDALL, *The History of the Covenants: Looking Back Half a Century and Beyond*, in: Daniel Moeckli / Helen Keller (Hrsg.), *The Human Rights Covenants at 50: Their Past, Present and Future*, Oxford 2018, S. 19.

23 KATIE BOYLE, *Economic and Social Rights Law: Incorporation, Justiciability and Principles of Adjudication*, New York 2020; SANDRA FREDMAN, *Comparative Human Rights Law*, Oxford 2018, S. 65; Botschaft «UNO-Pakte» (Anm. 14), 1202; THOMAS HUGI YAR, *Die Praxis des Bundesgerichtes im Bereich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte*, in: Jusletter 3. Dezember 2012, N 7.

24 Vgl. FREDMAN, *rights and duties* (Anm. 19), S. 30.

gleichberechtigtes Leben führen können.²⁵ Dazu gehört neben der Gewährleistung von politischen Freiheiten auch die Sicherstellung sozialer Rechte im Bereich der Arbeit, der Bildung und der Gesundheit.²⁶

III. Die Interdependenz aller Menschenrechte

Wie lässt sich die Ansicht, dass sich die Menschenrechte in bürgerliche und politische Rechte einerseits und WSK-Rechte andererseits unterteilen, überwinden? Eine mögliche Antwort wäre die Annahme, dass sich beide Kategorien von Menschenrechten gegenseitig bedingen und deren Unteilbarkeit zentral für die Armutsbekämpfung ist.²⁷

Wie bereits erwähnt weisen die WSK-Rechte einen unmittelbaren Bezug zur Beseitigung von Armut auf und ermöglichen bedürftigen Personen, unter menschenwürdigen Bedingungen zu leben.²⁸ Das Recht auf Arbeit (Art. 6 UNO-Pakt I) und Bildung (Art. 13 UNO-Pakt I) erlaubt Armutsbetroffenen, ein Einkommen zu generieren, während sogenannte Subsistenzrechte wie das Recht auf einen angemessenen Lebensstandard (Art. 11 UNO-Pakt I) und das Recht auf Gesundheit (Art. 12 UNO-Pakt I) sicherstellen, dass bspw. eine Unterkunft sowie eine Gesundheitsversorgung für armutsbetroffene Personen erschwinglich und in genügender Qualität vorhanden ist.²⁹

Ein gewisses Mindestmass an wirtschaftlicher und sozialer Sicherheit ist für bedürftige Menschen nicht nur wichtig, um ein Leben in Würde zu führen, sondern bildet auch Voraussetzung, gewisse bürgerliche und politische Rechte auszuüben.³⁰ M.a.W. ein angemessener Lebensstandard (Art. 11 UNO-Pakt I), eine Arbeit (Art. 6 UNO-Pakt I) sowie ein gewisses Bildungsniveau (Art. 13 UNO-Pakt I) sind Basis für die Ausübung bürgerlicher und poli-

25 Zum Ganzen: JÖRG PAUL MÜLLER, Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV: Der Freiheit Chancen geben, Bern 2018, S. 7-9 zitiert nach AMARTYA SEN, *Capability and Well-Being*, in: Amartya Sen / Martha Nussbaum (Hrsg.): *The Quality of Life*, Oxford 1993, 30-53, S. 33.

26 OHCHR, *Principles and Guidelines* (Anm. 5), N 7, 27, 28; MIRJA A. TRILSCH, *Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte im innerstaatlichen Recht*, Diss. Montreal/Düsseldorf 2011, Heidelberg 2012, S. 11.

27 THEO VAN BOVEN, *Categories of Rights*, in: Daniel Moeckli / Sangeeta Shah / Sandesh Sivakumaran (Hrsg.), *International Human Rights Law*, 3. Aufl., Oxford 2018, 135-164, S. 137, 140; FREDMAN (Anm. 23), S. 61-62; WYTTENBACH, *Armut* (Anm. 5), S. 145.

28 WSK-Ausschuss, *Statement on Poverty* (Anm. 4), N 1, 10.

29 KÄLIN/KÜNZLI (Anm. 16), §9 N 9.112-9.114; WYTTENBACH, *Armut* (Anm. 5), S. 145-146.

30 Zum Ganzen: M.w.Verw. KRISTINA KLEE, *Die progressive Verwirklichung wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Menschenrechte*, Diss. Mannheim 2000, Stuttgart et al. 2000, S. 83; OHCHR, *Principles and Guidelines* (Anm. 5), N 7; FREDMAN (Anm. 23), S. 61; vgl. auch TRILSCH (Anm. 26), S. 11.

tischer Rechte, die für die gleichberechtigte Repräsentation armutsbetroffener Personen in einer demokratischen Gesellschaft unverzichtbar sind.³¹

Auf politischer Ebene wurde diese Erkenntnis der wechselseitigen Abhängigkeit bzw. Unteilbarkeit aller Menschenrechte sowie deren Relevanz im Rahmen der Armutsbekämpfung an der Weltkonferenz für Menschenrechte 1993 in Wien schriftlich festgehalten.³² Die Wiener Erklärung, welche auch die Schweiz anerkannt hat³³, hält fest, dass «[a]lle Menschenrechte [...] allgemein gültig und unteilbar [sind], [einander] bedingen und [...] miteinander verknüpft [sind]»³⁴. Gestützt auf diesen Grundsatz, folgten zahlreiche Menschenrechtsverträge der UNO wie die Frauen- und die Kinderrechtskonvention, das Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen sowie die Antirassismuskonvention³⁵, die beide Kategorien von Rechten verankern.³⁶

Auch anhand der Rechtsprechung des EGMR lässt sich die Unteilbarkeit der Menschenrechte in Bezug auf die Armutsbekämpfung aufzeigen. Bereits im Jahr 1979 anerkannte der Gerichtshof die Tatsache, dass viele in der EMRK verankerten bürgerliche und politische Rechte eine Auswirkung auf die WSK-Rechte haben und es deshalb «keine wasserdichte Trennlinie»³⁷ zwischen den beiden Kategorien von Menschenrechten gebe.³⁸ Entsprechend hängt die Armutsbekämpfung nicht nur von der Einhaltung der WSK-Rechte ab, sondern in bestimmten Konstellationen auch von dem in der EMRK verankerten Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) sowie dem Verbot

31 Vgl. SUTER (Anm. 5), § 4 N 131-134.

32 UN General Assembly, Vienna Declaration and Programme of Actions, 12. Juli 1993 (Vienna Declaration), UN Doc. A/CONF.157/23, N 5, 25; vgl. auch: EIBE RIEDEL / GILLES GIACCA / CHRISTOPHE GOLAY, The Development of Economic, Social, and Cultural Rights in International Law, in: Eibe Riedel / Gilles Giacca / Christophe Golay (Hrsg.), Economic, Social, and Cultural Rights in International Law: Contemporary Issues and Challenges, Oxford 2014, S. 7; VAN BOVEN (Anm. 27); SKMR (Anm. 21), S. 20; ROMAN (Anm. 12), S. 84; OHCHR, Principles and Guidelines (Anm. 5), N 1.

33 Aussenpolitischer Bericht 2018 vom 30. Januar 2019, BBl 2019 1505, 1571; Bericht über die Menschenrechtsausenpolitik der Schweiz: Bilanz 2011-2014 und Perspektiven, BBl 2015 1215, 1225, 1233.

34 UN General Assembly, Vienna Declaration (Anm. 32), N 5, deutsche Übersetzung in: KÄLIN/KÜNZLI (Anm. 16), § 1 N 1.46-1.50.

35 Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979 (Frauenrechtskonvention; SR 0.108); Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 (Kinderrechtskonvention; SR 0.107); Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2006 (SR 0.109); Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 21. Dezember 1965 (Antirassismuskonvention; SR 0.104).

36 Vgl. JUDITH WYTENBACH, Umsetzung von Menschenrechtsübereinkommen in Bundesstaaten: Gleichzeitig ein Beitrag zur grundrechtlichen Ordnung im Föderalismus, Zürich/St. Gallen 2017, S. 87.

37 EGMR, *Airey gegen Irland* (Nr. 6289/73) vom 9. Oktober 1979, N 26.

38 Vgl. HERTIG RANDALL (Anm. 22), S. 19; KÜNZLI, Verpflichtungsgrad (Anm. 14), S. 201.

der unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung (Art. 3 EMRK).³⁹ Der EGMR bejahte bspw. im Urteil *Moldovan u.a. gegen Rumänien* eine Verletzung der EMRK-Garantien aufgrund fehlender staatlicher Reaktion in Bezug auf die desolate Wohnsituation armutsbetroffener Roma, deren Häuser durch Private verbrannt worden waren.⁴⁰ Die betroffenen Personen mussten als Folge mehrere Jahre in Hühner- und Schweineställen sowie in unisolierten Gebäuden übernachten.⁴¹ Der EGMR anerkannte eine Verletzung von Art. 3 EMRK in Bezug auf die menschenunwürdigen Lebensbedingungen, denen die betroffenen Roma ausgesetzt waren, sowie von Art. 8 EMRK in Bezug auf das Versäumnis der Behörden, dem Abbrennen der Häuser Einhalt zu gebieten.⁴²

Zum gleichen Schluss hätte die Subsumtion des Sachverhalts im Falle *Moldovan u.a. gegen Rumänien* unter Art. 11 Abs. 1 UNO-Pakt I geführt, wäre dieser im Rahmen der WSK-Rechte bzw. des UNO-Pakt I abgehandelt worden: Denn auch das Recht auf eine angemessene Unterkunft gewährleistet allen Personen einen Anspruch, an einem Ort in Sicherheit, Frieden und Würde zu leben, und verhindert, dass sich armutsbetroffene Personen in ungenügenden Wohnsituationen oder in der Obdachlosigkeit wiederfinden.⁴³ Wie noch zu zeigen sein wird, überschneidet sich das Recht auf angemessene Unterkunft teilweise mit den Schutzbereichen des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) sowie des Verbots der unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung (Art. 3 EMRK).⁴⁴

Die zentrale Bedeutung der Unteilbarkeit und Interdependenz der Menschenrechte im Rahmen der Armutsbekämpfung hat entsprechend zur Folge, dass nicht länger an der Unterscheidung in zwei verschiedene Menschenrechtskategorien festgehalten werden kann.⁴⁵

39 ROMAN (Anm. 12), S. 92-95; WIZENT (Anm. 7), S. 63.

40 EGMR, *Moldovan u.a. gegen Rumänien* (Nr. 41138/98 und 64320/01) vom 12. Juli 2005, N 17-19, 109, 113-114, 142.

41 EGMR, *Moldovan u.a. gegen Rumänien* (Nr. 41138/98 und 64320/01) vom 12. Juli 2005, N 69, 103.

42 EGMR, *Moldovan u.a. gegen Rumänien* (Nr. 41138/98 und 64320/01) vom 12. Juli 2005, N 105-113.

43 WSK-Ausschuss, General Comment No. 4: The right to adequate housing (art. 11 (1) of the Covenant) vom 13. Dezember 1991 (GC No. 4), UN Doc. E/1992/23, N 7.

44 Vgl. statt vieler JESSIE HOHMANN, *The Right to Housing: Law, Concepts, Possibilities*, Oxford/Portland 2014, S. 67-75; FREDMAN (Anm. 23), S. 62; KÄLIN/KÜNZLI (Anm. 16), §9 N 9.140; statt vieler EGMR *Dulaş gegen Türkei* (Nr. 25801/94) vom 30. Januar 2001, N 49-56, 57-61; EGMR, *Budayeva u.a. gegen Russland* (15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 und 15343/02) vom 20. März 2008, N 147-160; EGMR, *Winterstein u.a. gegen Frankreich* (Nr. 27013/07) vom 17. Oktober 2013, N 69-167; EGMR, *Tarakhel gegen Schweiz* (Nr. 29217/12) vom 4. November 2014, N 108-122.

45 OHCHR, *Principles and Guidelines* (Anm. 5), N 27; WSK-Ausschuss, *Statement on Poverty* (Anm. 4), N 8, 10.

IV. Die staatlichen Verpflichtungen der Menschenrechte

Dem Bundesgericht sowie einem Teil der Lehre zufolge stellt Art. 2 Abs. 1 UNO-Pakt I ein weiteres Indiz für die Andersartigkeit der WSK-Rechte dar.⁴⁶ Laut Art. 2 Abs. 1 UNO-Pakt I verpflichten sich die Staaten, «unter Ausschöpfung aller [ihrer] Möglichkeiten Massnahmen zu treffen, um nach und nach mit allen geeigneten Mitteln [...] die volle Verwirklichung der in diesem Pakt anerkannten Rechte zu erreichen». Die WSK-Rechte sind entsprechend progressiv zu realisieren und schaffen keine unmittelbaren staatlichen Verpflichtungen.⁴⁷ Bürgerliche und politische Rechte hingegen verpflichten Staaten in Art. 2 Abs. 1 UNO-Pakt II dazu, diese «zu achten und sie allen in [ihrem] Gebiet befindlichen Personen [...] zu gewährleisten».⁴⁸ Missachtet der Staat die geforderte Achtungspflicht, kann diese gerichtlich durchgesetzt werden.⁴⁹

Wie noch zu zeigen sein wird, greifen solche Schlussfolgerungen sowohl mit Blick auf die WSK-Rechte sowie auf die bürgerlichen und politischen Rechte im Rahmen der Armutsbekämpfung zu kurz. In erster Linie ignorieren sie die Praxis der UNO-Überwachungsorgane sowie die herrschende Meinung der Doktrin, welche für alle Menschenrechtsgarantien nicht nur eine, sondern drei bzw. vier Verpflichtungsarten anerkennen.⁵⁰ Neben den bereits genannten Achtungspflichten, die staatliche Eingriffe in die Menschenrechte untersagen, muss der Staat zusätzlich vor Menschenrechtsverletzungen durch Dritte und andere Gefahren schützen (sog. Schutzpflichten). Des Weiteren hat der Staat im Sinne einer Gewährleistungspflicht die rechtlichen, institutionellen und verfahrensmässigen Voraussetzungen zur Realisierung der Menschenrechte zu schaffen. Die staatlichen Schutz- und Gewährleistungspflichten können nicht durch eine passive Haltung des Staates erfüllt

46 Zum Ganzen: BGE 136 I 290 E. 2.3.1; vgl. JÖRG KÜNZLI / WALTER KÄLIN, Die Bedeutung des UNO-Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte für das schweizerische Recht (UNO-Pakt I), in: Walter Kälin / Giorgio Malinverni / Manfred Nowak, Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte / La Suisse et les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme, 105-154, S. 105; WYTTEBACH (Anm. 36), S. 67; RIEDEL/GIACCA/GOLAY (Anm. 32), S. 12; HUGI YAR (Anm. 23), N 8.

47 BGE 121 V 246 E. 2c, 2d; BGE 122 I 101 E. 2a; BGE 136 I 290 E. 2.3.1 (alle mit Hinweisen auf die ältere Rechtsprechung).

48 Art. 2 Abs. 1 UNO-Pakt II, Hervorhebung durch die Autorin.

49 BGE 121 V 246 E. 2c, 2d; Hertig Randall (Anm. 22), S. 19.

50 Zum Ganzen: KÄLIN/KÜNZLI (Anm. 16), §3 N 3.68-3.73; WYTTEBACH (Anm. 36), S. 84-87; CHRISTOPH A. SPENLÉ / NINA SCHREPPFER, Zur Umsetzung der Rechte des UNO-Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte aus Schweizer Sicht – Das Projekt eines Fakultativprotokolls zum UNO-Pakt I, ZÖR 59 2004, 375-414, S. 382.

werden, sondern erfordern von diesem ein positives Tun. Schliesslich verbietet eine transversale bzw. vierte Verpflichtung dem Staat in Bezug auf die eben genannten Achtungs-, Schutz- und Gewährleistungspflichten, Personen aufgrund «der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status»⁵¹ zu diskriminieren.

Gestützt auf diese Entwicklung, sollte Art. 2 Abs. 1 UNO-Pakt I heute differenziert betrachtet werden.⁵² Laut dem WSK-Ausschuss sowie einem Teil der Lehre beziehen sich die in Art. 2 Abs. 1 UNO-Pakt I verankerten Umsetzungsmodalitäten nur auf die progressiv zu erfüllenden Gewährleistungspflichten der WSK-Rechte.⁵³ Hingegen müssen die Achtungs- und Schutzpflichten sowie unmittelbar zu erfüllenden Leistungsverpflichtungen (*minimum core obligations*) und das staatliche Diskriminierungsverbot unmittelbar umgesetzt werden.

Die eben erläuterten Verpflichtungskategorien können anhand des in Art. 11 Abs. 1 UNO-Pakt I verankerten Rechts auf angemessene Unterkunft arbeitsunfähiger Personen aufgezeigt werden. Der Staat hat gestützt auf seine Achtungspflichten widerrechtliche Zwangsräumungen sowie Zerstörungen von Häusern arbeitsunfähiger Personen zu unterlassen.⁵⁴ Des Weiteren hält die menschenrechtliche Schutzpflicht bezüglich Art. 11 Abs. 1 UNO-Pakt I den Staat an, bedürftige Personen vor willkürlichen Ausweisungen durch Dritte zu schützen.⁵⁵ Dazu ist das Bereitstellen eines entsprechenden Rechts-

51 Art. 2 Abs. 2 UNO-Pakt I; Art. 2 Abs. 1 UNO-Pakt II.

52 Vgl. KLEE (Anm. 30), S. 104-105.

53 Zum Ganzen: KÜNZLI/KÄLIN, UNO-Pakt I (Anm. 46), S. 106 f.; KÄLIN/KÜNZLI (Anm. 16), § 3 N 3.128 f.; SPENLÉ/SCHREPPER (Anm. 50), S. 382 f.; WSK-Ausschuss, General Comment No. 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, Para. 1 of the Covenant), 14. Dezember 1990 (GC No. 3), UN Doc. E/1991/23, N 9-10; SKMR, Die Anerkennung justiziabler Rechte im Bereich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte durch das Bundes- und das kantonale Recht: Studie des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechte zuhanden des Lenkungsausschusses EDA/EJPD (Justiziabilität), verfasst von Jörg Künzli/Anja Eugster/Alexander Spring, Bern 2014, S. 10-12.

54 WSK-Ausschuss, General Comment No. 7: The right to adequate housing (Art. 11.1): forced evictions, 20. Mai 1997 (GC No. 7), UN Doc. E/1998/22, N 8, 12; KÄLIN/KÜNZLI (Anm. 16), § 9 N 9.139; ASBJØRN EIDE, Adequate Standard of Living, in: Daniel Moeckli/Sangeeta Shah/Sandesh Sivakumaran (Hrsg.), International Human Rights Law, 3. Aufl., Oxford 2018, 187-207, S. 195.

55 WSK-Ausschuss, GC No. 7 (Anm. 54), N 9; View des WSK-Ausschuss, *Rosario Gomez-Limon Pardo gegen Spanien* (Nr. 52/2018) vom 5. März 2020, N 8.2; KÄLIN/KÜNZLI (Anm. 16), § 9 N 9.143; EIDE (Anm. 54), S. 195.

schutzes erforderlich, damit sich betroffene Personen gegen illegale Zwangs-räumungen wehren können.⁵⁶

Aufgrund der Gewährleistungspflicht des Rechts auf eine angemessene Unterkunft muss der Staat einerseits armutsbetroffenen Personen progressiv die Möglichkeit bieten, eine bezahlbare Unterkunft zu finden.⁵⁷ Dies kann u. a. durch die Subventionierung von Wohnraum, eine staatliche Wohnstrategie oder durch staatliche Regulierungen des privaten Wohnungsmarkts erreicht werden.⁵⁸ Andererseits hat der Staat minimale Leistungsverpflichtungen gegenüber armutsbetroffenen Personen unmittelbar zu erfüllen.⁵⁹ Dazu gehört bspw. die Bereitstellung von Notunterkünften, um die Obdachlosigkeit von Personen, die in Armut leben, zu verhindern.

Der WSK-Ausschuss anerkennt, dass Personen aufgrund ihrer Armut bzw. ihrer sozialen Herkunft sowie ihres Vermögens auch in der Schweiz immer wieder Diskriminierungen, Stigmatisierungen sowie negativen Vorurteilen bezüglich ihrer Wohnsituation ausgesetzt sind.⁶⁰ Aus diesem Grund gewährleistet das transversale Diskriminierungsverbot in Art. 2 Abs. 2 UNO-Pakt I armutsbetroffenen Personen aufgrund ihrer «sozialen Herkunft [und] des Vermögens» einen diskriminierungsfreien Zugang zu einer angemessenen Unterkunft (Art. 11 Abs. 1 UNO-Pakt I).⁶¹

56 Zum Ganzen: WSK-Ausschuss, GC No. 4 (Anm. 43), N 17; View des WSK-Ausschusses, *Rosario Gomez-Limon Pardo gegen Spanien* (Nr. 52/2018) vom 5. März 2020, N 9.5, 14 (a); View des WSK-Ausschusses, *Maribel Viviana Lopez Alban gegen Spanien* (Nr. 37/2018) vom 11. Oktober 2019, N 8.3, 17 (a); KÄLIN/KÜNZLI (Anm. 16), §9 N 9.143; EIDE (Anm. 54), S. 195.

57 WSK-Ausschuss, GC No. 4 (Anm. 43), N 8 (c); KÄLIN/KÜNZLI (Anm. 16), §9 N 9.144; EIDE (Anm. 54), S. 195.

58 WSK-Ausschuss, GC No. 4 (Anm. 43), N 8 (c), 14; KÜNZLI/KÄLIN, UNO-Pakt I (Anm. 46), S. 128 f.; KÄLIN/KÜNZLI (Anm. 16), §9 N 9.144; EIDE (Anm. 54), S. 195.

59 Zum Ganzen: WSK-Ausschuss, GC No. 3 (Anm. 53), N 10; View des WSK-Ausschusses, *Maribel Viviana Lopez Alban gegen Spanien* (Nr. 37/2018) vom 11. Oktober 2019, N 9.1-9.4, 17 (e); KÄLIN/KÜNZLI (Anm. 16), §9 N 9.145.

60 «The Committee is particularly concerned about the persistent phenomenon of the «working poor» who are working in precarious conditions with low incomes that do not enable them to enjoy an adequate standard of living (art. 11).» WSK-Ausschuss, Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights vom 26. November 2010 (Schweiz, CO 2010), UN Doc. E/C.12/CHE/CO/2-3, N 17 f.; BARBARA WILSON, *Le droit à un logement suffisant au sens du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies (Pacte I) (droit au logement)*, SZIER 2008, 431-456, S. 433.

61 WSK-Ausschuss, GC No. 4 (Anm. 43), N 6; WSK-Ausschuss, General Comment No. 20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), 2. Juli 2009 (GC No. 20), UN Doc. E/C.12/GC/20, N 3, 35; WSK-Ausschuss, GC No. 3 (Anm. 53), N 1; WILSON, *droit au logement* (Anm. 60), S. 446.

Die drei bzw. vier Verpflichtungsarten, welche im Zusammenhang mit dem Recht auf angemessene Unterkunft (Art. 11 Abs. 1 UNO-Pakt I) aufgezeigt wurden, sind nicht nur bei der Umsetzung der WSK-Rechte von Bedeutung. Sie prägen ebenfalls die Teilhalte der bürgerlichen und politischen Rechte.⁶² Dies kann anhand des bereits erwähnten EGMR-Urteils *Moldovan u.a. gegen Rumänien* verdeutlicht werden. Nähme man die Ansicht, wonach bürgerliche und politische Menschenrechte ausschliesslich ein staatliches Unterlassen verlangen als Voraussetzung für den Fall *Moldovan u.a. gegen Rumänien*, führte dies zu folgendem Ergebnis: Erstens würde der Staat nur für die Zerstörung und das Abbrennen der Häuser durch staatliche Akteure zur Verantwortung gezogen werden.⁶³ Zweitens wären seitens des Staates keine Massnahmen erforderlich, um die Vernichtung der Häuser durch Privatpersonen zu verhindern. Drittens wäre es dem Staat erlaubt, die Tatsache zu dulden, dass die betroffenen Roma während Jahren in desolaten und unwürdigen Wohnzuständen (*in casu* in Hühner- und Schweineställen sowie in unisolierten Gebäuden) als Folge der Verbrennung ihrer Häuser leben mussten.⁶⁴

Dieses Ergebnis ist aus menschenrechtlicher Sicht stossend. Im Urteil *Moldovan u.a. gegen Rumänien* anerkannte der EGMR deshalb folgerichtig, dass sich sowohl aus dem Recht auf Privat- und Familienleben (Art. 8 EMRK) als auch aus dem Verbot der unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung (Art. 3 EMRK) positive Verpflichtungen ergeben.⁶⁵ Der Staat ist deshalb grundsätzlich verpflichtet, gewisse rechtliche Rahmenbedingungen im Zusammenhang mit bürgerlichen und politischen Rechten zu schaffen, um Armutsbetroffene vor Eingriffen in die physische Integrität und vor unmenschlichen Behandlungen durch Dritte zu schützen.⁶⁶

M.a.W. wäre im *Fall Moldovan u.a. gegen Rumänien* der Staat gemäss Art. 8 EMRK mit Bezug auf das Abbrennen der Häuser durch u.a. staatliche Akteure verpflichtet gewesen, eine Untersuchung gegen diese einzuleiten sowie den betroffenen Roma eine zeitnahe Wiedergutmachung zu zusprechen.⁶⁷ Des Weiteren wurden nicht alle verbrannten Häuser wiederaufgebaut und diejenigen, welche rekonstruiert wurden, besaßen weder isolierte

62 Vgl. KÜNZLI, Verpflichtungsgrad (Anm. 14), S. 203, 205.

63 Vgl. *Moldovan u.a. gegen Rumänien* (Nr. 41138/98 und 64320/01) vom 12. Juli 2005, N 18, 93, 103 f.

64 Vgl. *Moldovan u.a. gegen Rumänien* (Nr. 41138/98 und 64320/01) vom 12. Juli 2005, N 91.

65 EGMR, *Moldovan u.a. gegen Rumänien* (Nr. 41138/98 und 64320/01) vom 12. Juli 2005, N 93, 96, 98.

66 Vgl. EGMR, *Moldovan u.a. gegen Rumänien* (Nr. 41138/98 und 64320/01) vom 12. Juli 2005, N 96 f., 98.

67 EGMR, *Moldovan u.a. gegen Rumänien* (Nr. 41138/98 und 64320/01) vom 12. Juli 2005, N 107 (a)-(e).

Fenster sowie Wände noch vollständige Dächer.⁶⁸ Dieses passive Verhalten seitens des Staates führte dazu, dass die betroffenen Roma in ihrem Recht auf Privat- und Familienleben (Art. 8 EMRK) verletzt worden waren.⁶⁹ Die staatliche Passivität hatte zudem zur Folge, dass die entsprechenden Personen in menschenunwürdigen Wohnbedingungen leben mussten, die bei den Betroffenen Gefühle der Demütigung und Herabsetzung auslösten sowie mentale und gesundheitliche Beeinträchtigungen hinterliessen.⁷⁰ Diese erniedrigenden Lebensbedingungen führten dazu, dass der Staat gegen das in Art. 3 EMRK verankerte Verbot der unmenschlichen Behandlung verstossen hatte.⁷¹

Der Fall *Moldovan u.a. gegen Rumänien* zeigt auf, dass sich bürgerliche und politische Rechte weder auf reine staatliche Achtungspflichten reduzieren lassen noch durch die Passivität seitens des Staates erfüllt werden. Im Gegenteil, deren Umsetzung erfordert, gleich derjenigen der WSK-Rechte, staatliche Leistungen, um den menschenrechtlichen Anforderungen im Rahmen der Armutsbekämpfung gerecht zu werden.

V. Die innerstaatliche Justiziabilität der WSK-Rechte

Das Bundesgericht sowie der Bundesrat gehen davon aus, dass sich die WSK-Rechte aufgrund ihres programmatischen Charakters «an die Gesetzgeberin richten und grundsätzlich keine subjektiven und justiziablen Rechte de[r] Einzelnen begründen»⁷². Diese Haltung wird der aufgezeigten Rechtsnatur der WSK-Rechte sowie deren Verpflichtungsebenen nicht gerecht.⁷³ Wie bereits erwähnt, haben der WSK-Ausschuss und die Doktrin für die staatlichen Achtungs-, Schutz- und Gewährleistungspflichten sowie das ergänzende Diskriminierungsverbot *unmittelbar* realisierbare Teilgehalte ausgearbeitet.⁷⁴

68 EGMR, *Moldovan u.a. gegen Rumänien* (Nr. 41138/98 und 64320/01) vom 12. Juli 2005, N 107 (g).

69 EGMR, *Moldovan u.a. gegen Rumänien* (Nr. 41138/98 und 64320/01) vom 12. Juli 2005, N 109.

70 EGMR, *Moldovan u.a. gegen Rumänien* (Nr. 41138/98 und 64320/01) vom 12. Juli 2005, N 110.

71 EGMR, *Moldovan u.a. gegen Rumänien* (Nr. 41138/98 und 64320/01) vom 12. Juli 2005, N 113.

72 BGE 122 I 101, E. 2a; siehe auch Botschaft «UNO-Pakte» (Anm. 14), 1202; vgl. SPENLÉ/SCHREPFER (Anm. 50), S. 384-385.

73 Vgl. KÜNZLI (Anm. 21), S. 534; vgl. TRILSCH (Anm. 26), S. 45-46.

74 Vgl. WSK-Ausschuss, GC No. 3 (Anm. 53); KÜNZLI (Anm. 21), S. 531-536; SPENLÉ/SCHREPFER (Anm. 50), S. 386-387.

Diese können vermutungsweise direkt vor den innerstaatlichen Gerichten eingeklagt werden.⁷⁵

Eine unmittelbare Umsetzungspflicht ergibt sich erstens aus den angesprochenen staatlichen Achtungspflichten.⁷⁶ Folglich ist es dem Staat mit Blick auf das in Art. 11 Abs. 1 UNO-Pakt I verankerte Recht auf angemessene Unterkunft nicht erlaubt, widerrechtliche Zwangsräumungen oder Zerstörungen von Wohnungen vorzunehmen.⁷⁷ Diese Verpflichtung ist ressourcenunabhängig und erfordert neben der Passivität des Staates keine weiteren legislativen Massnahmen.⁷⁸ Missachtet der Staat seine staatlichen Achtungspflichten, muss dies, gleich wie bei den bürgerlichen und politischen Rechten, von den Gerichten überprüft werden können.

Des Weiteren sollte mit Blick auf die staatlichen Schutzpflichten die Untätigkeit der Gesetzgeberin gerügt werden können, wenn diese um die Gefährdung eines Rechtsguts wusste und die Möglichkeit gehabt hätte, Schutz zu bieten.⁷⁹ Der Staat hat daher im Rahmen von Art. 11 Abs. 1 UNO-Pakt I dafür zu sorgen, dass sich armutsbetroffene Personen, die in qualitativ schlechten Wohnungen leben sowie allenfalls widerrechtlichen Ausweisungen Dritter ausgesetzt sind, gerichtlich wehren können.⁸⁰ Stellt der Staat den betroffenen Personen keinen oder nur einen ungenügenden Rechtsschutz zur Verfügung, stellt diese Unterlassung, analog zum Fall *Moldovan u.a. gegen Rumänien*, eine Verletzung von Art. 11 Abs. 1 UNO-Pakt I dar und müsste gerichtlich überprüft werden können.⁸¹

Eine weitere unmittelbare Verpflichtung in Bezug auf die WSK-Rechte besteht bezüglich der minimalen Leistungsverpflichtungen (*minimum core obligations*), ohne welche die meisten WSK-Rechte jeglichen Sinnes beraubt werden würden.⁸² Die minimale Leistungsverpflichtung in Bezug auf das Recht auf angemessene Unterkunft besteht in der Bereitstellung von Notunterkünften, um die Obdachlosigkeit von Personen, die in Armut leben, zu

75 Die direkte Anwendbarkeit menschenrechtlicher Verpflichtungen ergibt sich aus den im Landesrecht aufgestellten Kriterien, REGINA KIENER / WALTER KÄLIN / JUDITH WYTTENBACH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018, §2 N 24.

76 KÜNZLI (Anm. 21), S. 531, 534-535; SKMR, Justiziabilität (Anm. 53), S. 10, 40.

77 WILSON (Anm. 20), S. 1510.

78 Zum Ganzen: KÜNZLI (Anm. 21), S. 531, 534-535; SKMR, Justiziabilität (Anm. 53), S. 10, 40; WILSON (Anm. 20), S. 1513.

79 SKMR, Justiziabilität (Anm. 53), S. 11, 40; KÄLIN/KÜNZLI (Anm. 16), §3 N 3.125.

80 WSK-Ausschuss, GC No. 4 (Anm. 43), N 17; WILSON, droit au logement (Anm. 60), S. 450.

81 SKMR, Justiziabilität (Anm. 53), S. 11, 40.

82 Zum Ganzen: WSK-Ausschuss, GC No. 3 (Anm. 53), N 10; KÜNZLI (Anm. 21), S. 536; vgl. SPENLÉ/SCHREPPER (Anm. 50), S. 383-384.

verhindern.⁸³ Fehlen solche Minimalgarantien, sollten sie von den betroffenen Personen gerichtlich eingefordert werden können.⁸⁴

Schliesslich muss auch die diskriminierungsfreie Ausübung der WSK-Rechte durch den Staat gewährleistet werden.⁸⁵ Diese ist kostenunabhängig und verpflichtet den Staat unmittelbar, armutsbetroffene Personen aufgrund ihrer sozialen Herkunft sowie ihres Vermögens nach Art. 2 Abs. 2 UNO-Pakt I nicht zu benachteiligen.⁸⁶ Eine gerichtliche Überprüfung in Bezug auf eine behauptete Diskriminierung muss entsprechend möglich sein.

Die weiteren als programmatisch eingestuften (Leistungs-)Verpflichtungen, welche sich aus den WSK-Rechten ergeben, sind aufgrund der Tatsache, dass sie sich an die Gesetzgeberin richten, grundsätzlich nicht gerichtlich überprüfbar.⁸⁷ Es stellt sich jedoch die Frage, ob eine Weigerung der Gesetzgeberin, den programmatischen Leistungsverpflichtungen aus den WSK-Rechten nachzukommen, einer einklagbaren Paktverletzung gleichkommt.⁸⁸ Grundsätzlich wird sich ein Gericht funktionell nicht als zuständig erachten, bei legislatorischer Untätigkeit konkretisierende Massnahmen zu erlassen.⁸⁹ Dem Gericht steht es jedoch unter Einhaltung gewisser Bedingungen frei, einen Appellentscheid zu fällen und die Gesetzgeberin aufzufordern, legislatorisch tätig zu werden.⁹⁰

VI. Das Potential der WSK-Rechte für armutsbetroffene Personen

Der vorliegende Beitrag hat aufgezeigt, dass die WSK-Rechte unverzichtbar für armutsbetroffene Personen sind, um ein Leben in Würde, Freiheit und Gleichheit zu führen.

83 SKMR, Justiziabilität (Anm. 53), S. 41.

84 KÜNZLI (Anm. 21), S. 537.

85 WSK-Ausschuss, GC No. 4 (Anm. 43), N 6; WSK-Ausschuss, GC No. 20 (Anm. 61), N 3, 35; WSK-Ausschuss, GC No. 3 (Anm. 53), N 1; WILSON, *droit au logement* (Anm. 60), S. 446.

86 Zum Ganzen: WSK-Ausschuss, GC No. 3 (Anm. 53), N 1; WILSON (Anm. 20), S. 1513; KÜNZLI (Anm. 21), S. 535; WILSON, *droit au logement* (Anm. 60), S. 446.

87 KÜNZLI (Anm. 21), S. 538–539.

88 KÜNZLI (Anm. 21), S. 539; WYTTEBACH (Anm. 36), S. 332–336.

89 Vgl. BGE 112 I 101 E. 2a, BGE 136 I 290 E 2.3.1 (mit Hinweisen auf die ältere Judikatur); KÜNZLI (Anm. 21), S. 539 zitiert nach WALTER KÄLIN, *Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde*, 2. Aufl., Bern 1994, S. 90; BOYLE (Anm. 23), S. 12 f.

90 KÜNZLI (Anm. 21), S. 539 zitiert nach WALTER KÄLIN, *Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde*, 2. Aufl., Bern 1994, S. 90; WYTTEBACH (Anm. 36), S. 332; BOYLE (Anm. 23), S. 12 f.; vgl. auch BGE 137 I 305.

In Bezug auf ein Dasein in Würde sichern die WSK-Rechte nicht nur das blosse Überleben von armutsbetroffenen Personen, sondern sie gewährleisten ihnen einen ausreichenden und angemessenen Zugang zu Subsistenzgütern wie Unterkunft und Gesundheitsversorgung.⁹¹

Freiheit und Chancengleichheit für alle Menschen können zudem nur erreicht werden, wenn die WSK-Rechte nicht isoliert neben den bürgerlichen und politischen Rechten stehen. Vielmehr muss die Interdependenz der Menschenrechte im Rahmen der Armutsbekämpfung anerkannt werden sowie die Tatsache, dass sich die Schutzbereiche der beiden Kategorien von Rechten überschneiden und gegenseitig bedingen. Wie im Kapitel III aufgezeigt wurde, bilden die WSK-Rechte die Basis für die Ausübung von bürgerlichen und politischen Rechten. Die Rechtsprechung des EGMR hat ferner erläutert, dass es keine Trennlinie zwischen den WSK-Rechten, insbesondere dem Recht auf angemessene Unterkunft, sowie weiteren bürgerlichen und politischen Rechten gibt.

Des Weiteren lassen sich die WSK-Rechte nicht auf rein programmatische Leistungskomponenten, die sich ausschliesslich an die Gesetzgeberinwenden, reduzieren. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit den drei Verpflichtungsarten und dem transversalen Diskriminierungsverbot in Verbindung mit deren Justiziabilität zeigt die Wichtigkeit der staatlichen Achtungs-, Schutz- und Gewährleistungspflichten der WSK-Rechte für armutsbetroffene Personen auf. Implementierten die Schweizer Politik und das Bundesgericht die WSK-Rechte anhand der Konkretisierungen, die von einem Teil der Doktrin sowie dem WSK-Ausschuss entwickelt und in diesem Beitrag aufgezeigt wurden, könnten die WSK-Rechte einen erheblichen Mehrwert zur Armutsbekämpfung in der Schweiz leisten und armutsbetroffenen Personen ein Leben in Würde, Freiheit und Gleichheit ermöglichen. Das Ziel muss sein, die WSK-Rechte durch die aufgezeigten Verpflichtungskategorien und die Möglichkeit der Justiziabilität in die Doktrin, die Rechtsprechung und in die Politik miteinzubeziehen, damit sie ihr Potential in Bezug auf die Armutsbekämpfung in der Schweiz voll entfalten können.

91 KÄLIN/KÜNZLI (Anm. 16), §9 N 9.112-9.114.

Irina Lehner

Are Direct-Democratic Political Rights Used to Combat Inequality?

I. Introduction	66
<hr/>	
II. Theoretical Context	67
1. Freedom and Inequality	67
2. Functions of Political Freedom	67
3. Research Question and Hypothesis	69
<hr/>	
III. Empirical Analysis of Swiss Voter Preferences	69
1. Methodology	69
a) Methodological Justification	69
b) Study Design	70
2. The Data: Observations	71
3. Interim Conclusion	73
<hr/>	
IV. Discussion	73
1. Possible Explanations	73
a) External Factors: Distorted Procedure	74
b) Internal Factors: Use of Political Freedom, Values and Choices	75
2. Further Reflection: Freedom and Equality Through Two-Pillared Democracy	77
<hr/>	
V. Conclusion	78
<hr/>	
Appendix I: Empirical Data	79
Appendix II: Preliminary Analysis of Data	85

I. Introduction

Equality, along with liberty and dignity,¹ is one of the guiding principles and main objectives of human rights law.² But if that is the case, how exactly can human rights serve to achieve a more equal world? Often, answers to this question examine economic and social human rights.³ This paper instead examines the potential of civil and political rights to combat inequality through the exercise of direct-democratic rights: (How) does political freedom contribute to reducing inequality through democratic practice?

In 2013, the Swiss population voted on the citizens' initiative "1:12 Initiative—For Fair Wages", which aimed at limiting the highest wages paid in each company to an amount that is twelve times higher than the lowest wages.⁴ In its essence, the initiative wanted to combat inequalities of economic and social nature.⁵ This is only one example of many popular votes in Switzerland which had impacts on (in)equality. This paper subjects all of these votes to an empirical analysis in order to answer the question posed above. The results show an ambivalent effect of direct-democratic political freedom, which has, at most, a mere indirect positive influence on equality. The paper explores different reasons for this effect and concludes that besides political freedom, other normative elements are necessary to guarantee equality.

1 SUSANNE BAER, *Dignity, Liberty, Equality: A Fundamental Rights Triangle of Constitutionalism*, U. of Toronto L. J. 2009, 417–468.

2 E.g. WOUTER VANDENHOLE, *Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies*, Antwerp 2005, p. 1; cf. e.g. art 3 International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 16 December 1966) 999 UNTS 171 (ICCPR), Art. 14 European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (adopted 4 November 1950) ETS 5 (ECHR).

3 E.g. DANIEL M. BRINKS / VARUN GAURI, *The Law's Majestic Equality? The Distributive Impact of Judicializing Social and Economic Rights*, *Perspectives on Politics* 2014, 375–393; KEVIN E. DAVIS / MICHAEL J. TREBILCOCK, *The Relationship Between Law and Development: Optimists versus Skeptics*, *Am. J. Comp. L.* 2008, 895–946. For a helpful overview see MALCOLM LANGFORD, *Critiques of Human Rights*, *Annu. Rev. Law. Soc. Sci.* 2018, 69–89, pp. 81–82.

4 Cf. *Text of the initiative*; see also *Botschaft über die Volksinitiative «1:12 – Für gerechte Löhne»*, BBl 2011 638.

5 See JUSO, *Lohnverteilung und 1:12-Initiative – Gerechtigkeit und Demokratie auf dem Prüfstand*, Zurich 2013, pp. 7 and 12.

II. Theoretical Context

1. Freedom and Inequality

Inequality is a situation where some people have more of a specific good than other people.⁶ This paper will focus on a sub-category: *socioeconomic*, material inequality as defined in the most important international human rights documents.⁷ One aspect of this could be the inequality of income, as it was addressed by the “1:12 initiative”.⁸

Freedom is understood in several ways throughout the paper, referring on the one hand to *political freedom* as interchangeable with the guaranteed existence of *rights of political participation*. On the other hand, *freedom of choice* allows individuals to take their lives into their own hands. The basis of this idea of freedom (of choice) is the “capabilities approach” as coined by AMARTYA SEN. This is based on the idea that the ability of people to lead their lives in a way that they have reason to value (called capabilities) is fundamental.⁹

Socioeconomic inequality, as understood here, has a strong link to freedom overall. Inequality in accessing socioeconomic goods signifies that some people have less *freedom of choice* with respect to accessing these goods than others. More equality, meaning better and more equal access to goods, would imply more freedom of choice for everybody. Therefore, if inequality continues to exist, it means that unfreedom persists. So, the question arises: Does the exercise of direct-democratic rights lead to more equality? Or is there a conflict between political freedom and an outcome that is unequal, therefore resulting in unfreedom?

2. Functions of Political Freedom

In SEN’s capabilities framework, the existence of political rights and the concrete exercise of political freedom can play three important roles: It can constitute an *intrinsic* value for human beings,¹⁰ it can be of *constitutive*

6 See e.g. Cambridge Dictionary, Definition of Inequality.

7 Cf. Universal Declaration of Human Rights (adopted 10 December 1948) UNGA Res 217 A(III) (UDHR) esp. art 22-27; International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (adopted 16 December 1966) 993 UNTS 3 (ICESCR). See also UN Department of Economic and Social Affairs, *Concepts of Inequality, Development Issues* 2015.

8 See the text of the initiative (n. 4).

9 AMARTYA SEN, *Development as Freedom*, Oxford 1999, p. 18.

10 AMARTYA SEN, *Symposium on Development as Freedom: Response to Commentaries*, SCID 2002, 78-86, p. 79; even if they live materially deprived lives (SEN (n. 9), p. 13).

importance for the definition of capabilities and it can have an *instrumental* function.¹¹

The capabilities approach requires that people indeed have the freedom to choose what they have reason to value,¹² i.e. the ability to decide on the objectives of themselves or of their society.¹³ Therein lies the constitutive role of political freedom: Through democratic participation in public debate and decision-making processes, citizens define what they value individually and collectively and transform it into concrete public policies.¹⁴

Third, political rights are of instrumental importance because they hold members of government and parliament accountable for respecting and pursuing the choices made by their constituencies.¹⁵ Constituents can either deny or provide re-election (representative democracy), or block or approve existing policy proposals through referendums or propose new ones directly through initiatives (direct democracy).

Until this point, this conception of political freedom heavily relies on procedural forms, which need to be respected. For SEN, the exercise of political freedom must ultimately result in more freedoms, whereby some capabilities support the creation of even more capabilities.¹⁶ This introduces an additional normative, outcome-oriented focus. Therefore, it can happen that the procedure is respected and the people choose freely, but they do not choose more freedom (for themselves or others). This creates an important conflict between the intrinsic value of political freedom and its role as a route to more, especially socioeconomic, freedom.¹⁷ This paper will show a concrete example of such a conflict and address the need to resolve it.

11 AMARTYA SEN, Democracy as Universal Value, *J. Democr.* 1999, 3-17, p. 10; SÉVERINE DENEULIN, Promoting Human Freedoms under Conditions of Inequalities: A Procedural Framework, *J. Hum. Dev. Capab.* 2005, 75-95, p. 76.

12 SEN (n. 9), p. 18.

13 DENEULIN (n. 11), p. 76.

14 SEN (n. 11), pp. 10-11.

15 SEN (n. 11), p. 11. For this generally see e.g. BERNHARD MANIN / ADAM PRZEWORSKI / SUSAN C. STOKES, Elections and Representation, in: Adam Przeworski / Susan C. Stokes / Bernhard Manin (eds.), *Democracy, Accountability and Representation*, Cambridge 1999, 29-54, p. 40.

16 Cf. DENEULIN (n. 11), p. 78.

17 DENEULIN (n. 11), p. 78.

3. Research Question and Hypothesis

The empirical part of this paper examines the research question: How have Swiss citizens exercised their political freedom in popular votes in equality-related issues? Are voter attitudes, as indicated by their choices in the votes, in favour of, opposed to or indifferent towards equality? Thus, what influence does democracy have on inequality?

The working hypothesis is that the objective to reduce inequality does not play an important role in popular votes in Switzerland. This is preliminarily confirmed by the example examined at the start: The “1:12 initiative” was ultimately rejected in the popular vote.¹⁸ However, the examined data goes back almost half a century and will hopefully render a larger and more sophisticated picture.

III. Empirical Analysis of Swiss Voter Preferences

1. Methodology

a) Methodological Justification

This study examines data on direct-democratic popular votes and thereby focuses on voter behaviour. Studying Yes- and No-votes instead of more indirect factors such as public budgets or taxation rates¹⁹ gives indications on the *attitude* of voters towards inequality, on whether equality is something they value and pursue through democratic participation.²⁰

Elections are choices between full programmes, package deals of parties and persons²¹ and therefore many factors guide electoral choices, such as social identity.²² In contrast, direct-democratic votes usually only concern one specific policy at a time; specifically citizens’ initiatives can serve to illustrate in more detail which subjects voters want to set on the political agenda. Therefore, the examination of direct-democratic votes allows the deduction

18 Result of the vote on 24 November 2013, BBl 2014 1773: 1’796’930 people voted against, 954’787 for the proposed amendment of the Constitution.

19 Examined in e.g. BURTON A. ABRAMS / RUSSELL F. SETTLE, Women’s Suffrage and the Growth of the Welfare State, *Public Choice* 1999, 289-300; MARKUS FREITAG / ADRIAN VATTER / CHRISTOPH MÜLLER, Bremse oder Gaspedal? Eine empirische Untersuchung zur Wirkung der direkten Demokratie auf den Steuerstaat, *PVS* 2003, 348-369.

20 Cf. KATHARINA E. JARONICKI, Does Female Suffrage Increase Public Support for Government Spending? Evidence from Swiss Ballots, *CESifo Working Paper* 2013, p. 1.

21 UWE WAGSCHAL, *Direct Democracy and Public Policymaking*, *JPP* 1997, 223-245, p. 225.

22 DARON ACEMOGLU et al., *Democracy, Redistribution and Inequality*, in: *The Handbook of Income Distribution*, Amsterdam 2015, 1885-1966, p. 1894.

of voter preferences and the establishment of causation more directly than the study of electoral choices, although there can still be many factors which influence voters' decisions besides their inherent preferences.

b) Study Design

The study examines all 399 popular votes on the national level, which have taken place in Switzerland between 16 March 1971²³ and 20 April 2020.²⁴ These votes are classified by three criteria:

- Type of vote (mandatory referendum, optional referendum, citizens' initiative)
- Policy effect of proposal (affected subject-area of equality, called "theme"; positive or negative impact on equality)
- Result (acceptance or rejection).

It is important to distinguish between different types of votes because each type has some inherent characteristics which influence its chances of acceptance in the popular vote.²⁵ Proposals can either promote or endanger equality, therefore the proposals are classified as positive for equality (equality-friendly) or negative. Four different subject areas are used as themes, which all have impacts on socioeconomic inequality: taxation, welfare, gender equality and other economic and social rights (ESR).

Progressive direct *taxation* rates redistribute income from high to low income groups in the form of public services, thus combatting inequality.²⁶ Higher (progressive) taxation rates are taken as positive proposals for equality and lower rates as negative proposals, tax deductions classified as positive for equality if they are focused on low income groups and negative if they do not differentiate between high and low income groups.

The term *welfare* is an umbrella term for pension security, health and accident, disability and unemployment insurance and related public services or systems here. This "safety net" helps to compensate especially for the worst effects of (economic and other) inequality.²⁷

23 Beginning of women's right to vote in Switzerland.

24 Data sources: Centre for Direct Democracy Aarau database on direct-democratic votes, which the author worked on for three years; Swiss Federal Chancellery, *Abstimmungen*.

25 See below, IV.1.b.

26 SVEN STEINMO, *Taxation and Democracy*, New Haven (CT) 1993, pp. 3 and 196-198; cf. FREITAG/VATTER/MÜLLER (n. 19), p. 349.

27 NICOLA BOCCELLA / ANDREA BILLI, *Growth and Inequality: Theoretical Issues and Empirical Evidence*, in: Nicola Boccella / Andrea Billi (eds.), *Développement, Inégalités, Pauvretés*, Paris 2005, 11-76, p. 39.

The theme of *gender inequality* comprises proposals from diverse areas such as family and inheritance law, maternity leave and insurance as well as provisions of criminal law relating to abortion rights.

Finally, other economic and social rights (*ESR*) are the fallback category for proposals with other inequality-related implications, alluding to the rights to adequate working conditions²⁸, adequate standards of living, including housing²⁹, education³⁰ and health³¹.

2. The Data: Observations

The data provide the following descriptive observations regarding the different direct-democratic instruments and inequality themes.³² “Positive” is used to describe proposals which would have a strengthening effect on equality, if accepted; “negative” for proposals with a diminishing effect on equality. A voting result counts as “equality-friendly” if either a positive proposal is accepted or a negative proposal is rejected.

1. Of 399 votes in the time frame, 15% of the proposals had an impact on equality (58 votes). Of these, only eight proposals in this half century were negative for equality (four optional referendums, four initiatives). Overall, the success rate of all popular votes is 44%. All inequality-related proposals had a significantly lower rate (success rate of positive proposals 32%, of negative proposals 12%).
2. 32 out of 58 equality-related votes were citizens’ initiatives (55%). Initiatives had very low chances of success: only one was accepted (*ESR*, 2013, with a very high acceptance rate of 68% approval). The success rate of 4% of all positive initiative proposals relating to inequality is substantially lower than the overall acceptance rate of initiatives at 9%.
3. 75% of positive optional referendums were accepted (six accepted, two rejected)—clearly more than the other two instruments. Three out of four negative optional referendums were rejected, while the overall rejection rate of optional referendums is only 31%.
4. The acceptance rate of mandatory referendums is very similar to the overall rate (68% overall, 64% in inequality). All proposals were positive.

28 Art 6-8 ICESCR, art 23 UDHR.

29 Art 11 ICESCR, art 25 UDHR.

30 Art 13 ICESCR, art 26 UDHR.

31 Art 12 ICESCR.

32 See Annex I and II for the full data. Only selected data are presented here.

Nine were accepted, three of which were governmental counter-proposals to initiatives, five proposals were rejected.

5. In *taxation*-related mandatory referendums, two complex tax reform projects were rejected, and three equality-related issues accepted: Higher income taxes (1975) and two deductions-related proposals (1973 and 1981). All six initiatives were rejected which demanded either less tax breaks, more income tax or new taxes on sources which only people with higher economic status can access (capital gains, inheritance over 2 million CHF) (1976, 1977, 2001, 2010, 2014, 2015).
6. In *welfare*, two out of four mandatory referendums passed, two were rejected. The two accepted proposals were the foundational introductions of disability and old-age (1972) and mandatory unemployment insurance (1976), while the rejected proposals were quite weak counter-proposals to initiatives. The only negative proposal (optional referendum) that passed in 50 years was a limitation of disability pensions (in the second try 2007, 1999 it was rejected).
7. Regarding *gender equality*, some fundamental changes for women's rights such as equality in nationality and civil law, insurance and abortion rights passed in the 20th century. Yet, since 2002 (legalizing abortion) no more proposals on further gender equality (such as gender quotas) were accepted in a popular vote, although over half of Swiss citizens are female.
8. Relating to other *ESR*, citizens' initiatives were often launched in the area of working conditions (eight initiatives on wages, working hours or holidays) or tenancy issues (two initiatives). However, these were rejected with a considerably low average of 31% Yes votes. The proposal to curb the excessive salaries of top managers in large firms in 2013 was the only inequality-related initiative to be accepted.

These descriptive observations lead to these additional observations, which serve as the framework for interpreting the above results in relation to the capabilities approach:

1. The citizens' initiative, though it manages to put issues on the political agenda, does not succeed in transforming them into concrete public policies that survive the popular vote.³³ Three counter-proposals to initiatives were, however, accepted.³⁴

33 See observation 2.

34 See observation 4.

2. Referendums block an important percentage of positive as well as negative proposals made by parliament (seven positive, three negative).³⁵ Although positive proposals have a higher chance of acceptance than negative ones,³⁶ referendums must be seen as having a slightly negative impact on equality: Without them, four more positive proposals would have been implemented.

3. Interim Conclusion

The empirical results reveal something about the role that law, especially (civil and) political rights, can play to reduce inequality. Overall, the exercise of these direct-democratic freedoms does not show a positive impact on socio-economic equality. Citizens' initiatives almost never manage to succeed in creating more equality, while referendums prevent the implementation of positive governmental proposals to promote equality. Thus, this political freedom does not generate more socioeconomic freedom, but rather prevents it. The hypothesis is preliminarily confirmed: This situation presents a conflict of objectives between (at least *de jure* fulfilled) procedural requirements of political freedom (i.e. guaranteed political rights) and the outcome of this procedure, which does not lie in the protection or promotion of more freedom. This is in line with existing empirical studies, which also show an inconclusive result about the influence of (in)equality and democracy on each other.³⁷

IV. Discussion

1. Possible Explanations

In literature, explanations for this conflict of objectives come from two factors: Either problems with the process itself negatively influence the democratic decision-making, which resulted in distorted outcomes,³⁸ or the procedure

35 See observations 3 and 4.

36 See observation 3.

37 KENNETH SCHEVE / DAVID STASAVAGE, Wealth Inequality and Democracy, *Annu. Rev. Political Sci.* 2017, 451-468, p. 452, see little evidence for such a link; ACEMOGLU et al. (n. 22), p. 1889, do not see a robust pattern of an effect of democracy on equality; similar MARIA ZIEGLER, Political Institutions and Human Development: Does Democracy Fulfill its "Constructive" and "Instrumental" Role?, in: Maria Ziegler / Hermann Sautter / Stephan Klasen (eds.), *Institutions, Inequality and Development*, Pieterlen/Bern 2011, 9-32, p. 29; MARK GRADSTEIN / BRANKO MILANOVIC, Does Libert  = Egalit ? A Survey of the Empirical Links between Democracy and Inequality with Some Evidence on the Transition Economies, *J. Econ. Surv.* 2004, 515-537, p. 528.

38 For example SEN (n. 9), pp. 154-155.

was in order, but the choices that were freely made produced “wrong” outcomes in the way that they do not enhance capabilities.³⁹ Both kinds of explanations can be found in theories on inequality and democracy generally, as well as direct democracy specifically. In the following section, such explanations found in literature are compared to the observations drawn from the empirical data.

a) External Factors: Distorted Procedure

The first set of explanations for the present conflict rely on problems with the *working* of the democratic procedure, which is somehow distorted or misused.

Democracy relies on a condition of equality.⁴⁰ Pessimistic scholars warn that if socioeconomic inequality persists, there may be *de jure* political equality, but the *de facto* distribution of power will remain unequal. This would allow people with more resources and education to continue to dominate the political landscape.⁴¹ In this case, so-called “democratic” decisions would yield policy outcomes that do nothing to promote equality, thus perpetuating existing power imbalances.⁴² If this is systematised, democracy can be “captured” by the elite, which would distort democracy to work in their favour through different means, ranging from lobbying or controlling of the media to use of law enforcement or paramilitaries to suppress opinions.⁴³

The assessment of the “soundness” of Swiss democracy surely warrants its own paper. At an overview, the chances of the more obvious forms of capturing democracy seem negligible. Switzerland is a very old democracy – since 1874, when the optional legislative referendum was first introduced, popular votes are being held there.⁴⁴ Votes take place on a consistent basis, up to four times a year, on all state levels and are clearly regulated by law, which gives stability to the direct-democratic process. Furthermore, direct democracy generally does not seem to lend itself to the more obvious forms of capture, as there is never such a concentration of power as in representative

39 Similar to the distinction of process and opportunities (SEN (n. 9), p. 17).

40 CHARLES TILLY, *Inequality, Democratization, and De-Democratization*, *Sociol. Theory* 2003, 37-43, p. 37.

41 DENEULIN (n. 11), p. 79.

42 *Ibid.*, 80. Democracies often include property rights such as inheritance protections, which have the potential to perpetuate economic inequalities (TILLY (n. 40), p. 38; SCHEVE/STASAVAGE (n. 37)).

43 DARON ACEMOGLU / JAMES A. ROBINSON, *Persistence of Power, Elites, and Institutions*, *Am. Econ. Rev.* 2008, 267-293; ACEMOGLU et al. (n. 22), p. 1888; SCHEVE/STASAVAGE (n. 37), p. 464. This reasoning seems similar to assertions made by populists.

44 Cf. GRADSTEIN/MILANOVIC (n. 37), p. 523, who emphasize that the length of democratic experience is important for possible effects on inequality.

democracies, especially combined with the consent-based multiparty-government. Consequently, Switzerland regularly ranks very high in democracy indexes such as Freedom House's,⁴⁵ although issues such as transparency in political financing and lobbying remain problematic.⁴⁶

The results of the present empirical analysis do not confirm these suspicions, either. All but one of the proposals with negative impacts on equality were denied, and there were not many in the first place.⁴⁷ So at least direct-democratic instruments are not directly used to subvert democracy in the interest of the privileged. However, accessibility of information and of the procedure remains an important topic. For instance, the low average voter turnout of 44% is concerning.⁴⁸ Overall, Switzerland must be considered a democracy where the exercise of political freedom and its procedures are sufficiently free and equal, as much as possible in real-life conditions. So, we turn to other factors that could explain the present results.

b) Internal Factors: Use of Political Freedom, Values and Choices

Other theories on democracy and inequality are grounded in assumptions about human characteristics which determine voters' choices of policies and values.

A median voter theorem is often invoked to explain voters' behaviour.⁴⁹ The "Robin Hood theory" of direct democracy⁵⁰ attests the median voter expansive, redistributive preferences based on the assumption that the median income of the population eligible to vote is lower than the mean income of the same population, therefore they would profit from and vote for redistributive state activity.⁵¹ These theories thus focus on the voters' choice. They assume that free and equal procedures produce equal results, *because* voters both value equality and advance it through political means out of self-interest. However, the present data has demonstrated that, paradoxically, voters often

45 Freedom House, *Democracy Scores*.

46 TRANSPARENCY INTERNATIONAL SWITZERLAND, *Lobbying in der Schweiz*, Berne 2019.

47 See observation 1.

48 Studies show a correlation between turnout and lowering inequality (GRADSTEIN/MILANOVIC (n. 37), p. 525).

49 WAGSCHAL (n. 21), p. 225; FREITAG/VATTER/MÜLLER (n. 19), p. 355.

50 Most famously ANTHONY DOWNS, *An Economic Theory of Democracy*, New York 1957, as cited in WAGSCHAL (n. 21), p. 224 and in FREITAG/VATTER/MÜLLER (n. 19), pp. 349 and 355.

51 According to the famous MELTZER/RICHARD model (see ALLAN H. MELTZER/SCOTT F. RICHARD, *A Rational Theory of the Size of Government*, J. Political Econ. 1981, 914-927). See also TILLY (n. 40), p. 39.

do not act in accordance with their own interests.⁵² Other studies have also not found a redistributive effect based on the median voter theorem.⁵³ This means that the Robin Hood theory cannot explain empirically examined voter decisions.

In direct-democratic theory, Robin Hood-redistributive tendencies are often linked to citizens' initiatives especially.⁵⁴ Indeed, the initiatives examined here often pose progressive and/or extensive demands, but without much success.⁵⁵ Therefore, the effectiveness of such Robin Hood tendencies is strongly limited.

Does this mean that the voting population does not value equality? Or could there be other explanations? Even under free and equal conditions of the exercise of political freedom, other factors may influence the voters' choices more strongly than a desire for their own equality. A main preference-based argument claims that voters are subject to a so-called *status quo bias*. The status quo bias is a modification of the self-interest-based median voter theorem, in that there are psychological reasons why some self-interests (preservation of acquired advantages) prevail over other self-interests (achieving new advantages). Because of the human tendency towards risk aversion, voters minimize the risk of losing any benefits of the current system even if there is a chance of important increases in benefit—instead choosing the status quo.⁵⁶ This may lead voters to reject proposals even if these show great potential for inequality reduction.

In direct democracy, the status quo bias is said to have a particularly strong slowing effect, because the citizens are an additional veto actor, able to delay or impede even necessary adaptations.⁵⁷ The status quo bias is closely connected to theories on the two main direct-democratic instruments, referendum and initiative. Both have a very different functionality. Referendums are used to block proposals of change by the parliament or government—thus usually limiting proposed expenditures or taxation⁵⁸—, while

52 Esp. observation 7: If potential voters acted in self-interest, women would participate in votes relating to gender equality and vote in favour of positive proposals to strengthen their rights and status.

53 WAGSCHAL (n. 21), p. 225; similar ZIEGLER (n. 37), p. 32.

54 WAGSCHAL (n. 21), p. 230; FREITAG/VATTER/MÜLLER (n. 19), p. 362.

55 See observations 2 and 9.

56 FREITAG/VATTER/MÜLLER (n. 19), p. 355; GEBHARD KIRCHGÄSSNER, Direct Democracy: Chances and Challenges, HSG Discussion Paper 2015, p. 22.

57 KIRCHGÄSSNER (n. 56), p. 21; FREITAG/VATTER/MÜLLER (n. 19), p. 354.

58 GEBHARD KIRCHGÄSSNER, Fiscal Institutions at the Cantonal Level in Switzerland, HSG Discussion Paper 2013, p. 6; WAGSCHAL (n. 21), p. 226; FREITAG/VATTER/MÜLLER (n. 19), p. 354.

citizens' initiatives bring an entirely new proposal on the table.⁵⁹ Therefore, the referendum is seen as a “brake” and in conjunction, the citizens' initiative is called the expansive “gas pedal”, similar to the Robin Hood theory.⁶⁰

The slowing effect of the referendum is apparent in the present study and identified as having negative net effects on equality.⁶¹ Citizens' initiatives, in contrast, have very limited directly positive effects on the promotion of equality⁶² and can hardly be called gas pedals. These observations confirm that the status quo bias has an important influence not just on referendums, but also initiatives—even if an expansion would be in their own interest, voters have often not participated in the vote or rejected the proposal.⁶³

All in all, these conclusions paint a dreary picture of the influence of political freedom on inequality, leaving us less than hopeful for improvements towards equality. Nonetheless, it should be kept in mind that direct-democratic instruments can also have indirect effects. The simple looming threat of a referendum or of the acceptance of an existing citizens' initiative in the popular vote can serve to reign in parliamentary activity or to spur lawmakers into action, respectively.⁶⁴ This is especially true with the possibility of governmental counter-proposals to citizens' initiatives.⁶⁵

2. Further Reflection: Freedom and Equality Through Two-Pillared Democracy

We find ourselves in a situation of conflict: procedural requirements of direct democracy have been upheld but the outcome of these direct democratic procedures does not live up to the substantive expectations that they generate more freedom. Internal factors such as a status quo bias cannot be changed easily. This raises the question: If (political) freedom should always create more (socioeconomic) freedom, what should be the consequences if this does not happen? Fundamentally restricting political freedom cannot be the answer.⁶⁶ Otherwise we would only reverse the protagonists (i.e. more socioeconomic freedom at the expense of less political freedom), but receive

59 FREITAG/VATTER/MÜLLER (n. 19), p. 362.

60 *Ibid.*, 354. Empirical studies in Switzerland yield similar results: WAGSCHAL (n. 21), pp. 230-231; KIRCHGÄSSNER (n. 56), pp. 16 and 22.

61 See observation 10 and interim conclusion.

62 See observation 9 and interim conclusion.

63 Esp observation 7.

64 WAGSCHAL (n. 21), p. 227; FREITAG/VATTER/MÜLLER (n. 19), p. 355; KIRCHGÄSSNER (n. 58), p. 5.

65 Cf observations 4 and 9.

66 Similar SEN (n. 9), p. 123.

the same result. In addition, political freedom has other functions besides the constitutive one, mainly an intrinsic value for human beings, which should be enough reason to preserve political rights.⁶⁷ Still, its intrinsic value does not give precedence to political freedom over other freedoms.

The fact that other factors prevail over the reduction of the above-identified themes of inequality in voters' decisions does not mean that the people do not value equality *generally* or in other areas. This is demonstrated in surveys where the Swiss population shows increasing concerns about persisting (socioeconomic) inequality.⁶⁸ Instead of only relying on the political process to regulate everything, additional safeguards are necessary. Substantive constitutional rights and freedoms can provide safeguards of a legal nature, which are enforceable and thus to a certain extent authoritative. We must also adopt a more comprehensive view of democracy, not exclusively relying on (direct-) democratic political participation rights, but also encompassing a catalogue of rights and freedoms. Participation and universal human rights must be taken *together* to form the two-pillared basis of contemporary democracy with the common goal of securing human freedom and equality.⁶⁹ This leads back to the initial question about the contribution of law to equality. Just as much as the civil and political rights, the other set of economic and social rights need to exist and influence the political landscape as well as be judicialised in court, where necessary.

V. Conclusion

Political freedom has three important functions, an intrinsic, a constitutive and an instrumental one. A closer examination of the exercise of political rights in Swiss direct-democratic votes in view of its constitutive function yields results that disappoint overly optimistic hopes about the contribution that political freedom can make to the fight against inequality. Therefore, normative safeguards in the form of substantive economic and social rights need to exist alongside political freedom to uphold the equality of all. The exercise of political freedom is not a sufficient condition, but remains a necessary part of any efforts to enhance equality.

67 See above, II.1.

68 DOMINIQUE JOYE / JULIE FALCON, Soziale Ungleichheiten in der Schweiz: eine Bestandsaufnahme und aktuelle Herausforderungen, in: Maria Ziegler (ed.), *Ungleichheit(en) und Demokratie*, Zurich 2016, 21-41, p. 37.

69 JÖRG PAUL MÜLLER / GIOVANNI BIAGGINI, Die Verfassungsidee angesichts der Gefahr eines Demokratieabsolutismus, *ZBl* 2015, 235-250, p. 238.

Appendix I: Empirical Data

Date	Title	R/I	Re- sult	% Yes	Turn- out	Theme	Additional Information	Yes Votes	No Votes	Valid Votes	For Equality
08.12.74	CI for better health insurance (regard to health insurance, accidents and maternity)	CI	No	28	39	Welfare	mandatory health insurance for all	384'155	1'010'103	1'394'258	Positive
21.03.76	CI "Reform of taxes (fairer taxes and abolition of tax privileges)"	CI	No	42	39	Taxation		599'053	819'830	1'418'883	Positive
05.12.76	CI "Reduction of the working week to forty hours"	CI	No	22	45	ESR		370'228	1'315'822	1'686'050	Positive
25.09.77	CI "Decriminalising abortion"	CI	No	48	52	Gender		929'325	994'930	1'924'255	Positive
04.12.77	CI "Higher taxes on big incomes"	CI	No	44	38	Taxation		637'994	800'138	1'438'132	Positive
02.12.84	CI "Effective protection of motherhood"	CI	No	16	38	Gender	separate maternity insurance, parental leave of 9 months total	241'442	1'288'974	1'530'416	Positive
10.03.85	CI "Lengthening paid holidays"	CI	No	35	35	ESR		489'952	918'728	1'408'680	Positive
09.06.85	CI "Right to life"	CI	No	31	36	Gender	enshrining right to life & personal freedom in cst; goal also abortions, euthanasia; (CPI)	448'016	999'077	1'447'093	Negative
04.12.88	CI "Reduction of working hours"	CI	No	34	53	ESR		769'264	1'475'536	2'244'800	Positive
04.12.94	CI "For sound health insurance"	CI	No	23	44	Welfare	contributions acc. To income -> more solidarity	460'674	1'504'177	1'964'851	Positive
26.06.95	CI "To expand the state old age, widows-, orphans- and disability insurance"	CI	No	28	40	Welfare	more importance for the public instead of private pension insurance	499'266	1'307'302	1'806'568	Positive
12.03.00	CI "For a fair representation of women in the Federal authorities"	CI	No	18	42	Gender	quotas for women in parliament, govt, court	346'314	1'580'859	1'927'173	Positive

Date	Title	R/I	Re- sult	% Yes	Turn- out	Theme	Additional Information	Yes Votes	No Votes	Valid Votes	For Equality
26.11.00	CI "For lower hospital costs"	CI	No	18	42	Welfare	compulsory insurance limited; only for the coverage of hospital costs -> very bad	343'008	1'574'528	1'917'536	Negative
02.12.01	CI "For a capital gains tax"	CI	No	34	38	Taxation		594'927	1'149'182	1'744'109	Positive
03.03.02	CI "For shorter working hours"	CI	No	25	58	ESR		686'935	2'021'198	2'708'133	Positive
02.06.02	CI "For mother and child -protection of the unborn child and assistance for mothers in need"	CI	No	18	42	Gender	abortion only in case of acute, physical danger to life of woman	352'432	1'578'870	1'931'302	Negative
18.05.03	CI "Healthcare must be affordable (health initiative)"	CI	No	27	50	Welfare	premiums acc. To income/wealth, but new financing with VAT	625'073	1'682'694	2'307'767	Positive
18.05.03	CI "For adequate vocational training (apprenticeship initiative)"	CI	No	32	50	ESR	fundamental right for adequate vocational training in cst	722'931	1'564'325	2'287'256	Positive
18.05.03	CI "Yes to fair rents for tenants"	CI	No	33	50	ESR	some better rules for tenants re. rent level	749'388	1'540'401	2'289'789	Positive
11.03.07	CI "For a social unified health insurance"	CI	No	29	46	Welfare		641'917	1'590'213	2'232'130	Positive
28.11.10	CI "for equitable taxes"	CI	No	42	52	Taxation		1'073'229	1'510'589	2'583'818	Positive
11.03.12	CI «6 weeks holidays for all»	CI	No	33	45	ESR		771'717	1'531'986	2'303'703	Positive
03.03.13	CI to curb senior managers' pay	CI	Yes	68	47	ESR		1'616'184	761'975	2'378'159	Positive
24.11.13	CI «1.12- for fair wages»	CI	No	35	54	ESR		954'787	1'796'930	2'751'717	Positive
09.02.14	CI «costs of termination of pregnancy not paid by compulsory basic health insurance»	CI	No	30	56	Gender		873'060	2'019'549	2'892'609	Negative
18.05.14	CI "For the protection of fair wages (minimum salary initiative)"	CI	No	24	56	ESR		687'571	2'210'192	2'897'763	Positive

28.09.14	CI «for a public health insurance»	CI	No	38	47	Welfare		933'012	1'512'036	2'445'048	Positive
30.11.14	CI «to end tax breaks for wealthy foreigners» (Abolition of lump sum taxation)	CI	No	41	50	Taxation		1'053'125	1'528'114	2'581'239	Positive
15.07.15	CI «to impose inheritance of millions for our Old-Age and survivors' insurance AHV (Reform of inheritance tax)»	CI	No	29	43	Taxation		658'218	1'613'394	2'271'612	Positive
05.06.16	CI «For an unconditional basic income»	CI	No	23	47	Welfare	debatable if good or bad for equality	568'660	1'897'528	2'466'188	Positive
25.09.16	CI «AHVplus: for a strong AHV»	CI	No	41	43	Welfare	better pension insurance of poor and middle incomes with 10% more	921'375	1'348'032	2'269'407	Positive
09.02.20	CI «more affordable housing»	CI	No	43	41	ESR		963'610	1'280'148	2'243'758	Positive
03.12.72	amendment to the Federal Constitution on introduction of a disability, old age-, widows- and orphans insurance	MR	Yes	77	51	Welfare	very important!	1'393'797	418'018	1'811'815	Positive
02.12.73	Federal decree on limitation to tax deductions on federal, cantonal and district income tax	MR	Yes	68	35	Taxation	to curb problematic economic excess	834'792	391'956	1'226'748	Positive
08.12.74	Federal decree on improvement to the federal financial budget	MR	No	44	40	Taxation	higher taxes for high incomes, but also many other things	625'780	783'894	1'409'674	Positive
08.12.74	Revision of the Constitution in regard to health insurance, accidents and maternity	MR	No	34	37	Welfare	CP to CI; newly mandatory for big risks (hospital), voluntary for everything else	457'923	883'179	1'341'102	Positive
08.06.75	Federal decree on raising income from taxes from 1976	MR	Yes	56	37	Taxation	try #2 after 1974	753'642	593'041	1'346'683	Positive
07.12.75	Amendment of the Federal Constitution (freedom of settlement and social welfare assistance)	MR	Yes	76	31	ESR		842'165	271'563	1'113'728	Positive

Date	Title	R/I	Re- sult	% Yes	Turn- out	Theme	Additional Information	Yes Votes	No Votes	Valid Votes	For Equality
13.06.76	Federal decree on a complete redesign of unemployment insurance	MR	Yes	68	35	Welfare	for employees mandatory, nationwide uniformized	866'211	402'550	1'268'761	Positive
12.06.77	Federal decree on revision of VAT and direct federal taxation	MR	No	41	50	Taxation	higher taxes for high incomes, lower for the bottom (but also many other things...)	760'830	1'117'044	1'877'874	Positive
14.06.81	Counter proposal to CI "Equal rights for men and women"	MR	Yes	60	34	Gender	gender equality article in cst	797'702	525'885	1'323'587	Positive
29.11.81	Federal decree on continuation of budget and improvement in federal finances	MR	Yes	69	30	Taxation	more tax deductions for families etc. -> specifically intended to lessen the problems of lower income groups in progressive taxation	818'327	368'508	1'186'835	Positive
04.12.83	Changes to nationality rules in the Federal Constitution	MR	Yes	61	36	Gender	same rights for couples with 1 swiss 1 foreign national (nationality of themselves & of children)	872'981	562'557	1'435'538	Positive
07.12.86	Federal decree on the citizen's initiative "Tenants protection" (counter-proposal)	MR	Yes	64	35	ESR	more protection of tenants against abuse by landlords	922'221	510'490	1'432'711	Positive
01.06.08	Counter-proposal of the Federal Assembly in response to the citizen's initiative "To lower health insurance premiums within the basic insurance system"	MR	No	31	45	Welfare	also ESR partly, enshrining social principles in the Cst (prob deemed unnecessary)	661'312	1'505'702	2'167'014	Positive
03.03.13	Federal decree of 15 June 2012 on family policy	MR	No	54	47	Gender	compatibility family-work as a principle in Cst. Majority of Cantons said no -> rejection!	1'283'951	1'078'531	2'362'482	Positive

28.05.78	Federal law on protection of pregnancy and abortion as a punishable offence	OR	No	31	49	Gender	legalisation of abortion for medical, social reasons or after rape	559'103	1'233'149	1'792'252	Positive
22.09.85	Amendment of Swiss civil law (marriage and inheritance law)	OR	Yes	55	41	Gender	more equal status of women in marriage, esp. inheritance & matrimonial property	921'743	762'619	1'684'362	Positive
04.12.94	Federal law on health insurance	OR	Yes	52	44	Welfare	fundamental solidarity + (insurance newly mandatory, prem deductions acc. to economic situation of individual)	1'021'175	950'360	1'971'535	Positive
25.06.95	Federal law on old-age, widows- and orphans insurance, amendment of 7 October 1994	OR	Yes	61	40	Gender	reaction to BV 8 III 1981 -> same pension rights for M/W; more money for handicapped old people	1'110'053	718'349	1'828'402	Positive
13.06.99	Amendment of the Federal law on disability insurance	OR	No	30	46	Welfare	cost-saving measures, less disability pensions -> probably try no. 1, next 2007	620'797	1'428'986	2'049'783	Negative
13.06.99	Federal law on maternity insurance	OR	No	39	46	Gender	also soc.sec; separate maternity insurance for working & non-w mothers; less for higher income families	822'458	1'286'824	2'109'282	Positive
02.06.02	Amendment to Swiss criminal code (abortion)	OR	Yes	72	42	Gender	provisions permitting abortion within the first three months of pregnancy	1'399'545	540'105	1'939'650	Positive
05.06.05	Federal law of 18 June 2004 on the registration of partnerships of same-sex couples (Partnership law)	OR	Yes	58	57	ESR		1'559'848	1'127'520	2'687'368	Positive
17.06.07	Amendment of the Federal disability insurance (LAI) law	OR	Yes	59	36	Welfare	cost-saving measures, less disability pensions	1'039'282	719'628	1'758'910	Negative

Date	Title	R/I	Re- sult	% Yes	Turn- out	Theme	Additional Information	Yes Votes	No Votes	Valid Votes	For Equality
07.03.10	Amendment of 12 December 2008 to the federal law on the old age-, widows- and orphans occupational pension. (minimal conversion rate)	OR	No	27	46	Welfare	lower rate of conversion	617'209	1'646'369	2'263'578	Negative
24.09.17	Federal Act of 17 March 2017 on the reform of the pension provision 2020	OR	No	47	47	Welfare	gender: women would work as long as men; but also Welfare (less money for pension insurance)	1'186'203	1'320'952	2'507'155	Negative
19.05.19	Federal Act on Tax Reform and AHV Financing (STAF)	OR	OR	OR	44	Welfare		1'541'147	780'457	2'321'604	Positive

R/I = type of instrument, CI = Citizens' initiative, MR = Mandatory referendum, OR = Optional referendum, ESR = Economic and social rights (fallback theme)

Appendix II: Preliminary Analysis of Data

	Yes	No	Total	% Yes	Good for equality	Bad for equality	% Good for equality	Positive accepted	Positive rejected	% Accepted of positive	Negative accepted	Negative rejected	% Rejected of negative
All votes since 16.03.71													
OR	82	36	118	69									
MR	79	38	117	68									
CI	15	149	164	9									
Total	176	223	399	44									
Inequality													
OR	7	5	12	58	9	3	75	6	2	75	1	3	75
MR	9	5	14	64	9	5	64	9	5	64	0	0	-
CI	1	31	32	3	5	27	16	1	27	4	0	4	100
Total	17	41	58	29	23	35	40	16	34	32	1	7	88
Taxation													
OR	0	0	0	-	0	0	-	0	0	-	0	0	-
MR	3	2	5	60	3	2	60	3	2	60	0	0	-
CI	0	6	6	0	0	6	0	0	6	0	0	0	-
Total	3	8	11	27	3	8	27	3	8	27	0	0	-
Welfare													
OR	3	3	6	50	5	1	83	2	0	100	1	3	75
MR	2	2	4	50	2	2	50	2	2	50	0	0	-
CI	0	9	9	0	1	8	11	0	8	0	0	1	100

	Yes	No	Total	% Yes	Good for equality	Bad for equality	% Good for equality	Positive accepted	Positive rejected	% Accepted of positive	Negative accepted	Negative rejected	% Rejected of negative
Total	5	14	19	26	8	11	42	4	10	29	1	4	80
Gender													
OR	3	2	5	60	3	2	60	3	2	60	0	0	-
MR	2	1	3	67	2	1	67	2	1	67	0	0	-
CI	0	6	6	0	3	3	50	0	3	0	0	3	100
Total	5	9	14	36	8	6	57	5	6	45	0	3	100
ESR													
OR	1	0	1	100	1	0	100	1	0	100	0	0	-
MR	2	0	2	100	2	0	100	2	0	100	0	0	-
CI	1	10	11	9	1	10	9	1	10	9	0	0	-
Total	4	10	14	29	4	10	29	4	10	29	0	0	-

positive proposals for equality marked light grey, negative proposals for equality marked dark grey

Yes = acceptance in popular vote, No = rejection in popular vote

good for equality = = positive accepted + negative rejected, bad for equality = positive rejected + negative accepted

Nebojsa Mijatovic

Political Rights of Foreigners: An Issue to be Tackled on the Basis of Human Dignity?

I. Introduction	88
<hr/>	
II. Human dignity and the democratic form of governance	89
<hr/>	
III. The analysis of constitutional frameworks and jurisprudence	92
1. Switzerland	93
2. Germany	95
<hr/>	
IV. Conclusion	99

I. Introduction

Human dignity's fundamental importance in the modern legal systems has become undeniable. Whether it is a discussion about the central pillar of the international law, the *jus cogens* norms, or about specific legal systems of individual states, at some point the question of the equal respect for human dignity of every human being will play a decisive role in determining the legitimacy of the given order. Norms regarding human dignity occupy central places in modern constitutions, be it as a key principle of the entire legal order,¹ or as a central and fundamental right within the catalogue of basic rights.² Yet even when dignity fails to be explicitly mentioned in the constitutional text³ or in the fundamental international human rights treaties,⁴ its underlying value remains unquestionable. Its manifestations within the legal sphere, besides the already mentioned *jus cogens* norms, are usually seen in the guarantees regarding the principle of equality before the law, the autonomy of the individual, prohibition of discrimination and social rights.⁵ However, it is less

1 Art. 1 para. 1 of the German Basic Law reads: "Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority." Translation found at: Deutscher Bundestag, *Basic Law for the Federal Republic of Germany*. Human dignity has been described as "the highest value" and the "supreme constitutional principle" of the German legal order, cf. GGG-HERDEGEN, in: Theodor Maunz / Günter Dürig / Matthias Herdegen (eds.), *Grundgesetz-Kommentar*, 87. Ergänzungslieferung März 2019, art. 1 para. 1 no. 4.

2 Human dignity stands at the forefront of the Chapter on fundamental rights in the Swiss Federal Constitution (art. 7). It is also used as the benchmark for determining if a limitation of another fundamental right is legitimate, as art. 36 para. 4 stipulates that the essence of fundamental rights is sacrosanct and this essence is identified with the content of human dignity, cf. BSK BV-WALDMANN, in: Bernhard Waldmann / Eva Maria Belser / Astrid Epiney (eds.), *Basler Kommentar Bundesverfassung*, Basel 2015 (CIT. BSK BV-BELSER/MOLINARI), art. 7 no. 27.

3 The US Constitution makes no explicit mention of the guarantee of human dignity; however, the US Supreme Court held as early as 1943 in *McNabb v. U.S.* that the respect for the dignity of man is central in a democratic society: "The purpose of this impressively pervasive requirement of criminal procedure is plain. A democratic society, in which respect for the dignity of all men is central, naturally guards against the misuse of the law enforcement process. Zeal in tracking down crime is not in itself an assurance of soberness of judgment." *McNabb v. United States*, 318 U.S. 332 at 343 (1943) (emphasis added).

4 Though dignity is not explicitly mentioned in the ECHR, the ECtHR has ruled on multiple occasions that the respect for human dignity constitutes "the very essence" of the objectives of the Convention, cf. *S.W. v. The United Kingdom*, Application No. 20166/92, 22 November 1995, para. 44 and *Pretty v. The United Kingdom*, Application No. 2346/02, 29 April 2002, para. 65.

5 The right to assistance when in need (art. 12) in the Swiss Federal Constitution for example has its origins in the jurisprudence of the Federal Supreme Court based on the, at the time, implicit constitutional right to human dignity, cf. BSK BV-BELSER/MOLINARI (n. 2), art. 7 no. 28.

frequently associated with the classic rights to freedom and the political rights. The purpose of this paper will be to examine the connection between human dignity and the democratic form of governance on the one hand and the lack of consequent implementation of principles of human dignity in the domain of political rights when it comes to foreigners on the other. This is of particular importance in the context of contemporary conflicts, be it in the case of migration or the rise of nationalist and populist political movements around the world and in Europe in particular. It will be shown that the existing legal frameworks of chosen countries contradict themselves and that the courts when they decide to tackle the matter only further contribute to the confusion in this field instead of taking a clear position on the issue. The argument will be made that the definition of the scope of political rights ought to be made on the basis of considerations on aspects of human dignity and that such a definition would help evade the contradictions present in the constitutional texts and their justifications.

II. Human dignity and the democratic form of governance

Prior to addressing this topic, however, one question has to be answered: How is a link between human dignity and democracy to be justified? Democracy can in short be identified as an idea of popular self-government whereby people of a country decide for themselves the contents of the laws that organise and regulate their political association.⁶ The concept that the people rather than a supreme authority represented either by an individual entity in the shape of God or by an absolute monarch, as was the practice in the continental Europe of the 17th and 18th century, where the source of state power was developed by James Wilson, one of the framers of the US Constitution of 1787. Wilson realised the crucial importance of popular participation in government and rejected Sir William Blackstone's notion that the absolute authority in a state resides in its legislature as ultimately the binding power of the law was not rooted in the superiority of the legislature, which compelled people to obey its commands, but in the consent of the governed people.⁷ For Wilson therefore,

6 ROBERT POST, *Democracy, Popular Sovereignty and Judicial Review*, *California Law Review* 86 (1998), 429-443, p. 430 with further reference to Frank Michelman.

7 JEREMY M. SHER, *A Question of Dignity: The Renewed Significance of James Wilson's Writings on Popular Sovereignty in the Wake of Alden v. Maine*, *NYU Annual Survey of American Law* 61 (2005-2006), 591-627, pp. 597 f. commenting on Wilson's *Lectures on Law*; for a short overview of the English concept of parliamentary sovereignty, cf. MICHAEL SANT'AMBROGIO, *Standing in the Shadow of Popular Sovereignty*, *Boston University Law Review* 95 (2015), 1869-1936, pp. 1879 ff.

the true source of sovereignty was the free and independent man and through direct representation the people could actively manifest their consent to the laws imposed upon them.⁸ Wilson would go on to consequently defend this position at the Constitutional Convention in 1787, however with mixed success, especially regarding the elections of the executive branch of the government.⁹

The idea that the free and independent human being is the source of political power in a state is inherently connected to the notion of the equality of all humans and their ability to autonomously make decisions and choices. This independence of the humans is also prominently featured in the works of Immanuel Kant who is considered a leading figure in the development of the modern understanding of the concept of human dignity.¹⁰ Kant's ideas concerning the moral autonomy, self-legislation and categorical imperative as the basis of human dignity¹¹ are very much reminiscent of Wilson's notion of a free and independent man who is the source of state power. As a consequence, a claim can be made that the popular sovereignty (and by extension the democratic model of governance in general) has its roots in the concept of human dignity (both the philosophical and the legal one, the latter one being the basis for the political rights of the citizens).¹² This idea has found acceptance in the literature. The relationship between human dignity and popular sovereignty has been described as close and democratic equality has been found to possess a dignity-based character.¹³ Further, it has been argued that the "dignity argument" is used to justify the participation of individuals in the

8 SHER (n. 7), p. 600.

9 Cf. for more details IAN C. BARTRUM, James Wilson and the Moral Foundations of Popular Sovereignty, *Buffalo Law Review* 64 (2016), 225-296, pp. 260 ff.

10 Cf. among others: G GK-HERDEGEN (n. 1), art. 1 para. 1 no. 13; YEHOSHUA ARIELI, On the Necessary and Sufficient Conditions for the Emergence of the Doctrine of the Dignity of Man and his Rights, in: David Kretzmer / Eckart Klein (eds.), *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, The Hague 2002, 1-18, p. 7.

11 Cf. G GK-DREIER, in: Horst Dreier (ed.), *Grundgesetz: Kommentar*, 3rd ed., Tübingen 2013, art. 1 para. 1 no. 14.

12 Cf. CATHERINE DUPRÉ, *The Age of Dignity: Human Rights and Constitutionalism in Europe*, Oxford/Portland 2015, p. 72 who also assesses that the capacity to set one's own ends (as defined by Kant's *Selbstgesetzgebung*) became both the definition of human dignity and a philosophical foundation for the right to vote.

13 SGK-EHRENZELLER, in: B. Ehrenzeller (ed.), *Die schweizerische Bundesverfassung: St. Galler Kommentar*, 3rd ed., Zurich 2014, (zit. SGK-MASTRONARDI), art. 7 no. 35; dissenting G GK-HERDEGEN (n. 1), art. 1 para. 1 no. 27, who calls for a more careful and cautious approach and doubts that in every state with proven democratic deficits there are systematic violations of human dignity. Democratic deficits are however by themselves already violations of human dignity because the correct interpretation of the legal content of the concept of human dignity necessarily leads to the conclusion that its proper protection can only be guaranteed in a state with a democratic form of government.

democratic decision-making process¹⁴ and that democracy postulates the political freedom and equality of the citizens.¹⁵ Kant's idea of self-legislation is said to represent in the current context more than just a thought experiment and should therefore much rather entail an institutionalised possibility of participation in the political decision-making processes of the state.¹⁶

The conclusion then may be drawn that human dignity is indeed the foundation of both the democratic form of governance and the participation rights (or political rights) within the territories in which such governance is practiced. As human dignity is an inherent attribute of every human being, the logical extension of the argument may seem that every person inhabiting such a territory ought to possess such rights. Since human dignity implies equality of all people, and popular sovereignty expressed in the form of democratic forms of governance seems to be based on the ideas of dignity, dignity therefore ought to imply equal citizenship for everyone and thus the right of every individual to participate in processes of collective deliberation and decision-making.¹⁷ Yet in most countries this is not the case and it seems that very rarely are there complaints about the lack of possibility for foreigners to participate in democratic decision-making in the country of their residence.¹⁸ How can this be explained from the point of view of human dignity? As the violation of human dignity consists in degrading treatment¹⁹ and an objectification of the person,²⁰ there are convincing arguments that the fact that foreigners cannot decide upon circumstances which concern them as much as the citizens of the state they reside in represents such a treatment. They have to obey the decisions made by others which may have the same if not an

14 TATJANA GEDDERT-STEINACHER, *Menschenwürde als Verfassungsbegriff: Aspekte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz*, Berlin 1990, p. 177.

15 GKG-GRZESZICK (n. 1), art. 20 no. 15.

16 LUKAS SCHAUB, *Die Finanzierung von Wahl- und Abstimmungskämpfen: Ein Beitrag zum demokratischen Diskurs und zur politischen Chancengleichheit*, Zurich 2012, p. 225.

17 HENK BOTHA, *Human Dignity in Comparative Perspective*, *Stellenbosch Law Review* 20 (2009), 171-220, p. 193.

18 Some remarks on this are made by SGK-MASTRONARDI (n. 13), art. 7 no. 35 claiming that the dignity-based character of democratic equality has legal policy consequences for the political rights of foreigners, without specifying what these consequences may be.

19 DAVID KRETZMER, *Human Dignity in Israeli Jurisprudence*, in: David Kretzmer / Eckart Klein (eds.), *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, The Hague 2002, 161-178, p. 174.

20 BOTHA (n. 17), p. 204; cf. also EVADNÉ GRANT, *Dignity and Equality*, *Human Rights Law Review* 7 (2007) 299-329, p. 312 stating that dignity "requires that persons should not be demeaned or treated as if they have no value".

even more severe impact on them without being able to have a say on those matters themselves.²¹ Are there any justifications for the unequal treatment and the differentiation based on a formal criterion such as citizenship? And what do the relevant constitutional norms, if there are such, and the national jurisprudences stipulate about this discrepancy? The next section will try to show that there are inconsistencies and gaps in constitutional frameworks of Switzerland and Germany and that when courts do consider the issue the results are inconsistent.

III. The analysis of constitutional frameworks and jurisprudence

The connection between human dignity and political rights seems to pass under the radar when considering the concrete legal manifestations of the former. Though there is little doubt about the link between the concept and norms of human dignity and the principle of equality before the law, little attention is given to the issue of respect for human dignity in *making* the law. To illustrate this claim, a legal analysis of the Swiss and German constitutional provisions and jurisprudence will follow.

21 One popular argument in the debate on why not to grant the foreigners the same political rights as the citizens is the contention that it is often not clear which issues are of concern to the foreigners and that letting them decide on such matters which practically do not have any relevance for them would distort the democratic principle. This argument is not convincing. Firstly, it is very hard to distinguish between those matters that concern the foreigners and those which do not: Even those matters which concern only the citizens of a specific country, e.g. the debates on military service, are of at least potential importance to those foreign nationals who are in the process of becoming the citizens of the given state, or have a desire to become one. Secondly, the criterion of citizenship does not necessarily imply that all citizens are equally concerned by every decision made by the democratic sovereign either. A good example for this is the popular initiative passed in Switzerland in 2012 concerning the limitation of construction of secondary and seasonal residences which required the percentage of such residencies to be no higher than 20% in any given municipality. Such a regulation greatly affects the economic prospects of tourism destinations, especially in the Alps, which depend on such residencies and the income they generate much more than the large population centres in the flatter parts of the country in which such residencies are of little importance. Yet it is precisely because of the votes of people living in these urban areas that the initiative was passed—despite the dominant majority of the people living in municipalities which would be affected by this norm rejecting it. For a more detailed account, cf. JONAS ALIG, *Das Zweitwohnungsgesetz*, ZBl 117 (2016), 227–252.

1. Switzerland

The Swiss Federal Constitution contains multiple provisions dealing with political rights and the scope of their application. The federal structure of the state and the bi-cameral composition of the parliament²² lead to a differentiated approach towards the definition of the democratic sovereign which, however, proves inconsistent both with respect to other constitutional norms themselves and when the connection between human dignity and political rights is taken into account. Political rights themselves are guaranteed by art. 34 BV and art. 39 para. 1 BV divides the competence to regulate the scope of political rights: Federal law ought to define their application in federal matters and the cantonal law in the fields pertaining to cantonal and communal legislation. The Federal Constitution specifies this task in art. 136: Para. 1 of the provision stipulates that only Swiss citizens are granted political rights on the federal level and para. 2 lists the concrete rights entailed, among which are the elections for one of the two chambers of the Federal Parliament, the National Council.

At the same time however, art. 150 para. 3 reaffirms that cantons determine the rules for the election of the representatives to the Council of States, the second chamber of the federal parliament. As there are no limits placed by federal law on the possible extension of political rights, this means that, at least in theory, cantons may extend the suffrage to foreigners as well.²³ This creates a contradiction within the constitutional framework, as art. 136 clearly stipulates that it is only Swiss citizens who may decide upon political matters on the federal level. Yet, the elections for the Council of States are also a federal matter insofar as that chamber enjoys the same rights as the National Council in regards to enacting federal legislation. Hence, foreigners would be able to influence federal legislation through their choice, despite the explicit wording of art. 136 para. 1. It is unclear how this contradiction is to be solved as the constitution itself gives no answer to the question²⁴

22 Art. 148 para. 2 BV states: “The Federal Assembly comprises two chambers, the National Council and the Council of States; both chambers shall be of equal standing.” All translations of the articles are taken from the official webpage of the Federal Council: *The Federal Council, Federal Constitution of the Swiss Confederation*.

23 Cf. ANINA WEBER, *Schweizerisches Wahlrecht und die Garantie der politischen Rechte: Eine Untersuchung ausgewählter praktischer Probleme mit Schwerpunkt Proporzahlen und ihre Vereinbarkeit mit der Bundesverfassung*, Zürich 2016, no. 72.

24 One opinion is that as a practical consequence of such a differentiated regulation, the cantons could through their legal solutions initiate a debate which may finally lead to a change of premises on the federal level with regard to the political rights of foreigners, cf. BSK BV-THURNHERR (n. 2), art. 150 no. 6.

and the Federal Supreme Court up to this point has not dealt with the issue either.²⁵

The connection between human dignity and political rights can provide a plausible solution in this case. From this perspective, it is unclear why the possibility of democratic participation of foreigners should be left open to foreigners on the cantonal, yet prohibited on the federal level, especially given the above-mentioned contradiction between art. 136 para. 1 and art. 150 para. 3.²⁶ The argument that matters on local or cantonal level affect the lives of people more than those decided on the federal level and that as a result it is plausible to grant foreigners participation rights in the former but not in the latter case is unconvincing because very important issues such as various taxations, immigration law and employment conditions are decided on federal level.²⁷ These topics concern foreign nationals as much as Swiss citizens thereby rendering such argumentation pointless.²⁸ And it also does not rebut the argument for political rights from human dignity, as was explained in Section II. Yet, despite this normative gateway, there is more than little political discomfort when it comes to actually amending the legal order and implementing the already existing guarantees at the cantonal level. So far only two cantons have introduced some kind of political rights for foreigners in cantonal matters and eight have done so at the municipal level,²⁹ which indicates that legitimacy and legally coherent argumentation are not always sufficient to bring about political change. The situation at the federal level is not more

25 Eva Maria Molinari gives a comprehensive overview of the Court's jurisprudence about art. 7 BV, however it contains no cases which deal with the questions of political rights and principles of democratic governance, cf. EVA MARIA MOLINARI, *Die Menschenwürde in der schweizerischen Bundesverfassung: Eine rechtsdogmatische und rechtsvergleichende Untersuchung der subjektiv-rechtlichen Grundrechtsfunktion*, Zürich 2018, no. 111 ff.

26 This is also recognised in the literature. The strictly formal criterion of citizenship required for granting political rights on federal level has been questioned and there are assertions that such a limitation leads to contradictions with basic principles of democracy and political equality, cf. BSK BV-TSCHANNEN (n. 2), art. 136 no. 7 and SGK-KLEY (n. 13), art. 136 no. 3.

27 Direct taxation is defined by art. 128 BV; art. 121 gives the Confederation the power to enact legislation regarding foreign nationals; art. 110 regulates the competences in the field of employment.

28 For the argument that democratic rights should be granted according to the principal of impact of decisions and not on the basis of the formal criterion of citizenship, cf. PATTI TAMARA LENARD, *Residence and the Right to Vote*, *Journal of International Migration and Integration* 16 (2015) 119-132, pp. 125 ff. and MICHEL DORMAL, *Wählen ohne Staatsbürgerschaft? Das Ausländerwahlrecht in der demokratietheoretischen Diskussion*, *Politische Vierteljahresschrift* 57 (2016) 378-402, pp. 382 ff.

29 For a detailed statistical overview, cf. ANDREAS MÜLLER / TOBIAS SCHLEGEL, *Passives Wahlrecht für aktive Ausländer*, in: Andreas Glaser (ed.), *Politische Rechte für Ausländerinnen und Ausländer?*, Zurich 2017 31-55, pp. 33-41.

promising either. There have been multiple attempts to bring the topic of the extension of suffrage to debate in the federal parliament, however virtually every one of them has been rejected, usually on the basis of the lack of popular support for such initiatives and the corresponding small chance of success, should such a notion be put to vote.³⁰

2. Germany

Much like the Swiss Federal Constitution, the German Basic Law (BL) contains multiple provisions dealing with the definition and the scope of political rights. However, since these provisions alternately speak of either the “people” (art. 20 para. 2, art. 28 para. 1, art. 38 para. 1) or the “German people” (the Preamble, art. 146), there is an uncertainty regarding the answer to the question whether the exercise of the sovereign power applies solely to the German citizens or whether the BL has left the possibility for the foreign nationals to be included in the process of political decision-making. Unlike the Swiss Federal Court, the German Federal Constitutional Court had the opportunity to decide on the matter in a case from 1990 regarding a statute of the state Schleswig-Holstein, which intended to introduce a right to vote for certain categories of foreign nationals on the municipal level.³¹ The Court ruled that such an act would be unconstitutional and based its decision on the necessary uniformity of the democratic basis of legitimation on all levels of public authority, be it municipal, state-based or federal, arguing that the concept of the people is singular in the BL.³² The notion that all authority is derived from the people in art. 20 para. 2 BL not only stipulates the principle of popular sovereignty, but also defines the scope of the people itself.³³ This “people” is made up of the German citizens and persons of equal status as defined by art. 116 para. 1 BL.³⁴ Practically, this means that political rights are an attribute only of those people who possess German citizenship. As a consequence of the necessary uniformity of the democratic sovereign, when the representatives of the “people” are mentioned in art. 28 para. 1 sentence 2 BL concerning the

30 Postulate of the National Council No. 00.3512 (“Stimmrecht für Ausländerinnen und Ausländer auf Bundesebene”) which was brought before the Federal Parliament in 2000 with the demand to examine conditions for a possible introduction of political rights for foreigners on the federal level has been rejected, the reasoning being that the reluctance of citizens to introduce these rights at the cantonal level meant that the chance of a popular vote passing on the federal level would be even smaller.

31 BverfGE 83, 37 (Foreign Voters Case I).

32 CRISTINA M. RODRIGUEZ, Noncitizen voting and the extraconstitutional construction of the polity, *International Journal of Constitutional Law* 8 (2010), 30-49, p. 34.

33 BverfGE 83, 37 (50).

34 BverfGE 83, 37 (51).

municipal and state level, no other people than the German people, meaning voting age individuals with German citizenship, can be meant.³⁵ This jurisprudence has remained consistent ever since and has most recently been confirmed by a decision of a State Court in Bremen in 2014, which similarly dealt with the question of the extension of suffrage to foreign nationals on the municipal and state level.³⁶

The rationale of the Court seems *prima facie* reasonable. Despite a somewhat unclear wording of art. 20 para. 2 and art. 28 para. 1, which only refer to the “people”, the argumentation appears insofar plausible as the systematic interpretation and the comparison with other provisions of the BL, especially art. 146 granting the power to adopt a new constitution only to the German people, may lead to the conclusion that there is no discrepancy between the terms. By this logic, if the power to proclaim the new constitution rests solely with the German people, it would be illogical to extend the power to substantiate it through adoption of laws to a wider range of persons. The foundations of such reasoning are to be found in the concept of homogeneity, which is considered by some prominent scholars as one of the fundamental principles upon which the legal order of the BL was established. It implies a people which is defined extra-legally by a combination of historical, cultural, lingual and religious traits to form a compact and clearly identifiable unit which grants itself the competence to collectively decide on the matters affecting it and to which no outsiders can belong. What follows from such an account of popular sovereignty is clear: Anyone who is not a part of the unit—and this by definition applies to foreign nationals residing in Germany—is denied the possibility of participation rights on the basis that any such decision would violate the concept of homogeneity, which permeates the BL.³⁷ The Court therefore saw it fit to strike down the statute in question, though there are convincing arguments that its decision was wrong.

The text of the BL itself contradicts this argumentation and the idea of the necessity of a homogenous people as a basis of democratic legitimation on all levels of state authority. Two years after the Court’s decision, the Treaty of Maastricht was signed. The Court approved the Treaty in its leading case

35 BverfGE 83, 37 (53).

36 Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen (St 1/13), 31 January 2014.

37 For a classic defence of this argument, cf. JOSEF ISENSEE, Abschied der Demokratie vom Demos: Ausländerwahlrecht als Identitätsfrage für Volk, Demokratie und Verfassung, in: Dieter Schwab/Dieter Giesen/Joseph Listl/Hans-Wolfgang Strätz (eds.), Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft: Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat, Berlin 1989, 705–740, especially p. 708; for a contemporary account, cf. KYRILL-A. SCHWARZ, Erweiterungen des Kreises der Wahlberechtigten für Ausländer auf Landes- und Kommunalebene?, AÖR 138 (2013), 411–434, pp. 422–424.

from 1993³⁸ and this led to the introduction of art. 28 para. 1 sentence 3 BL which guarantees the right of citizens of the member states of European Community (EC) to vote on the local and municipal level on the basis of the EC law. Despite its argumentation, the Court explicitly left the door open for an exceptional introduction of such a norm in its decision from 1990³⁹ and the Bremen Court dismissed the alleged discrepancy of this addition and the postulate that the term “people” in sentence 2 of the same provision could only mean the German people as a mere modification based on the EU law which had no actual impact on the scope and the definition of the “people” in art. 20 para. 2 and art. 28 para. 1 BL.⁴⁰ The “modification” was defended on the grounds of a necessary implementation of EC law which enjoys precedence over the German national law and because of its very limited scope of application.⁴¹ This may be so. However, it does not change the fact that both the Federal Constitutional Court and the Bremen Court have breached the supposedly fundamental homogeneity principle with their decisions and the necessary uniformity of the democratic sovereign on the municipal level, as in this case the Germans are not the exclusive bearers of political participation rights anymore but are instead supplemented by citizens of any and all member states of the EU.⁴² Regardless of how this is perceived in the scholarship or the jurisprudence, the required uniformity of the sovereign on all levels of public authority ceases to exist and the sole rule to decide upon the right to participate is the strictly formal criterion of EU citizenship. Hence, a paradoxical situation arises in which third country residents, who have lived in Germany for a substantial amount of time and who have accustomed themselves to the surroundings have no possibility to actively decide the outcome of political processes, whereas an EU citizen automatically receives this right by the mere fact of possessing a certain citizenship, irrespective of their actual knowledge of the local conditions and issues. Clearly, such a solution is unjust and cannot be justified on any substantial grounds, especially given the fundamental importance of human dignity in art. 1 BL which is considered as an underlying and most fundamental principle of the whole legal order⁴³ and should as such also apply in this context.

38 BVerfGE 89, 155 (Maastricht case).

39 BVerfGE 83, 37 (59).

40 Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen (St 1/13), 31 January 2014, no. 49.

41 Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen (St 1/13), 31. January 2014, no. 56 f.

42 SEBASTIAN EICKENJÄGER / ALEX VALLE FRANCO, Ausweitung des Wahlrechts für Migranten? Anmerkung zum Urteil des Bremischen Staatsgerichtshofes vom 31.1.2014, ZAR 35 (2015), 52-56, p. 54.

43 BVerfGE 45, 187 (223) (Lifelong prison sentence case); BVerfGE 72, 155 (170); BVerfGE 79, 256 (268) (Knowledge of one's own descent case).

The breach of the uniformity requirement therefore disqualifies it as an argument against granting all foreign nationals political participations rights, not only on the municipal, but also on the state⁴⁴ and even federal level as well: Through the adoption of art. 28 para. 1 sentence 3 BL, the term “people” seems to have acquired a new, broader meaning and the interpretation of it being the German people justified on the basis of a common identity and the therefrom derived principle of homogeneity is no longer valid. As a result, it can be said that the argumentation of the courts is unconvincing and that the text of the BL is itself unclear and leaves room for multiple interpretations.

What, then, can be done to resolve this problem? One possible solution and the one advocated in this paper is the interpretation of political rights in light of human dignity. Art. 1 para. 1 BL is the central and the most fundamental norm of the whole Basic Law and as such needs to be considered in the context not only of other fundamental rights like the right to freedom of speech or freedom of religion, but also the political rights. From the perspective of human dignity, limiting the possibility of creating legally binding decisions for all persons living in a certain territory to only those who happen to fulfil a certain formal criterion like citizenship is untenable. The dissenting opinion of judge Sacksofsky in the Bremen Court decision confirms this by asserting that the claim to democratic participation is derived from human dignity and that the apportionment of political rights solely on the basis of citizenship is a limitation of this claim.⁴⁵ Therefore, the homogeneity principle is not a convincing tool for defining the scope of bearers of political rights⁴⁶ and the legitimacy of the idea behind it is also doubtful.⁴⁷ Human dignity requires a much broader and inclusive understanding of the

44 HANS MEYER, Grundgesetzliche Demokratie und Wahlrecht für ansässige Nichtdeutsche, Oder: Über die Wirkung fixer Ideen in der Verfassungsrechtsprechung, JZ 71 (2016), 121-127, p. 125.

45 Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen (St 1/13), 31 January 2014, no. 95 f.

46 KLAUS SIEVEKING, Kommunalwahlrecht für Drittstaatsangehörige – «kosmopolitische Phantasterei» oder Integrationsrecht für Einwanderer?, ZAR 28 (2008), 121-126, p. 125.

47 The roots of the principle are found in the writings of Carl Schmitt who championed the idea of a strong popular sovereignty based on the common identity of a specific group and its hostility towards all the outsiders not belonging to it. Schmitt would go on to become one of the great supporters of the National Socialist regime, as for him it represented the realisation of the idea of a homogeneous people in its purest form. For criticism of Schmitt’s idea of homogeneity and strong popular sovereignty cf. GERTRUDE LÜBBE-WOLFF, Homogenes Volk: Über Homogenitätspostulate und Integration, in: Klaus Barwig/Stephan Beichel-Benedetti/Gisbert Brinkmann (eds.), Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 2010, Baden-Baden 2011, 19-30, pp. 28-30 and LARS VINX, The incoherence of strong popular sovereignty, International Journal of Constitutional Law 11 (2013), 101-124, pp. 104-114.

“people”.⁴⁸ However, much like the Swiss case, the great challenge is not the lack of a legal framework but the willingness and the courage to politically walk the path. Whether and when this could change remains to be seen.

IV. Conclusion

Are there any conclusions that can be drawn from the above considerations? If anything, it is that the legal frameworks of Switzerland and the EU prove that the notion of foreign voting rights is not one which is unknown. The fact that the Swiss Federal Constitution leaves it up to each individual Canton to decide whether or not to grant specific political rights to non-citizens proves that there is no general disinclination towards the idea of extending these rights beyond what has historically been understood to be their scope of application.⁴⁹ The same can be said for the regulations at the level of the EU, where it is explicitly stated in art. 20 para. 2 lit. b TFEU that nationals of the Union have the right to vote at the municipal level if they reside in some other Member State.⁵⁰ Considering these already well-established mechanisms, there can be no argument that a consistent extension of these rights would fundamentally alter the *legal* landscape of the said entities. Yet it is precisely not the law which is the problem but the *political will* of the said subjects to implement these changes. The mistrust towards the “other” is unfortunately as strong as it has ever been currently. Trends can be observed that instead of open-mindedness and acceptance of differences, upon which the current

48 Elaborating on the criteria which would clear the threshold set by the requirements of human dignity goes beyond the framework of this paper. However, it is clear that due to the considerations of justice, not all foreign nationals present in a territory of a state would enjoy the political rights. Those who are not permanently based in that country and do not fulfil certain substantial criteria (e.g. language skills) would remain excluded from their scope.

49 However, even this claim is only partially correct when it is taken into account that certain countries have at different points in their history made the right to vote dependent on factors other than the citizenship. For the example of the United States and the right of foreign nationals to vote in the early years of the republic, cf. DAVID M. HOWARD, Potential Citizens’ Rights: The Case for Permanent Resident voting, *Texas Law Review* 95 (2017), 1393-1424, pp. 1396 f. and RON HAYDUK, Political Rights in the Age of Migration: Lessons from the United States, *Journal of International Migration and Integration* 16 (2015), 99-118, pp. 102 ff.

50 The full provision reads as follows: “Citizens of the Union shall enjoy the rights and be subject to the duties provided for in the Treaties. They shall have, inter alia: (b) the right to vote and to stand as candidates in elections to the European Parliament and in municipal elections in their Member State of residence, under the same conditions as nationals of that State.”

system in what is generally perceived as “the West” is built, isolation and accentuation of particular features, be it national, religious, political or some other, is gaining momentum and threatens to annul the achievements of the past decades. It is because of these developments that it is important, more than perhaps ever before in the past 70 years, to point out the common features of every human being. And in doing so, draw the appropriate conclusions, not only when it comes to living a decent life in an economic sense, but also when it comes to the possibility of deciding for oneself whether one finds certain political decisions convincing or not.

Martin Wilhelm

Rechtsgleiche Zulassung von Privaten zur Nutzung von Verwaltungsvermögen

I. Einleitung	102
<hr/>	
II. Anspruch auf rechtsgleiche Zulassung zur Nutzung von Verwaltungsvermögen	105
1. Erforderlichkeit einer gesetzlichen Grundlage	105
2. Anspruch auf rechtsgleiche Rechtsgrundlage	107
a) Grundlegende Dogmatik	107
b) Zulässige Differenzierungen	109
c) Differenzierungsschranken	112
3. Anspruch auf rechtsgleiche Anwendung der Rechtsgrundlage	113
4. Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung bei gesetzesfreiem Handeln	113
<hr/>	
III. Bedingter Anspruch auf ausserordentliche Nutzung	114
1. Herkömmliche Dogmatik	114
2. Vorgesehene Nutzungen	114
3. Nicht vorgesehene Nutzungen	115
<hr/>	
IV. Fazit	116

I. Einleitung

Lässt der Staat Private zur Nutzung von Verwaltungsvermögen¹ zu, so stellt sich die Frage, ob er gleichzeitig unerwünschte Nutzungen ausschliessen kann. Bekannte Beispiele aus der Rechtsprechung sind die *Ganzbemalung* eines Busses der Luzerner Verkehrsbetriebe mit dem Slogan «Im Kanton Luzern leben mehr Schweine als Menschen – warum sehen wir sie nie?»,² die Vermietung eines Veranstaltungssaals der Stadt Genf an den mit antisemitischen Äusserungen aufgefallenen französischen Komiker *Dieudonné*³ und der Aushang eines israelkritischen *Palästina-Plakates* im Zürcher Hauptbahnhof.⁴

Ein Vergleich der Fälle offenbart Diskrepanzen. Bei der *Ganzbemalung* hat das Bundesgericht im Jahr 2001 zunächst geprüft, ob die Voraussetzungen eines bedingten Anspruchs auf ausserordentliche Nutzung von Verwaltungsvermögen gegeben waren. Nicht in Frage stand dabei die *Vereinbarkeit mit der Zweckbestimmung* der öffentlichen Sache, einen *Mangel an geeigneten Alternativen* verneinte das Bundesgericht jedoch.⁵ Im Anschluss dazu prüfte das Bundesgericht, ob ein Anspruch auf Gleichbehandlung vorlag, was es aufgrund überwiegender Interessen der Verkehrsbetriebe aber verneinte.⁶ In den Entscheiden *Dieudonné* und *Palästina-Plakat* aus den Jahren 2010 bzw. 2012 prüfte es die Verweigerung des Zugangs zur Nutzung hingegen in erster Linie als Einschränkung der Meinungsfreiheit; die Frage nach dem Bestand und der Relevanz geeigneter Alternativen blieb aussen vor, ebenso die Interessen der entsprechenden Verwaltungsträger.⁷ Folgt man dieser Rechtsprechungslinie, besteht bei vorgesehenen Nutzungen, die in den Schutzbereich eines ideellen Grundrechts fallen,⁸ ein bedingter Nutzungsanspruch

1 Der Begriff bezeichnet jene öffentlichen Sachen, die einem beschränkten Kreis von Benutzenden unmittelbar durch seinen Gebrauchswert der Besorgung öffentlicher Aufgaben dienen und entsprechend abzugrenzen sind vom Finanzvermögen und von den öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch, vgl. BGE 138 I 274, E. 2.3.2; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 2205 ff.; ausführlich MARKUS HEER, Die ausserordentliche Nutzung des Verwaltungsvermögens durch Private, Diss. 2005, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 5 ff.

2 BGE 127 I 84.

3 BGer, Urteil 1C_312/2010 vom 8. Dezember 2010 = RDAF 2011 I, S. 48 ff.

4 BGE 138 I 274.

5 BGE 127 I 84, E. 4b; ausführlich zu den Voraussetzungen eines bedingten Anspruchs auf die Nutzung von Verwaltungsvermögen, unten S. 114.

6 BGE 127 I 84, E. 4c f.

7 Vgl. BGer, Urteil 1C_312/2010 vom 8. Dezember 2010 = RDAF 2011 I, S. 48 ff., E. 5 f.; BGE 138 I 274, E. 3.2 ff.

8 Dazu unten S. 114.

im Grundsatz immer; wobei ihm im konkreten Fall über polizeiliche Gesichtspunkte hinaus auch weitere öffentliche oder private Interessen entgegenstehen können.⁹

Aus einer grundrechtsfreundlichen Sicht mag diese Entwicklung auf den ersten Blick begrüssenswert erscheinen. Der Staat ist grundsätzlich umfassend an die Grundrechte gebunden; «privatautonome Willkür» steht ihm nicht einmal bei privatrechtlichem Handeln zu.¹⁰ Es lässt sich aber fragen, ob bei der Nutzung von Verwaltungsvermögen durch Private nicht stärker als bei der Nutzung von öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch die vom Staat verfolgten Interessen wie auch seine Eigeninteressen berücksichtigt werden müssten.¹¹ Schliesslich steht bei Verwaltungsvermögen gerade nicht die Nutzung durch die Allgemeinheit im Vordergrund.¹² Bedenkenswert erscheint deshalb, ob bei vorgesehenen Nutzungen nicht primär ein *rechtsgleicher Zugang* zu fordern ist statt einer grundsätzlichen Zugänglichkeit für alle bei kleinstmöglichen staatlichen Eingriffen.¹³

Der vorliegende Beitrag geht diesen Fragen nach, indem er zunächst untersucht, in welchem Rahmen ein Anspruch auf rechtsgleiche Zulassung zur Nutzung von Verwaltungsvermögen besteht.¹⁴ Anschliessend wird erörtert, inwiefern die Freiheitsrechte einen darüber hinausgehenden Nutzungsanspruch zu vermitteln vermögen.¹⁵ Dabei wird auch diskutiert, inwiefern das Kriterium mangelnder Alternativen relevant für den Bestand eines Nutzungsanspruchs ist.

9 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Anm. 1), Rz. 2219af.

10 Vgl. BGE 127 I 84, E. 4c, m.H.

11 Vgl. FELIX UHLMANN, Kulturinstitutionen unter staatlicher, privater und gemeinsamer Verantwortung – unter besonderer Berücksichtigung des Public Private Partnership (PPP), in: Peter Mosimann/ Beat Schönenberger (Hrsg.), Kunst & Recht 2019, Bern 2019, S. 43 ff., 47.

12 Die bei der Zulassung von gesteigertem Gemeingebrauch vorzunehmende Interessenabwägung lässt zwar die Berücksichtigung von über die polizeiliche Gefahrenabwehr hinausgehenden öffentlichen und privaten Interessen zu, vgl. ausführlich ANDRÉ W. MOSER, Der öffentliche Grund und seine Benützung, Diss. 2010, Bern 2011, S. 529 ff. Die Interessenabwägung dient aber insbesondere der «zweckmässigen Nutzung der vorhandenen Anlagen im Interesse der Allgemeinheit und der Anwohner», siehe BGE 132 I 256, E. 3.

13 Dies im Einklang mit der herkömmlichen Rechtsprechung und Lehre, vgl. BGE 127 I 84, E. 4c; 98 Ia 362, E. 5a.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Anm. 1), Rz. 2219; PIERRE TSCHANNEN/ ULRICH ZIMMERLI/ MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 50 Rz. 3; MOSER (Anm. 12), S. 201 f.

14 Unten S. 105 ff.

15 Unten S. 114 ff.

Bei der Nutzung von Verwaltungsvermögen durch Private ist zunächst an die *ausserordentliche Nutzung* von Verwaltungsvermögen zu denken, die sich dadurch auszeichnet, dass sie nicht dessen bestimmungsgemäsem Gebrauch entspricht.¹⁶ Gemeint sind allerdings oft Nutzungen, denen nichts Ungewöhnliches anhaftet – die Nutzung von dem Verwaltungsvermögen zugehörigen Verkaufs- oder Werbeflächen ist in aller Regel vorgesehen und findet regelmässig oder dauerhaft statt. Diesen Umstand beschreiben die Begriffe der *Randnutzung* oder der *Nebennutzung* besser.¹⁷ Darüber hinaus sind private Nutzungen teilweise auch den ordentlichen Nutzungen zuzurechnen, so etwa, wenn Opern- oder Theatersäle mindestens teilweise für private Aufführungen bestimmt sind.¹⁸ In einem Entscheid zum Genfer *Grand Théâtre* scheint das Bundesgericht ordentliche Nutzung gar mit gesetzeskonformer Nutzung gleichzusetzen («conforme au droit»).¹⁹ Dies widerspricht zwar der herkömmlichen Begriffsbestimmung – ansonsten hätte es sich auch im Fall des *Palästina-Plakates* nicht um eine ausserordentliche,²⁰ sondern um eine ordentliche, da gesetzeskonforme Nutzung handeln müssen.²¹ Es ist aber insofern schlüssig, als es für die dogmatische Behandlung eines Nutzungsbegehrens tatsächlich entscheidend ist, ob die entsprechende Nutzung vorgesehen ist oder nicht.²² Um diesem Umstand Rechnung zu tragen und mehrdeutige Begriffsverwendungen möglichst auszuschliessen, unterscheidet dieser Beitrag zwischen *vorgesehenen* und *nicht vorgesehenen* Nutzungen. Nicht behandelt wird die dem Entscheid über den Zugang zur

16 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Anm. 1), Rz. 2212; MOSER (Anm. 12), S.200.

17 Anders HEER (Anm. 1), S.18, der Randnutzungen und ausserordentliche Nutzungen gleichsetzt. Vgl. zu den beiden Begriffen auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Anm. 1), Rz. 2214; PIERRE MOOR/FRANÇOIS BELLANGER/THIERRY TANQUEREL, *Droit administratif*, Volume III: L'Organisation des activités administratives. Les biens de l'État, 2. Aufl., Bern 2018, S.759; MOSER (Anm. 12), S.200.

18 Das Bundesgericht stufte jedenfalls die verlangte Nutzung in BGer, Urteil 2C_719/2016 vom 24. August 2017 = SJ 2018 I, S.41 ff., E. 3.5, als widmungsgemäss («conforme à l'affectation») ein, vgl. dazu MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (Anm. 17), S.759. In BGer, Urteil 1C_312/2010 vom 8. Dezember 2010 = RDAF 2011 I, S.48 ff., verzichtete das Bundesgericht auf die Prüfung der Voraussetzungen für einen bedingten Anspruch auf ausserordentliche Nutzung, folglich ging es auch da von einer ordentlichen Nutzung aus.

19 BGer, Urteil 2C_719/2016 vom 24. August 2017 = SJ 2018 I, S.41 ff., E. 3.3.1

20 Vgl. BGE 138 I 274, E. 2.3.3.

21 Gerade bei grossen Bahnhöfen, die heute nicht nur dem öffentlichen Verkehr, sondern unter anderem auch als Einkaufszentren, Veranstaltungsorte und Treffpunkte dienen, sind ein Nebeneinander und auch eine Überlagerung verschiedener vorgesehener Nutzungsformen zu konstatieren, so dass man sich bisweilen fragen mag, ob überhaupt noch eine klare Hauptnutzung ausgemacht werden kann.

22 Vgl. unten S.115.

Nutzung von Verwaltungsvermögen nachgelagerte Frage, wie aus mehreren grundsätzlich Nutzungsberechtigten auszuwählen ist, wenn die Kapazitäten beschränkt sind.²³

II. Anspruch auf rechtsgleiche Zulassung zur Nutzung von Verwaltungsvermögen

1. Erforderlichkeit einer gesetzlichen Grundlage

Nach heute unbestrittener Auffassung gilt das Legalitätsprinzip i.S.v. Art. 5 Abs. 1 BV²⁴ für das gesamte staatliche Handeln.²⁵ Es gilt damit auch für die Leistungsverwaltung²⁶ und für die wirtschaftende Verwaltung,²⁷ wobei in beiden Bereichen geringere Anforderungen an die Bestimmtheit der (formell-)gesetzlichen Grundlagen gestellt werden als in der Eingriffsverwaltung.²⁸ Im Bereich der Leistungsverwaltung können nach dem Bundesgericht für «einmalige Vorhaben, bei denen sich keine Probleme der Gleichbehandlung und der Vorausssehbarkeit stellen», schon allgemeine Ziel- und Aufgabennormen auf Verfassungs- oder Gesetzesstufe eine hinreichende Rechtsgrundlage bilden.²⁹

Für – fiskalisch motivierte – Randnutzungen werden in der Lehre ebenfalls gewisse Relativierungen des Legalitätsprinzips erwogen. So wird generell die Notwendigkeit einer (formell-)gesetzlichen Grundlage in Frage gestellt, da aufgrund der beschränkten Auswirkungen von Randnutzungen auf die Privatwirtschaft das Bedürfnis nach politischer Legitimation gering sei.³⁰ Weiter wird erwogen, ein Verwaltungsträger mit einer gewissen unternehmerischen Freiheit könnte unter Umständen implizit zur Gewährung von

23 Vgl. dazu HEER (Anm. 1), S. 62 ff.

24 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR101).

25 Vgl. anstelle vieler GIOVANNI BIAGGINI, BV Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 5 N 7.

26 Grundlegend BGE 103 Ia 369, E. 5 f.; vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Anm. 1), Rz. 379 ff., m.w.H.

27 BGE 138 I 378, E. 7.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Anm. 1), Rz. 381; FELIX UHLMANN, Legalitätsprinzip, in: Oliver Diggelmann / Maya Hertig Randall / Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, Bd. II, S. 121 ff., Rz. 36.

28 BGE 138 I 378, E. 7.2; RENÉ RHINOW / GERHARD SCHMID / GIOVANNI BIAGGINI / FELIX UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011, § 18 Rz. 111.

29 BGE 118 Ia 46, E. 5b.

30 STEFAN VOGEL, Der Staat als Marktteilnehmer, Diss. Zürich 2000, S. 252 f.

Randnutzungen befugt sein.³¹ Zudem wird auf die Nähe von Randnutzungen zur Verwaltung von Finanzvermögen hingewiesen sowie vorgebracht, eine Randnutzung ohne gesetzliche Grundlage könne etwa zum Zweck von Nutzungsexperimenten erforderlich sein.³²

Für die Notwendigkeit einer formellgesetzlichen Grundlage für *vorgesehene, wiederkehrende Randnutzungen* spricht unter dem Blickwinkel der *Wirtschaftsfreiheit*, dass die staatliche Konkurrenzierung Dritter demokratisch legitimiert und vorhersehbar sein sollte.³³ Unter dem Gesichtspunkt der *demokratischen Legitimation* lässt sich darüber hinausgehend postulieren, dass die Grundsatzentscheidung über eine kommerzielle Randnutzung von Verwaltungsvermögen vom Gesetzgeber getroffen werden sollte. Man mag zwar aus der Sicht des sparsamen Umgangs mit öffentlichen Mitteln Randnutzungen für angezeigt halten, doch kann man darin genauso gut eine unerwünschte (oder im Einzelfall übermässige) Kommerzialisierung von steuerfinanziertem Staatsvermögen sehen.³⁴ *Somit sollten das Ob und in Grundzügen auch das Wie bzw. das Ausmass der Randnutzungen meines Erachtens in einem formellen Gesetz geregelt sein.* Um den genannten Funktionen des Legalitätsprinzips Rechnung zu tragen, darf die Regelung nicht zu pauschal ausfallen.³⁵

Für die Notwendigkeit einer zumindest rechtssatzmässigen Grundlage spricht weiter die *Rechtsgleichheit*. Dies ergibt sich aus der Funktion des Legalitätsprinzips, rechtsgleiches Handeln der Verwaltungsbehörden zu gewährleisten.³⁶ Um rechtsgleichen Zugang zur Nutzung von Verwaltungsvermögen zu gewährleisten, muss nicht nur die Möglichkeit einer bestimmten Randnutzung erkennbar sein, sondern *müssen auch die Modalitäten des Zugangs*

31 FELIX UHLMANN, Gewinnorientiertes Staatshandeln, Diss. 1996, Basel 1997, S.250f.

32 UHLMANN (Anm. 31), S.250.

33 HEER (Anm. 1), S.109 ff.; vgl. auch RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN (Anm. 28), §18 Rz. 111; zum Schutz des Individuums vor staatlichen Eingriffen, der Gewährleistung von Rechtssicherheit und der demokratischen Legitimation als Funktionen des Legitimitätsprinzips vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Anm. 1), Rz. 329 ff.

34 Vgl. zur ersten Sicht UHLMANN (Anm. 31), S.250, der auf die deutsche Rechtsprechung verweist, wonach sich die Kompetenz zu Randnutzungen aus verwaltungsökonomischen Überlegungen ergebe.

35 Zur Frage entsprechender Grenzen vgl. UHLMANN (Anm. 31), S.251. HEER (Anm. 1), S.111 f., geht davon aus, dass die ordentliche Nutzung des Verwaltungsvermögens vorgehe und deshalb der Spielraum für Randnutzungen abschätzbar sei. In der Praxis muss dieser Vorrang aber nicht immer so klar sein, wie etwa das Beispiel der Nutzung der alten Bahnhofshalle des Zürcher Hauptbahnhofs für (den Verkehrsfluss behindernde) Veranstaltungen zeigt. Dies spricht für eher konkretere Regelungen.

36 Vgl. dazu HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Anm. 1), Rz. 330; MATTHIAS OESCH, Differenzierung und Typisierung, Zur Dogmatik der Rechtsgleichheit in der Rechtsetzung, Habil., Bern 2008, S.93.

*rechtssatzmässig geregelt sein.*³⁷ Während für die Rechtsgleichheit zunächst zentral ist, dass eine Regelung besteht, so verlangt sie unter Umständen auch, gewisse Einschränkungen eines grundsätzlich gewährten Zugangs formellgesetzlich zu regeln. So wird in der Lehre postuliert, Ungleichbehandlungen benötigten eine formellgesetzliche Grundlage, soweit sie einer *externen Zweckverfolgung geschuldet* sind.³⁸

Soweit die Zweckbestimmung von Verwaltungsvermögen in der Nutzung durch Private besteht, es sich also um eine *ordentliche Nutzung von Verwaltungsvermögen durch Private* handelt, ergibt sich die Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage bereits daraus, dass die staatliche Tätigkeit auch für Ausgaben (die durch die Bereitstellung des Verwaltungsvermögens anfallen) eine ausreichende gesetzliche Grundlage erfordert.³⁹ Auch hier kommt die Rechtsgleichheit zu tragen, die wie erwähnt erfordert, dass die Möglichkeit einer Nutzung von Verwaltungsvermögen erkennbar ist und dass die Modalitäten des Zugangs rechtssatzmässig festgelegt sind.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Staat eine (formell-) *gesetzliche Grundlage zu schaffen* hat, wenn er die Nutzung von Verwaltungsvermögen durch Private vorsehen will. Zudem hat er die *Modalitäten des Zugangs rechtssatzmässig festzulegen*. Einmaligen Nutzungen ohne spezifische gesetzliche Grundlage und ohne rechtssatzmässige Regelung der Modalitäten wird dies wohl nicht entgegenstehen, soweit die im erwähnten Entscheid aufgeführten Voraussetzungen (keine Probleme der Gleichbehandlung und der Vorausssehbarkeit; Erfassung zumindest durch allgemeine Ziel- und Aufgabennormen)⁴⁰ erfüllt sind.

2. Anspruch auf rechtsgleiche Rechtsgrundlage

a) Grundlegende Dogmatik

Eine gesetzliche Regelung der Nutzung von Verwaltungsvermögen durch Private muss sich als rechtsgleich erweisen, d.h., sie muss die Anforderungen erfüllen, die sich aus der Rechtsgleichheit an die Rechtsetzung ergeben.⁴¹

37 Vgl. HEER (Anm. 1), S.111 f.

38 Vgl. OESCH (Anm. 36), S.332 ff., m.w.H.; dazu unten S.108.

39 Vgl. UHLMANN (Anm. 27), Rz. 36.

40 BGE 118 Ia 46, E. 5b; vgl. oben S.105 f.

41 Vgl. ausführlich zum Anspruch auf Gleichbehandlung in der Rechtsetzung BSK BV-WALDMANN, in: Bernhard Waldmann / Eva Maria Belser / Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BSK BV-BEARBEITET), Art. 8 N 28 ff.; BIAGGINI (Anm. 25), N 10 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Anm. 1), Rz. 576 ff.

Auf den Punkt gebracht, hält eine gesetzliche Regelung vor Art. 8 Abs. 1 BV stand, wenn sich Ungleichbehandlungen bzw. Differenzierungen wie auch Gleichbehandlungen bzw. Schematisierungen als *vernünftig* und *sachgerecht* erweisen.⁴²

Was vernünftig und sachgerecht ist, kann nicht einheitlich, sondern muss unter Berücksichtigung der Eigenheiten des fraglichen Regelungsgegenstandes und auch unter Rückgriff auf materielle Gerechtigkeitsvorstellungen beantwortet werden.⁴³ In der Praxis haben sich deshalb für verschiedene Regelungsgegenstände bestimmte Gerechtigkeitsmassstäbe etabliert wie etwa die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit bei der Besteuerung.⁴⁴ Auch sogenannte *externe Regelungszwecke*, also Differenzierungsmotive, die nicht auf Gerechtigkeit, sondern einen anderen Zweck abzielen, können zulässig sein.⁴⁵ In der Lehre wird postuliert, dass externen Regelungszwecken dienende Ungleichbehandlungen eine formellgesetzliche Grundlage erfordern⁴⁶ und dass sie einer Verhältnismässigkeitsprüfung standhalten müssen.⁴⁷ Letzterem ist das Bundesgericht beim Zürcher *Kampfhundeverbot* gefolgt.⁴⁸ Gerade dieser Fall illustriert allerdings die Schwierigkeit, interne und externe Regelungszwecke abzugrenzen. So ist sich die Lehre uneins, ob beim Kampfhundeverbot eine interne oder externe Zweckverfolgung vorlag. Ersteres hätte insofern eine Verhältnismässigkeitsprüfung erfordert, als eine Abweichung von der Rechtsgleichheit mit überwiegenden Interessen begründet werden muss, Letzteres insofern, als die Schematisierung und damit die ungenügende Differenzierung in Bezug auf den zu regelnden Gegenstand – hier die Gefährlichkeit der Hunde – mit überwiegenden Interessen begründet werden muss.⁴⁹

Ungeachtet dieser dogmatischen Differenzen ist es meines Erachtens plausibel, dass Differenzierungen, soweit nicht ein anerkannter Differenzierungsmassstab gegeben ist, daran zu messen sind, ob das Interesse am mit

42 BSKBV-WALDMANN, Art. 8 N 30; BIAGGINI (Anm. 25), N 10 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Anm. 1), Rz. 576.

43 Exemplarisch zeigt sich dies etwa an der Frage der Zulässigkeit eines degressiven Steuertarifs, vgl. BGE 133 I 206, E. 8.1 ff.; siehe dazu auch OESCH (Anm. 36), S. 231 f.

44 Vgl. OESCH (Anm. 36), S. 215 ff., insb. 220 f., 223.

45 Vgl. OESCH (Anm. 36), S. 221 ff., 331 ff.

46 Vgl. OESCH (Anm. 36), S. 221 ff., 332 ff.

47 Vgl. OESCH (Anm. 36), S. 223 ff.; RENÉ WIEDERKEHR, Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen: Gilt Art. 36 BV auch bei der Einschränkung der Rechtsgleichheit?, AJP 4/2008, S. 394 ff., 402; BERNHARD RÜTSCHKE, Die Rechtsgleichheit in Bewegung: Dogmatische Fortbildung von Art. 8 Abs. 1 BV, AJP 9/2013, S. 1321 ff., 1323.

48 Vgl. BGE 136 I 1, E. 4.3.2.

49 Vgl. zu ersterer Variante OESCH (Anm. 36), S. 229 ff., und zu letzterer RÜTSCHKE (Anm. 47), S. 1330; siehe auch WIEDERKEHR (Anm. 47), S. 405.

ihnen verfolgten Regelungsziel das Interesse an einer Gleichbehandlung überwiegt.⁵⁰ Dies zeigt auch ein Beispiel aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, bei dem eine eher komplexe Beurteilung der Zulässigkeit einer (anspruchsausschliessenden) Differenzierung vorzunehmen war. Es ging dabei um die Anerkennung der Sektion Waadt der Studentenverbindung *Zofingia* als universitäre Vereinigung der Universität Lausanne, womit unter anderem auch ein (bedingter) Anspruch auf Nutzung von Räumen der Universität verbunden war.⁵¹ Das Bundesgericht löste den Fall, der auch die Vereinigungsfreiheit tangierte, formal unter dem Titel einer Grundrechtskollision. In der Sache nahm es eine Abwägung zwischen dem Interesse am Regelungsziel (Sanktionierung der Diskriminierung von Frauen) und den entgegenstehenden Interessen der Studentenverbindung an einer rechtsgleichen Behandlung und der Vereinigungsfreiheit vor.

b) Zulässige Differenzierungen

Als Ausgangspunkt für Überlegungen zu zulässigen Differenzierungen bei der Zulassung zur Nutzung von Verwaltungsvermögen drängt sich die Feststellung auf, dass der Staat grundsätzlich nicht verpflichtet ist, Verwaltungsvermögen zur Nutzung durch Private bereitzustellen bzw. zu öffnen.⁵² Anders als öffentlicher Grund im Gemeingebrauch steht Verwaltungsvermögen gerade nicht der Allgemeinheit zur Verfügung. Es steht vielmehr seiner Zweckbestimmung entsprechend einem bestimmten Benutzerkreis für eine ordentliche Nutzung zur Verfügung.⁵³ Entsprechend steht es dem Staat frei, Verwaltungsvermögen entweder gar nicht oder nur für gewisse Kategorien von Nutzungen durch Private zu öffnen und darüber hinausgehende Nutzungen auszuschliessen.⁵⁴ Kein Problem der Rechtsgleichheit liegt somit vor, wenn der Staat etwa eine Turnhalle nur für sportliche Randnutzungen öffnet oder einen Veranstaltungssaal ausschliesslich für kulturelle Zwecke schafft. Unproblematisch ist weiter auch, wenn der Staat zwar neben einer ordentlichen Nutzung eine Randnutzung vorsieht, dabei aber die ordentliche Nutzung priorisiert und etwa einer Eigenproduktion eines staatlichen Theaters Vorrang vor einer Fremdvermietung einräumt.⁵⁵

50 Vgl. dahingehend auch PETER MARTINI, Art.3 Abs.1 GG als Prinzip absoluter Rechtsgleichheit, Diss. Passau 1995/96, Köln/Berlin/Bonn/München 1997, S.193 ff.

51 BGE 140 I 201 = Pra 104 (2015) Nr. 53.

52 Vgl. dazu BGE 98 Ia 362, E. 5a.

53 Vgl. BGE 143 I 37 = Pra 107 (2018) Nr. 2, E. 6.1; 138 I 274, E. 2.2.1.

54 Dies, soweit kein in den Freiheitsrechten gründender bedingter Anspruch besteht, vgl. dazu unten S.114.

55 Vgl. BGer, Urteil 2C_719/2016 vom 24. August 2017, E. 3.6 f.

Heikler ist es hingegen, wenn der Staat eine bestimmte Kategorie von Nutzungen grundsätzlich zulässt, dabei aber Ausschlüsse vorsieht.

Ohne Weiteres als zulässiges Differenzierungsmotiv einzustufen ist der *Schutz von Polizeigütern* bzw. das Einhalten anderweitiger Vorschriften. Zu denken ist etwa an die Verhinderung von Straftaten, von Schäden an Personen oder Sachen und von übermässigen Lärmemissionen. Anzumerken ist aber, dass oft mildere Mittel, etwa in Form von Auflagen oder eines nachträglichen Eingreifens, oder gar eine staatliche Pflicht zur Gewährleistung einer zwischenfalllosen Durchführung einer Veranstaltung bestehen werden.⁵⁶ Ebenfalls zulässig werden Differenzierungen sein, die der Schonung bzw. dem Erhalt des Verwaltungsvermögens dienen.

Einen grossen Spielraum wird man dem Staat auch dort einräumen müssen, wo eine Differenzierung in einem Zusammenhang mit *Fördermotiven* steht. Wenn der Staat etwa kulturelle Veranstaltungen fördern will, so muss er dies nicht für alle möglichen Formen von kulturellen Veranstaltungen gleichermassen tun. Die Begrenztheit der verfügbaren Mittel, das Postulat des effizienten Einsatzes von staatlichen Mitteln, aber auch die mit der Kulturförderung verbundenen mittelbaren Ziele sprechen dafür, dass der Staat bis zu einem gewissen Grad gezielt fördern muss. Ist das Mittel der Förderung die Zurverfügungstellung von Verwaltungsvermögen, so muss eine entsprechend differenzierte Zugangsregelung möglich sein. Von Belang ist dabei auch die *Zuständigkeitsordnung*. Ist eine Gemeinde für die lokale Kulturförderung zuständig, so erscheint es zulässig, dass sie etwa einen Ausstellungsraum nur lokalen Kunstschaffenden zur Verfügung stellt. Im Zusammenhang mit einem Fördergedanken wird es auch zulässig sein, dass der Staat Verwaltungsvermögen spezifisch für bedürftige Personengruppen zur Verfügung stellt. Üblicherweise handelt es sich bei Sozialwohnungen um Verwaltungsvermögen im Einzelgebrauch.⁵⁷ Denkbar ist auch, dass der Staat etwa Plakatanschlagstellen schafft, die ausschliesslich nichtgewinnorientierten Kulturveranstaltern zur Verfügung steht.

Auch *Eigeninteressen* des Staates bzw. des betroffenen Verwaltungsträgers sind grundsätzlich ein zulässiges Differenzierungsmotiv. Dies hat das Bundesgericht im Fall *Ganzbemalung* zum Ausdruck gebracht: «Der [die Nutzung ablehnende] Entscheid der städtischen Behörde beruht vielmehr auf dem zulässigen Anliegen, die Fahrzeuge der Verkehrsbetriebe nicht in besonders auffälliger Weise mit einem Text in Verbindung zu bringen, der von einem Teil des Publikums als Beleidigung empfunden werden könnte, indem

56 Vgl. HEER, (Anm. 1), S. 54.

57 Vgl. HEER, (Anm. 1), S. 54; TOBIAS JAAG, Gemeingebrauch und Sondernutzung öffentlicher Sachen, ZBl 1992, S. 145 ff., 164 f., spricht von Sondergebrauch.

er die Zahl der Einwohner des Kantons Luzern mit der Zahl der dort gehaltenen Schweine vergleicht.»⁵⁸ Im Fall *Dieudonné*⁵⁹ hingegen hat das Bundesgericht die Tatsache, dass Dritte bei der Benutzung von staatlichem Raum die entsprechende Tätigkeit bis zu einem gewissen Grade mit dem Staat identifizieren, nicht berücksichtigt bzw. thematisiert.⁶⁰

Meines Erachtens ist es richtig, die Eigeninteressen des Staates bzw. des betroffenen Verwaltungsträgers zu berücksichtigen. Dabei mag man gerade auch einem unternehmerisch tätigen Verwaltungszweig einen höheren Spielraum zugestehen, schliesslich könnte etwa eine Werbekampagne oder eine Aufführung auf Widerstand stossen – unter Umständen in Form eines Boykotts – und damit letztlich die Einnahmen des Verwaltungsträgers schmälern. Zu fragen ist auch, wie weit ein Verwaltungsträger dazu gezwungen werden darf, gegen ihn selber gerichtete Werbung auf seinem Verwaltungsvermögen zu dulden.⁶¹ Dabei ist zu berücksichtigen, wie wichtig die entsprechenden Werbemöglichkeiten für den öffentlichen Meinungs austausch sind. Ausserdem dürfte bei Plakatstellen bzw. Werbedisplays oder auch Werbefenstern im Rundfunk die Identifikation des Grundeigentümers bzw. des Veranstalters mit dem Absender oder dem Inhalt der Werbebotschaft tendenziell gering sein. Letztlich wird es auch nicht angehen, potenziell anstössige Meinungen aus kommerziellen Motiven systematisch auszuschliessen. Schon gar nicht darf die Verwaltung politische Ansichten ausschliessen, die ihrer eigenen widersprechen.⁶²

Ein zulässiges Differenzierungsmotiv muss zudem der *Schutz von Grundrechten Dritter* sein. Dies gilt umso mehr, wenn der Staat eine aktive Rolle innehat. Stellt er im Rahmen der Kulturförderung einem Künstler, der sich bei seinen Auftritten diskriminierend i.S.v. Art. 8 Abs. 2 BV äussert, eine Auftrittsmöglichkeit zur Verfügung, so trägt er zur Schmälderung einer Grundrechtsposition bei und verletzt potenziell nicht nur seine Pflicht zur Verwirklichung der Grundrechte⁶³ i.S.v. Art. 35 Abs. 2 BV, sondern auch seine Pflicht zur Unterlassung von Grundrechtseinschränkungen, die sich nicht nach Art. 36 BV rechtfertigen lassen. Neben den Grundrechtsinteressen von Nutzungswilligen darf – und muss – der Staat gegebenenfalls also auch gegenläufige Grundrechtsinteressen Dritter einbeziehen.

58 BGE 127 I 84, E. 4d.

59 BGer, Urteil 1C_312/2010 vom 8. Dezember 2010 = RDAF 2011 I, S. 48 ff.

60 Vgl. UHLMANN (Anm. 11), S. 47.

61 Vgl. auch den Fall *VgT*, BGE 139 I 306, E. 3 ff., gemäss dem die SRG die Ausstrahlung eines ihr gegenüber kritischen Werbespots nicht verweigern durfte.

62 Vgl. HEER (Anm. 1), S. 53 f.

63 Vgl. dazu allgemein BSK BV-SCHWEIZER, Art. 35 N 39.

c) Differenzierungsschranken

Schranken für Differenzierungen ergeben sich insbesondere im Schutzbereich verschiedener *Grundrechte*, auf die hier nicht im Einzelnen eingegangen werden soll. Hinzuweisen ist auf die besonders strengen Anforderungen, die im Anwendungsbereich des Gebotes der Gleichbehandlung von direkten Konkurrenten gelten. Ungleichbehandlungen können zwar durch überwiegende öffentliche Interessen gerechtfertigt sein, doch verlangt Art. 27 BV, dass «spürbare Wettbewerbsverzerrungen» zu vermeiden sind.⁶⁴ Nicht davon erfasst ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts allerdings der Fall, dass einem Privaten das Recht zur wirtschaftlichen Nutzung von Verwaltungsvermögen per Konzession gewährt wird.⁶⁵ Dies erscheint zutreffend, soweit einer der Konkurrenten bereits über eine Konzession verfügt. Allerdings ist bereits die Vergabe eines Sondernutzungsrechtes an einen einzelnen oder wenige Private unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten heikel. Sie braucht deshalb zunächst eine Rechtfertigung, die wohl in der Regel darin bestehen wird, dass weder die Zulassung aller geeigneten Privaten noch ein Rotationsystem praktikabel sind. Sodann muss sichergestellt sein, dass die potenziellen Konkurrenten zumindest gleichberechtigt am Vergabeverfahren teilnehmen können. Spezifische Vorschriften bestehen hier für die Übertragung kantonaler Monopole im Binnenmarktrecht (Art. 2 Abs. 7 BGBM⁶⁶) und für die Übertragung von öffentlichen Aufgaben im Beschaffungsrecht (Art. 8 Abs. 1 BÖB⁶⁷ bzw. Art. 8 Abs. 1 IVÖB⁶⁸).⁶⁹

64 BGE 125 I 431, E. 4b/aa; vgl. allgemein zum Verbot der Gleichbehandlung direkter Konkurrenten BSK BV-UHLMANN, Art. 27 N 62 ff., und im Kontext der wirtschaftlichen Nutzung von Verwaltungsvermögen eingehend HEER (Anm. 1), S. 59 ff.

65 Vgl. BGE 143 I 37 = Pra 107 (2018) Nr. 2., E. 8.3.

66 Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz; SR 943.02).

67 Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 (SR 172.056.1).

68 Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019.

69 In BGER, Urteil 2C_569/2018 vom 27. Mai 2019, E. 6, hat das Bundesgericht das Vorliegen eines faktischen, in der Sachherrschaft des Gemeinwesens über das Verwaltungsvermögen gründenden Monopols und damit die Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM im Falle der Besetzung der Direktorenposten zweier Theater der Stadt Genf bejaht. In BGE 144 II 184, E. 2, und 144 II 177, E. 1, hat es die Vergabe des Rechts zur Einrichtung eines privaten Veloverleihs auf öffentlichem Grund dem Beschaffungsrecht unterstellt. Seit der Revision des Beschaffungsrechts ergibt sich dies direkt aus dem Gesetz. Im Ergebnis besteht immer weniger Raum für die Vergabe von Nutzungsrechten ausserhalb von Vergabeverfahren, welche die Gleichberechtigung von Konkurrenten wahren. Ausführlich zum Ganzen FRANÇOIS BELLANGER, Octroi de l'usage des biens de l'Etat et marchés publics, in: François Bellanger / Thierry Tanquerel (Hrsg.), La gestion et l'usage des biens de l'Etat à l'aune des droits fondamentaux, Genf/Zürich/Basel 2020, S. 101 ff.; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Anm. 1), Rz. 2219; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL (Anm. 17), S. 762.

Unzulässig werden in der Regel auch Differenzierungen nach der Person des Gesuchstellers sein,⁷⁰ sofern nicht wie oben beschrieben die Förderung bedürftiger Personengruppen im Vordergrund steht. Klar ist schliesslich auch, dass der Ausschluss gewisser Nutzungsarten nicht Mittel zum Zweck sein darf, eine unerwünschte Personengruppe auszuschliessen.⁷¹

3. Anspruch auf rechtsgleiche Anwendung der Rechtsgrundlage

Die Rechtsunterworfenen haben einen Anspruch auf rechtsgleiche Anwendung einer gesetzlichen Regelung. Auslegung und Lückenfüllung dürfen nicht zu Differenzierungen führen, die dem Gesetzgeber untersagt wären.⁷² Ein Nutzungsanspruch kann unter Umständen auch durch bestehende Vergleichsfälle begründet werden. Möglicherweise genügt es, wenn eine bestimmte Nutzung einmalig zugelassen wird, um eine präjudizielle Wirkung zu erzeugen.⁷³ Es bestehen diesbezüglich aber auch Schranken: Zu beachten sind insbesondere die Zulässigkeit von Praxisänderungen sowie die strengen Voraussetzungen für eine Gleichbehandlung im Unrecht.⁷⁴

4. Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung bei gesetzefreiem Handeln

Auch bei gesetzefreiem Handeln ist ein Verwaltungsträger an die Rechtsgleichheit gebunden; ihre rechtsstaatliche Bedeutung ist in diesem Fall sogar erhöht.⁷⁵ Ein Nutzungsanspruch kann sich also auch in diesem Falle ergeben. Soweit dem Verwaltungsträger allerdings ein Spielraum für experimentelle Nutzungen zugestanden wird,⁷⁶ wird ihm auch zugestanden werden müssen, Nutzungen, die sich nicht bewähren, künftig nicht mehr zuzulassen.

70 Vgl. HEER (Anm. 1), S. 50 ff.

71 HEER (Anm. 1), S. 53.

72 BEATRICE WEBER-DÜRLER, Zum Anspruch auf Gleichbehandlung in der Rechtsanwendung, ZBl 1/2004, S. 1 ff., 9.

73 Vgl. WEBER-DÜRLER (Anm. 72), S. 12, m.H. auf einen (baurechtlichen) Entscheid des Bundesgerichts vom 26. September 1984, E. 6, publiziert in ZBl 1985, S. 533 ff., 535 f.

74 Ausführlich WEBER-DÜRLER (Anm. 72), S. 12 ff.

75 Vgl. WEBER-DÜRLER (Anm. 72), S. 7.

76 Oben S. 106.

III. Bedingter Anspruch auf ausserordentliche Nutzung

1. Herkömmliche Dogmatik

Die Figur des bedingten Anspruchs auf (ausserordentliche) Nutzung von Verwaltungsvermögen hat sich historisch aus dem bedingten Anspruch auf Nutzung von öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch entwickelt.⁷⁷ Damit ein solcher Anspruch bestehen kann, muss die angestrebte Tätigkeit zunächst in den Schutzbereich eines ideellen Freiheitsrechts fallen.⁷⁸ Nach der herkömmlichen Lehre müssen sodann zwei Kriterien erfüllt sein, damit ein bedingter Nutzungsanspruch entsteht. Erstens muss die Nutzung mit dem Zweck der Verwaltungseinrichtung kompatibel sein. Zweitens muss es an geeigneten Alternativen mangeln.⁷⁹

2. Vorgesehene Nutzungen

Bei *vorgesehenen* Nutzungen, seien es ordentliche oder ausserordentliche bzw. Randnutzungen, ist die Voraussetzung der Kompatibilität ohne Weiteres erfüllt. Wie einleitend dargelegt, hat sich die Rechtsprechung allerdings dahingehend entwickelt, dass die Voraussetzung mangelnder Alternativen bei vorgesehenen Nutzungen stillschweigend ausser Acht gelassen wird.⁸⁰ Ausserdem wird tendenziell auf die Prüfung, ob in der Verweigerung einer Nutzung eine zulässige Einschränkung des betroffenen Freiheitsrechts zu sehen ist, verzichtet. Im Ergebnis besteht somit ein bedingter Anspruch auf die Nutzung von Verwaltungsvermögen durch Private bereits dann, wenn eine solche Nutzung grundsätzlich vorgesehen ist.⁸¹ Dies mag für einzelne Bereiche wie Plakatanschlagstellen, die von öffentlichem Grund im Gemeingebrauch oder zumindest von dem öffentlichen Grund im Gemeingebrauch nahen Flächen wie Bahnhofspassagen aus einsehbar sind, stimmig sein. Dies, da die

77 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Anm. 1), Rz. 2219a.

78 Vgl. allgemein BGE 138 I 274, E. 2.2.2. Das Bundesgericht hat es wiederholt abgelehnt, einen in der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV gründenden bedingten Anspruch auf die Nutzung von Verwaltungsvermögen anzuerkennen, vgl. BGE 143 I 37 = Pra 107 (2018) Nr. 2, E. 7.2; JOHANNES REICH, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, Diss. Basel 2009, Zürich/St. Gallen 2011, S. 100f., m.w.H.; BSK BV-UHLMANN, Art. 27 N 72.

79 Vgl. ALAIN GRIFFEL, Allgemeines Verwaltungsrecht im Spiegel der Rechtsprechung, Zürich/Basel/Genf 2017, Rz. 416; MOSER (Anm. 12), S. 203.

80 Vgl. oben S. 102.

81 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Anm. 1), Rz. 2219a.

Meinungsäusserungsfreiheit betroffen ist, sich der Staat in politischer Hinsicht strikte Neutralität aufzuerlegen hat sowie eine grosse Nähe zu öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch gegeben ist. Für andere Sachen im Verwaltungsvermögen trifft dies hingegen nicht unbedingt zu. Wie bei den Überlegungen zu den Anforderungen an eine rechtsgleiche Regelung des Zugangs dargelegt wurde, können gerade in Bereichen, in denen der Staat fördernd tätig ist, differenziertere Zugangsregelungen gerechtfertigt sein.

Ein in den Freiheitsrechten gründender bedingter Anspruch auf Nutzung von Verwaltungsvermögen sollte aus meiner Sicht deshalb nur bejaht werden, wenn das Kriterium mangelnder Alternativen erfüllt ist. Bei vorgesehenen Nutzungen steht entsprechend der Anspruch auf einen rechtsgleichen Zugang im Vordergrund. Dass im Einzelfall eine aus Sicht der Rechtsgleichheit zulässige Zugangsverweigerung mangels Alternativen durch einen in den Freiheitsrechten gründenden bedingten Nutzungsanspruch übersteuert wird, ist zwar nicht auszuschliessen. Auch in diesem Fall wäre aber noch zu prüfen, ob überwiegende entgegenstehende Interessen vorliegen. Im Ergebnis erfordert die erörterte Lösung von den zuständigen Verwaltungsträgern, eine rechtsgleiche Zugangsregelung zu schaffen und diese rechtsgleich anzuwenden. Dabei können die Verwaltungsträger durchaus differenzierte Zugangsregelungen unter Berücksichtigung der involvierten Interessen schaffen, soweit die Regelungen tragfähig begründet werden.

3. Nicht vorgesehene Nutzungen

Kaum geklärt ist, welches Potenzial die Figur des bedingten Anspruchs auf Nutzung von Verwaltungsvermögen abseits von vorgesehenen Nutzungen bietet. Möchte etwa ein Künstler ein Verwaltungsgebäude für eine Kunstinstallation nutzen, so ist durchaus zu fragen, ob ihm die Kunstfreiheit nicht unter Umständen einen entsprechenden Anspruch vermittelt. Vorauszusetzen wäre, dass die Installation mit der widmungsgemässen Nutzung vereinbar ist und dass keine gleichwertigen Alternativen zur Verfügung stehen. In diesem Zusammenhang ist in dogmatischer Hinsicht anzumerken, dass es sich – anders als wohl gewöhnlich angenommen – sowohl bei der Frage der Vereinbarkeit wie auch derjenigen der Alternativen nicht um eindeutige, binäre Kriterien handelt. Eine beabsichtigte Nutzung kann besser oder weniger gut vereinbar mit dem widmungsgemässen Gebrauch sein; vorhandene Alternativen können besser oder weniger gut sein. Soweit die primäre Nutzung des Verwaltungsvermögens nicht in Frage gestellt ist, gilt es hier, die Interessen an einer Nutzung mit jenen an einem Verzicht darauf abzuwägen.

IV. Fazit

Die dargelegten Anforderungen an einen rechtsgleichen Zugang zur Nutzung von Verwaltungsvermögen durch Private lassen den betroffenen Verwaltungsträgern genügend Spielraum, um differenzierte Zulassungsregelungen zu treffen. Gleichzeitig bleibt klar, dass die Verwaltung mit der Zulassung einer Nutzung das betreffende Verwaltungsvermögen auch für vergleichbare Nutzungen öffnet.

Ist zu prüfen, ob eine Zulassungsregelung rechtsgleichen Zugang gewährt, ist meines Erachtens eine Abwägung zwischen dem Interesse an dem mit einer Differenzierung verfolgten Ziel und jenem an einer Gleichbehandlung gerechtfertigt. In diesem Rahmen können auch Eigeninteressen des Verwaltungsträgers berücksichtigt werden.

Nach wie vor seine Berechtigung hat das Kriterium mangelnder Alternativen als Voraussetzung für einen bedingten Anspruch auf die Nutzung von Verwaltungsvermögen. Wo Alternativen bestehen, sollte ein Nutzungsanspruch nicht ohne Weiteres bejaht werden, nur weil ein ideelles Freiheitsrecht tangiert ist, sondern primär aus der Sicht der Rechtsgleichheit geprüft werden. Gerade dort, wo die Verwaltung einen Förderzweck verfolgt, muss ihr ein grösserer Differenzierungsspielraum zugestanden werden. Wenig Spielraum besteht dort, wo Plattformen dem öffentlichen Meinungs-austausch dienen.

Gian Ege / Selma Kuratle

Doppelmoral in der Gesetzgebung

Was erfasst die weibliche
Genitalverstümmelung nach Art. 124 StGB
und kann darin eingewilligt werden?

I. Einleitung	118
II. Entstehung von Art. 124 StGB	119
III. Umfang der Strafbarkeit	120
1. Verstümmelung	121
2. Erhebliche und dauerhafte Beeinträchtigung	121
3. Schädigung in anderer Weise	122
IV. Einwilligung	124
1. Einwilligungsschranke bei schweren Körperverletzungen?	125
2. Einwilligung in die weibliche Genitalverstümmelung	126
a) Kann in Art. 124 Abs. 1 StGB eingewilligt werden?	126
b) Stellvertretende Einwilligung in weibliche Genitalverstümmelungen	127
V. Résumé	129

I. Einleitung

Die weibliche Genitalverstümmelung bezeichnet die teilweise oder vollständige Entfernung beziehungsweise Beschädigung der weiblichen Geschlechtsorgane.¹ Der Begriff bezieht sich vorwiegend auf ein Phänomen, der Beschneidung meist afrikanischer junger Frauen und Mädchen beziehungsweise von Personen mit weiblichen Geschlechtsteilen.² Ab den 1970er-Jahren gelangte das Phänomen zunehmend in die öffentliche Wahrnehmung, und es begann eine emotional geprägte internationale Auseinandersetzung über die Möglichkeit zur Bekämpfung der weiblichen Genitalverstümmelung³, die in den 1990er- und 2000er-Jahren den Höhepunkt erreichte.⁴

Die internationalen Anstrengungen⁵ zur Bekämpfung der weiblichen Genitalverstümmelung haben auch die Schweizer Rechtsordnung beeinflusst. Am 1. Juli 2012 ist mit Art. 124 StGB ein spezifischer Tatbestand zur Regelung der weiblichen Genitalverstümmelung in Kraft getreten. Der Artikel enthält das Verbot weiblicher Genitalverstümmelung (Abs. 1) sowie die Anwendung des Universalitätsprinzips auf entsprechende Handlungen (Abs. 2). Letzteres stellt einen Hauptgrund für die Schaffung der Bestimmung dar.⁶ Während sich die Rechtsprechung bereits eingehend mit Art. 124 Abs. 2 StGB beschäftigte,⁷ bestehen hinsichtlich der Reichweite des Straftatbestands weiterhin Unklarheiten, die im vorliegenden Beitrag besprochen werden sollen.

Genitalverstümmelungen in anderen kulturellen – vorwiegend afrikanischen – Kontexten werden generell als «Gräueltaten» postuliert, während

1 World Health Organization (WHO), *Eliminating Female genital mutilation: An inter-agency statement*, OHCHR et al., Genf 2008, S. 1.

2 Vgl. SARA JOHNSDOTTER / BIRGITTA ESSÉN, *Genitals and ethnicity: the politics of genital modifications*, *Reproductive Health Matters* 2010, 29–37, S. 29 ff.

3 SANDRA D. LANE / ROBERT A. RUBINSTEIN, *Judging the other: Responding to traditional female genital surgeries*, *The Hastings Center Report* 1996, 31–40, S. 31; vgl. auch JOHNSDOTTER / ESSÉN (Anm. 2), S. 31 f.

4 Vgl. JOHNSDOTTER / ESSÉN (Anm. 2), S. 31 f.; WHO (Anm. 1), S. 3. So wurde beispielsweise auch die Autobiographie von WARIS DIRIE, von 1997 bis 2003 UN-Sonderbotschafterin gegen die Beschneidung weiblicher Genitalien, zum internationalen Bestseller; WARIS DIRIE / CATHLEEN MILLER, *Desert Flower*, New York 1998.

5 Dazu UN Women, *Looking back and pushing forward: the global fight to end FGM*; vgl. auch BRIAN D. EARP / SARA JOHNSDOTTER, *Current critiques of the WHO policy on female genital mutilation*, IJI, in Erscheinung 2020.

6 Vgl. zur Entstehungsgeschichte II.

7 Vgl. BGE 145 IV 17; dazu auch MARIA LUDWICZAK GLASSEY, *Le principe de l'universalité illimitée de la poursuite pénale et les mutilations génitales féminines*, fp 2019, 463–468, S. 463 ff.

sich Schönheitsoperationen im Genitalbereich bei – auch immer jüngeren – Frauen aus der westlichen Welt steigender Beliebtheit erfreuen und kaum problematisiert werden.⁸ Zur Klärung, inwieweit dieser Wertungswiderspruch der schweizerischen Gesetzgebung zugrunde liegt und wie er sich auflösen lässt, soll eruiert werden, welche Handlungen vom Tatbestand erfasst sind und ob und unter welchen Voraussetzungen sie rechtmässig sind. Nach einer kurzen Darstellung der Entstehungsgeschichte (II.) werden dafür die möglichen Taterfolge von Art. 124 Abs. 1 StGB definiert (III.). Anschliessend wird besprochen, unter welchen Voraussetzungen in die weibliche Genitalverstümmelung eingewilligt werden kann (IV. 1.) und ob eine stellvertretende Einwilligung möglich ist (IV. 2.), bevor der Beitrag mit einem Fazit abgeschlossen wird (V.).

II. Entstehung von Art. 124 StGB

Art. 124 StGB entstand infolge einer parlamentarischen Initiative aus dem Jahr 2005, welche die Bestrafung sexueller Verstümmelung oder der Aufforderung dazu verlangte.⁹ Hauptanliegen war dabei nicht die Schaffung eines neuen Tatbestands zur Ahndung eines Unrechts, das zuvor nicht bestraft werden konnte. So war die Verstümmelung der weiblichen Genitalien als einfache oder schwere Körperverletzung i. S. v. Art. 122 bzw. Art. 123 StGB zu behandeln.¹⁰ Vielmehr sollte mit dem neuen Artikel ein spezifischer Tatbestand geschaffen werden, mit dem auch im Ausland begangene Verstümmelungen geahndet werden können. Es sollte ein «Repressionsinstrument gegen den »Beschneidungs- und Infibulations-Tourismus«¹¹ geschaffen werden.

8 Vgl. statt vieler MELANIE KEIM, Wie ein Weggli soll es aussehen, NZZ vom 29. Februar 2020, 50–51, S. 50 f.; MERLE SPRIGGS / LYNN GILLAM, «I Don't See That as a Medical Problem»: Clinicians' Attitudes and Responses to Requests for Cosmetic Genital Surgery by Adolescents, J Bioeth Inq. 2018, 535–548, S. 535 ff.; ausführlich zum Wertungswiderspruch zwischen beiden Phänomenen JOHNSDOTTER/ESSÉN (Anm. 2), S. 29 ff.

9 Parlamentarische Initiative 05.404 von Maria Roth-Bernasconi, Verbot von sexuellen Verstümmelungen, eingereicht am 17. März 2005.

10 Bundesrat, Parlamentarische Initiative Verbot von sexuellen Verstümmelungen, Stellungnahme zum Bericht vom 30. April 2010 der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats, BBl 2010 5677, 5679; FANNY DE WECK / CHRISTINA HAUSAMMANN, Genitalverstümmelung von Frauen und Mädchen in der Schweiz, Bern 2014, S. 9 ff.; STEFAN TRECHSEL / REGULA SCHLAURI, Weibliche Genitalverstümmelung in der Schweiz, Zürich 2004, S. 9 ff.

11 Parlamentarische Initiative 05.404 (Anm. 9).

Diesem Anliegen wurde mit der Anwendung des Universalitätsprinzips in Art.124 Abs.2 StGB Rechnung getragen. Dass damit gleichzeitig ein neuer Straftatbestand geschaffen wurde, war erwünschte Symbolgesetzgebung nebenbei,¹² sollte kriminalpräventiv sinnvoll sein¹³ und abschreckend wirken.¹⁴

Im November 2006 beschloss die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats einstimmig, der Initiative zuzustimmen. Die Kommission des Ständerats folgte dieser Meinung im Juli 2007.¹⁵ Im September 2011 stimmten beide Kammern dem neuen Art.124 StGB zu¹⁶, welcher am 1. Juli 2012 in Kraft getreten ist.

III. Umfang der Strafbarkeit

Die kriminalpräventive Ausrichtung von Art.124 StGB führt dazu, dass der Bestimmung teilweise ein sehr weitreichender Schutzbereich attestiert wird. Die systematische Einordnung der Bestimmung zeigt jedoch klar, dass es sich im Kern um eine Regelung zum Schutz der körperlichen Integrität der betroffenen Person handelt.¹⁷ Mittelbar wird allerdings auch die sexuelle Selbstbestimmung der betroffenen Mädchen, Frauen bzw. Menschen mit weiblichen Genitalien geschützt.¹⁸

Taterfolg ist die Verstümmelung, die erhebliche und dauerhafte Beeinträchtigung der natürlichen Funktion oder die Schädigung der weiblichen Genitalien in anderer Weise. Entsprechend gibt es drei verschiedene Tatbestandsvarianten:

12 Der Bundesrat bezeichnet den Tatbestand ausdrücklich als «wichtiges Zeichen», Bundesrat (Anm.10), 5680; vgl. auch Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats, Verbot von sexuellen Verstümmelungen, Bericht vom 30. April 2010, BBl 2010 5651, 5668: «eindeutiges Signal»; OFK StGB-DONATSCH, in: Andreas Donatsch (Hrsg.), StGB/JStG Kommentar, 20. Aufl., Zürich 2018 (zit. OFK StGB-VERFASSE*IN), Art.124 N 1.

13 So MIRJAM WERLEN, Persönlichkeitsschutz des Kindes, höchstpersönliche Rechte und Grenzen elterlicher Sorge im Rahmen medizinischer Praxis, Bern 2014, Rz. 305.

14 So DANIEL JOSITSCH / ANGELIKA MURER MIKOLASEK, Der Straftatbestand der weiblichen Genitalverstümmelung, AJP 2011, 1281–1293, S.1288.

15 BBl 2010 5653.

16 Amtliches Bulletin 05.404/6502.

17 ANDREAS DONATSCH, Strafrecht III, 11. Auflage, Zürich 2018, S.58 ff.; BSK StGB I-NIGGLI/GERMANIER in: Marcel Alexander Niggli / Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar StGB I, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK StGB I-VERFASSE*IN), Art.124 N 10.

18 DONATSCH (Anm.17), S.58; BSK StGB I-NIGGLI/GERMANIER (Anm.17), Art.124 N 10.

1. Verstümmelung

Als *Verstümmelung* gilt die teilweise oder vollständige Entfernung der weiblichen Genitalien.¹⁹ Dies umfasst die von der WHO in Typ I – III erfassten Verletzungen:²⁰ Die Klitoridektomie (Typ I), die totale oder teilweise Entfernung der äusseren Klitoris und deren Vorhaut, die Exzision (Typ II), die totale oder partielle Entfernung der Klitoris und der inneren Schamlippen, sowie die Infibulation (Typ III), die Entfernung der inneren und/oder äusseren Schamlippen und das Zunähen der Wundränder auf eine minimale Öffnung.²¹

2. Erhebliche und dauerhafte Beeinträchtigung

Als zweite Tatbestandsvariante sieht das Gesetz die *erhebliche und dauerhafte Beeinträchtigung der natürlichen Funktion* vor. Sie kommt nur zur Anwendung, wenn es sich bei der Tathandlung nicht um eine Verstümmelung im zuvor definierten Sinn handelt.²² Die erhebliche und dauerhafte Beeinträchtigung meint das *Unbrauchbarmachen* der weiblichen Genitalien.²³

Die natürliche Funktion der weiblichen Genitalien wird dabei regelmässig im Sinne einer «funktionierenden weiblichen Sexualität» verstanden.²⁴ Unbrauchbarmachen bedeutet demnach, dass die Sexualität nicht mehr ausgelebt werden kann, weil bspw. die Schamlippen oder die Vaginalöffnung zugeheftet wurden²⁵ oder der äussere Teil der Klitoris derart beschädigt wurde, dass kein Lustgewinn mehr möglich ist. Somit wird diese Tatbestandsvariante angewendet, wenn es nicht zur Verstümmelung im Sinne der ersten

19 BSK StGB I-NIGGLI/GERMANIER (Anm.17), Art.124 N 15; Kommission für Rechtsfragen NR (Anm.10), 5669.

20 Kommission für Rechtsfragen NR (Anm.10), 5669.

21 WHO (Anm.1), S.4, 23 ff.

22 BSK StGB I-NIGGLI/GERMANIER (Anm.17), Art.124 N 20; a.A. JOSITSCH / MURER MIKOLASEK (Anm.14), S.1289, die davon ausgehen, dass das Zunähen der Vagina, d.h. Typ III nach WHO-Klassifizierung, unter diese Tatbestandsvariante subsumiert werden kann.

23 BSK StGB I-NIGGLI/GERMANIER (Anm.17), Art.124 N 20 m.w.H.; vgl. auch das Verständnis des Unbrauchbarmachens in Art.122 Abs.2 StGB; dazu PK-GETH in: Stefan Trechsel/Mark Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich 2017 (zit. PK-VERFASSEN*IN), Art.122 N 6.

24 BSK StGB I-NIGGLI/GERMANIER (Anm.17), Art.124 N 25.

25 BSK StGB I-NIGGLI/GERMANIER (Anm.17), Art.124 N 20; vgl. auch HK StGB-GODENZI, in: Wolfgang Wohlers / Gunhild Godenzi / Stephan Schlegel, Schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar, 4. Aufl. Bern 2020, Art.124 N 2 (zit. HK StGB-VERFASSEN*IN), Art.124 N 2.

Tatbestandsvariante kam, die betroffene Person aber ähnlich in ihrer Sexualität und ihrer körperlichen Unversehrtheit beeinträchtigt wurde.

Mit diesem Verständnis geht allerdings die Problematik einher, dass damit die natürliche Funktion weiblicher Genitalien auf sexuelle Stimulation und insbesondere Penetration festgelegt wird. Selbstverständlich entspricht es *auch* der «natürlichen Funktion», dass weibliche Genitalien sexuell stimuliert und penetriert werden. Allerdings gibt es auch Personen, die durch eine Genitalverstümmelung nicht primär in ihrer Sexualität eingeschränkt werden. Zu denken ist beispielsweise an Personen, die aufgrund ihrer Asexualität kein Bedürfnis nach sexueller Stimulation haben. Insgesamt erscheint es problematisch, den weiblichen Genitalien einen von der betroffenen Person unabhängigen Zweck zu unterstellen. Ein solcher liesse sich nur durch einen Rückgriff auf starr naturgesetzliche, religiöse oder traditionelle Argumente begründen.²⁶ Um einem entsprechend einschränkenden Verständnis der Grundfunktion weiblicher Genitalien zu entgehen, erscheint es angebracht, diese Tatbestandsvariante anders auszulegen und damit auch dem durch die Norm geschützten Rechtsgut besser zu entsprechen. So geht es – wie zuvor ausgeführt – bei Art. 124 Abs. 1 StGB primär um den Schutz der körperlichen Integrität der betroffenen Person und nur sekundär um den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung. Entsprechend sollte einzig einschlägig sein, dass die weiblichen Geschlechtsteile in einer von der ersten Tatbestandsvariante abweichenden Weise dauerhaft beeinträchtigt werden und dadurch eine entsprechend schwere Einschränkung der physischen oder psychischen Gesundheit hervorgerufen wird. Dies kann – muss aber nicht zwingenderweise – in der Beeinträchtigung der Sexualität der betroffenen Person begründet sein.

3. Schädigung in anderer Weise

Die dritte Tatbestandsvariante ist die *Schädigung in anderer Weise*. Dabei handelt es sich um die Generalklausel von Art. 124 Abs. 1 StGB. Nach herrschendem Verständnis sind dadurch alle anderen Verletzungen der weiblichen Genitalien gemeint, die keinen therapeutischen Grund verfolgen²⁷ und weder einer Verstümmelung im eigentlichen Sinne noch einem Unbrauchbarmachen gleichkommen.²⁸ Beispiele sind Praktiken wie Einstechen, Durchbohren oder Einschneiden der Klitoris oder der Schamlippen, Verätzen oder

26 Vgl. auch BSK StGB I-NIGGLI/GERMANIER (Anm.17), Art. 124 N 40.

27 BSK StGB I-NIGGLI/GERMANIER (Anm.17), Art. 124 N 20.

28 HK StGB-GODENZI (Anm.25), Art. 124 N 2.

Dehnen der Klitoris sowie des umliegenden Gewebes.²⁹ Die Tatbestandsvariante entspricht demnach Typ IV der von der WHO definierten Verstümmelungsarten.³⁰ Da grundsätzlich alle schweren und dauerhaften Beeinträchtigungen von den ersten beiden Tatbestandsvarianten erfasst werden und Art. 124 Abs. 1 StGB wie einleitend ausgeführt auch Verletzungen der weiblichen Genitalien erfasst, die altrechtlich als einfache Körperverletzung zu qualifizieren waren, ist die Generalklausel vorwiegend auf einfachere Eingriffe anzuwenden.³¹

Zu klären bleibt, ob von der betroffenen Person erwünschte Eingriffe in die weiblichen Genitalien wie Genitalpiercings oder Schönheitsoperationen ebenfalls vom Tatbestand erfasst werden. Sie lassen sich grundsätzlich auch unter Typ IV der WHO-Verstümmelungsarten subsumieren.³² Entsprechend erachten sie der Gesetzgeber und gewisse Vertreter der Lehre als tatbestandsmässig,³³ während sie nach anderer Lehrmeinung vom Tatbestand nicht erfasst sein³⁴ oder durch eine teleologische Reduktion aus dem Anwendungsbereich des Tatbestands fallen sollen.³⁵ Tatsächlich können entsprechende Eingriffe nur dann aus dem Anwendungsbereich des Tatbestands fallen, wenn darauf abgestellt wird, dass die betroffene Person dadurch nicht in ihrer funktionierenden Sexualität eingeschränkt wird.³⁶ Eine solche Ausrichtung des Tatbestands auf eine funktionierende Sexualität – wie auch immer dies zu verstehen wäre – ist allerdings wie soeben gezeigt verfehlt und mit dem geschützten Rechtsgut von Art. 124 Abs. 1 StGB nicht vereinbar. Entsprechend ist für die Frage der Tatbestandsmässigkeit einzig relevant, ob der Eingriff in

29 BSK StGB I-NIGGLI/GERMANIER (Anm.17), Art. 124 N 22; HK StGB-GODENZI (Anm.25), Art. 124 N 2; vgl. auch MARCEL ALEXANDER NIGGLI / ANNE BERKEMEIER, Zur Frage der Strafbarkeit weiblicher Genitalverstümmelung gemäss den Typen I und IV: Rechtsgutachten, Zürich 2007, S. 5.

30 BSK StGB I-NIGGLI/GERMANIER (Anm.17), Art. 124 N 22.

31 Kommission für Rechtsfragen NR (Anm.10), 5669; teilweise wird auch das Erreichen der Intensität einer qualifizierten einfachen Körperverletzung gefordert, BSK StGB I-NIGGLI/GERMANIER (Anm.17), Art. 124 N 24.

32 Kommission für Rechtsfragen NR (Anm.10), 5669; WHO (Anm.1), S. 28.

33 Bundesrat (Anm.10), 5680; Kommission für Rechtsfragen NR (Anm.10), 5669; vgl. auch DONATSCH (Anm.17), S. 60; zumindest implizit ebenso OFK StGB-DONATSCH (Anm.12), Art. 124 N 4.

34 JOSITSCH/MURER MIKOLASEK (Anm.14), S. 1291; BSK StGB I-NIGGLI/GERMANIER (Anm.17), Art. 124 N 25; MARIANNE SCHWANDER, Bekämpfung von Gewalt: Umsetzung der Verpflichtungen in der Schweiz, in: Erika Schläppi / Silvia Ulrich / Judith Wyttenbach (Hrsg.), CEDAW, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau, Bern 2015, 1307-1324, S. 1318.

35 HK StGB-GODENZI (Anm.25), Art. 124 N 2; vgl. auch PK-GETH (Anm.23), Art. 124 N 3.

36 So BSK StGB I-NIGGLI/GERMANIER (Anm.17), Art. 124 N 25; vgl. auch JOSITSCH / MURER MIKOLASEK (Anm.14), S. 1291.

die weiblichen Genitalien mindestens eine mit einer einfachen Körperverletzung nach Art. 123 StGB vergleichbare Intensität hat. Hat also ein Eingriff in weibliche Genitalien zur Folge, dass zumindest eine gewisse Beeinträchtigung vorliegt und eine gewisse Heilungszeit notwendig ist,³⁷ so handelt es sich – sofern keine andere Tatbestandsvariante einschlägig ist – um eine Verletzung im Sinne der dritten Tatbestandsvariante. Dies bedeutet auch, dass jegliche diese untere Intensivitätsschwelle erreichende Verletzung der weiblichen Genitalverstümmelung vom Tatbestand erfasst ist. Ob der Eingriff medizinisch indiziert ist oder nicht, ist nicht relevant.³⁸ Die Straflosigkeit kann sich für erwünschte Eingriffe allerdings nach den Regeln der Einwilligung ergeben.³⁹

Durch diese Lösung lassen sich unsachgerechte Differenzierungen aufgrund des kulturellen Hintergrunds der Tat vermeiden. So ist insbesondere die Abgrenzung zwischen Schönheitsoperationen im weiblichen Genitalbereich und Formen der weiblichen Genitalverstümmelung teilweise kaum möglich.⁴⁰ Erfolgen Eingriffe wie Schönheitsoperationen (etwa die Entfernung von Teilen der äusseren Schamlippen) oder Genitalpiercings (also das Durchstechen von Genitalteilen mit einer Nadel) ohne Einwilligung der betroffenen Person und in anderem kulturellen Kontext, so würden sie wohl zweifelsohne als Genitalverstümmelung eingestuft werden.⁴¹ Der kulturelle Hintergrund darf für die strafrechtliche Einordnung eines Eingriffs allerdings nicht massgebend sein. Eine allfällige Straflosigkeit hat sich nach den allgemeinen Regeln des Strafrechts – insbesondere der Einwilligung – zu ergeben.

IV. Einwilligung

Die Einwilligung der betroffenen Person schliesst das Unrecht des tatbestandsmässigen Verhaltens aus.⁴² Massgeblich ist, dass die Einwilligung in

37 So die Anforderungen an eine einfache Körperverletzung nach Art. 123 StGB; statt vieler BSK StGB I-ROTH/BERKEMEIER (Anm. 17), Art. 123 N 4 f.

38 Entsprechendes gilt für die Einordnung von ärztlichen Heilangriffen als Körperverletzung; dazu AK StGB-EGE in: Damian Graf (Hrsg.), Annotierter Kommentar StGB, Bern 2020 (in Erscheinung) (zit. AK StGB-VERFASSEN*IN), vor Art. 122 N 6 f. m.w.H.

39 Dazu sogleich IV. 2. a).

40 Vgl. auch KEIM (Anm. 8), S. 51; BSK StGB I-NIGGLI/GERMANIER (Anm. 17), Art. 124 N 31.

41 Vgl. auch MARTINO MONA, Zum neuen Straftatbestand der Verstümmelung weiblicher Genitalien (VWG), in: Christina Hausammann / Walter Kälin (Hrsg.), Geschlechtergleichstellung im Migrationskontext: Bevormundung oder Emanzipation?, Juni 2014, 115-142, S. 135 ff.

42 BGE 121 IV 249, E. 4; BSK StGB I-NIGGLI/GÖHLICH (Anm. 17), vor Art. 14 N 7; GÜNTHER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., Bern 2011, § 10 N 3.

die Verletzung eines Rechtsguts erfolgt, welches ausschliesslich Individualinteressen schützt.⁴³ Damit eine Einwilligung wirksam ist, muss die betroffene Person eine Verfügungsbefugnis über das betroffene Rechtsgut innehaben.⁴⁴ Die Einwilligung muss zudem vor der Tat erteilt worden und die betroffene Person muss dabei einwilligungsfähig gewesen sein.⁴⁵ Sie muss sich über die Tragweite ihrer Einwilligung und der Handlungen, in die sie eingewilligt hat, im Klaren sein. Ausserdem dürfen keine Willensmängel bestehen; d.h., die Einwilligung muss ernsthaft, irrtumsfrei und freiwillig erfolgen.⁴⁶

1. Einwilligungsschranke bei schweren Körperverletzungen?

Da es sich bei der körperlichen Unversehrtheit um ein Individualrechtsgut handelt, kann grundsätzlich in eine Körperverletzung eingewilligt werden. Die herrschende Lehre postuliert jedoch eine Einwilligungsschranke bei der schweren Körperverletzung. Darin könne nur eingewilligt werden, wenn «die Hinnahme der Verletzung einem sittlichen, ethisch anerkannten Zweck dient»⁴⁷ oder einen medizinischen Zweck verfolgt.⁴⁸ Dieser Meinung ist nicht zu folgen. Die Differenzierung, ob etwas einen sittlich oder ethisch anerkannten Zweck verfolgt, ist «höchst wertungsanfällig»⁴⁹ und wirkt «merkwürdig paternalistisch»⁵⁰. Um der starken Stellung des Selbstbestimmungsrechts zu genügen, ist auf die Einwilligungsschranke zu verzichten. Entscheidend darf einzig sein, ob die verletzte Person eigenverantwortlich, im vollen Bewusstsein um die Konsequenzen und frei von Willensmängeln in die schwere Körperverletzung einwilligt.⁵¹

43 STRATENWERTH (Anm. 42), AT I, § 10 N 13.

44 KURT SEELMANN / CHRISTOPHER GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Basel 2016, N 120.

45 SEELMANN/GETH (Anm. 44), N 120.

46 SEELMANN/GETH (Anm. 44), N 120; HK StGB-WOHLERS (Anm. 25), Vor Art. 14 N 5 ff.

47 BSK StGB I-ROTH/BERKEMEIER (Anm. 17), vor Art. 122 N 21.

48 DONATSCH (Anm. 17), S. 56; PK-GETH (Anm. 23), Art. 124 N 3; BSK StGB I-NIGGLI/GERMANIER (Anm. 17), Art. 124 N 37.

49 AK StGB-EGE (Anm. 38), vor Art. 122 N 5; vgl. auch BSK StGB I-NIGGLI/GERMANIER (Anm. 17), Art. 124 N 38.

50 BSK StGB I-NIGGLI/GÖHLICH (Anm. 17), Vor Art. 14 N 28.

51 AK StGB-EGE (Anm. 38), vor Art. 122 N 5; im Ergebnis ebenso BSK StGB I-NIGGLI/GÖHLICH (Anm. 17), Vor Art. 14 N 28.

2. Einwilligung in die weibliche Genitalverstümmelung

a) Kann in Art. 124 Abs. 1 StGB eingewilligt werden?

Wie gezeigt, erfasst der Tatbestand der weiblichen Genitalverstümmelung sowohl Taterfolge, die der Intensität der schweren Körperverletzung nach Art. 122 StGB entsprechen, als auch solche mit der Intensität einer einfachen Körperverletzung.⁵² In Verstümmelungshandlungen, die bloss eine einfache Körperverletzung darstellen, kann nach den allgemeinen Regeln eingewilligt werden. Zumindest bei schwereren Tatfolgen müssten demgegenüber dieselben Voraussetzungen für eine Einwilligung wie bei einer schweren Körperverletzung gegeben sein und die Verletzung einen medizinisch oder ethisch gebotenen Zweck verfolgen.⁵³ Da ein solcher Zweck nur schwer denkbar ist, wird Art. 124 Abs. 1 StGB teilweise als nicht einwilligungsfähiger Tatbestand betrachtet, wobei entsprechende Autoren nicht zwischen einfachen und schweren Verletzungen unterscheiden.⁵⁴

Die Frage der Zulässigkeit einer Einwilligung in die weibliche Genitalverstümmelung verdeutlicht die zuvor besprochene Problematik der Wertungsanfälligkeit der Einwilligungsschranke bei schweren Körperverletzungen. So ist es beispielsweise in der westlichen Welt «sittlich» anerkannt, eine Schönheitsoperation im Genitalbereich vorzunehmen, während Beschneidungen, die sich von der Eingriffsintensität her teilweise kaum unterscheiden, als gänzlich verboten gelten. Entsprechend muss auch in diesem Kontext einzig entscheidend sein, ob die grundsätzlichen Voraussetzungen der Einwilligung gegeben sind, unabhängig davon, ob etwas als «medizinisch sinnvoll» oder «sittlich anerkannt» erachtet wird oder nicht. Mit anderen Worten muss freiwillig, eigenverantwortlich und in Kenntnis aller Konsequenzen in die weibliche Genitalverstümmelung eingewilligt werden können. Nur so lassen sich auch an dieser Stelle unsachgemässe Differenzierungen aufgrund des kulturellen Hintergrunds einer Handlung vermeiden. Ausserdem verhindert diese Lösung, dass die im Grenzfall oft nicht eindeutig vornehmbare Abgrenzung zwischen Genitalverstümmelungen, die einer einfachen respektive einer schweren Körperverletzung entsprechen, einen Einfluss auf die Einwilligungsfähigkeit hat. Auch vor diesem Hintergrund erscheint es sachgerechter, eine Einwilligung in eine Genitalverstümmelung grundsätzlich zuzulassen und in jedem Fall nach den allgemeinen Kriterien zu überprüfen. Nur so kann sich eine einheitliche Praxis bilden.

52 Dazu vorne III.

53 DONATSCH (Anm. 17), S. 59; BSK StGB I-NIGGLI/GERMANIER (Anm. 17), Art. 124 N 36.

54 TRECHSEL/SCHLAURI (Anm. 10), 15; JOSITSCH/MURER MIKOLASEK (Anm. 14), S. 1284 f.

Zu berücksichtigen ist, dass Handlungen, die klassischerweise als Genitalverstümmelung verstanden werden, in der Regel nicht an urteilsfähigen Personen vorgenommen werden. Die Verstümmelung wird meistens bei Kindern im Alter von 0 bis 15 Jahren vollzogen.⁵⁵ Da es sich bei der Genitalverstümmelung regelmässig um Eingriffe mit schweren irreparablen Folgen und erheblichen Risiken handelt, sind an die Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln, richtigerweise hohe Anforderungen zu stellen.⁵⁶ Dementsprechend dürfte den betroffenen Personen regelmässig die Urteilsfähigkeit fehlen und die Voraussetzung der Einwilligung somit nicht erfüllt sein.⁵⁷ Dies dürfte selbst bei älteren Personen der Fall sein, da sie meistens nicht über die Konsequenzen und Folgen aufgeklärt werden und somit die Tragweite der Entscheidung nicht erfassen können.⁵⁸

Wichtig ist, dass der soziokulturelle Hintergrund nicht dazu führen darf, dass einer betroffenen Person die Urteilsfähigkeit in Bezug auf die Genitalverstümmelung gänzlich abgesprochen wird. Ansonsten würde die unsachgemässe⁵⁹ Differenzierung nach soziokulturellen Kriterien hier erneut ins Spiel gebracht. Die Pauschalisierung, Afrikanerinnen können eine Genitalverstümmelung überhaupt nicht freibestimmt wollen, während Europäerinnen zweifelsfrei in intimchirurgische Eingriffe einwilligen können, führt zu einem «kulturell motivierte[n] diskriminierende[n] Paternalismus»⁶⁰, der eines freiheitlichen Rechtsstaats nicht würdig ist.⁶¹ Letztlich lassen sich für die Urteilsfähigkeit keine starren Kriterien festmachen. Sie ist grundsätzlich in jedem Einzelfall aufgrund einer möglichst umfassenden Abwägung zu prüfen.⁶²

b) Stellvertretende Einwilligung in weibliche Genitalverstümmelungen

Da die weibliche Genitalverstümmelung regelmässig an minderjährigen Personen vollzogen wird, stellt sich die Frage, ob deren Eltern stellvertretend für sie einwilligen können.⁶³ Eltern dürfen dabei nur im Rahmen ihrer

55 WHO (Anm.1), S.4.

56 Ebenso MONA (Anm.41), S.133.

57 BSK StGBI-NIGGLI/GERMANIER (Anm.17), Art.124 N 39; TRECHSEL/SCHLAURI (Anm.10), S.16.

58 BSK StGBI-NIGGLI/GERMANIER (Anm.17), Art.124 N 39; TRECHSEL/SCHLAURI (Anm.10), S.16.

59 Vgl. vorne III.3.

60 MONA (Anm.41), S.139.

61 Ebenso MONA (Anm.41), S.135ff. m.w.H.

62 MONA (Anm.41), S.133.

63 TRECHSEL/SCHLAURI (Anm.10), S.16.

gesetzlichen Obhutspflicht gemäss Art. 301 ff. ZGB stellvertretend für ihre Kinder einwilligen.⁶⁴ Diese Pflicht orientiert sich immer am Kindeswohl, durch welches die geistige, körperliche und sittliche Entwicklung des Kindes gefördert und geschützt werden soll (vgl. Art. 302 Abs. 2 ZGB). Die weibliche Genitalverstümmelung ist ein schwerwiegender Eingriff mit potenziell gravierenden Folgen für die psychische und physische Entwicklung eines Kindes. Sie entspricht klarerweise nicht dem Kindeswohl,⁶⁵ weshalb nicht stellvertretend in die weibliche Genitalverstümmelung eingewilligt werden kann.⁶⁶

Die Frage der stellvertretenden Einwilligung wird immer wieder bei geschlechtsvereindeutigen und geschlechtszuordnenden Eingriffen intersexueller Kinder diskutiert. Als intersexuell wird eine Person bezeichnet, die aufgrund der primären Geschlechtsorgane weder als männlich noch als weiblich eingestuft werden kann. Dies ist der Fall, wenn «die Entwicklung des chromosomalen, gonadalen und anatomischen Geschlechts atypisch verläuft und infolgedessen die geschlechtsdifferenzierenden Merkmale nicht übereinstimmend eindeutig männlich oder weiblich sind»⁶⁷. In der Regel fallen geschlechtszuweisende Operationen nicht unter Art. 124 StGB, da dieser nur weibliche Genitalien schützt und die Geschlechtszuordnung erst durch den Eingriff geschieht.⁶⁸ Ausserdem wurden in der medizinischen Praxis intersexuelle Kinder meist dem weiblichen Geschlecht zugeordnet, da die weiblichen Genitalien operativ leichter zu formen sind.⁶⁹ Trotzdem bestehen Parallelen zwischen einzelnen Elementen beider Phänomene.⁷⁰ So muss sich insbesondere auch der Eingriff bei einem intersexuellen Kind am Kindeswohl orientieren.⁷¹ Dabei ist nach heutigem Wissensstand anerkannt, dass solche Operationen irreversibel sind und schwere Auswirkungen auf das Leben der betroffenen Personen haben können.⁷² Entsprechend sind nur Eingriffe vorzunehmen, die effektiv aus medizinischer Sicht nötig sind, was

64 MONA (Anm. 41), S. 134.

65 TREHSEL/SCHLAURI (Anm. 10), S. 17; WERLEN (Anm. 13), Rz. 553.

66 Ebenso MONA (Anm. 41), S. 134 m.w.H.; WERLEN (Anm. 13), Rz. 308; vgl. auch KGer GR vom 8. Oktober 2013, ZK 13 42, Erw. II. 6.

67 Nationale Ethikkommission im Bereich Humanmedizin (NEK), Der Umgang mit Varianten der Geschlechtsentwicklung, Stellungnahme Nr. 20/2012, Bern 2012, S. 8.

68 BARBARA PFISTER PILLER, Kinderschutz in der Medizin, Zürich 2016, S. 289; MELANIE STUDER/EYLEM COPUR, Selbstbestimmte Geschlechtsidentität, in: Tarek Naguib et al. (Hrsg.), Diskriminierungsrecht, Bern 2014, 53–80, S. 65.

69 NEK (Anm. 67), S. 8; vgl. auch PILLER (Anm. 68), S. 293; BIRGIT-MICHEL REITER, «It's easier to make a hole than to build a pole».

70 WERLEN (Anm. 13), Rz. 311.

71 NEK (Anm. 67), S. 14.

72 NEK (Anm. 67), S. 5.

auf die Mehrheit der Eingriffe nicht zutrifft.⁷³ Bei nicht dringenden Eingriffen ist die Urteilsfähigkeit der betroffenen Person abzuwarten.⁷⁴ Eine Straflosgigkeit entsprechender Eingriffe die stellvertretende Einwilligung der Eltern ist nicht möglich.⁷⁵

V. Résumé

Der vorliegende Beitrag zeigte auf, dass es sich bei der weiblichen Genitalverstümmelung um Eingriffe in die körperliche Integrität der betroffenen Person handelt, die der Intensität der schweren respektive der einfachen Körperverletzung entsprechen. Es sollte bei Art.124 StGB nicht darum gehen, *die* natürliche Funktion der weiblichen Genitalien zu schützen, da es eine solche u.E. gar nicht gibt. Vielmehr sollte Art.124 StGB als Tatbestand angesehen werden, der primär die körperliche Integrität von Menschen mit weiblichen Genitalien schützt, indem er die besondere Verletzlichkeit entsprechender Personen berücksichtigt und die weiblichen Genitalien als spezifisches Angriffsobjekt erfasst.

Bei der Schaffung des Tatbestands hatte der Gesetzgeber ein klares Bild vor Augen, welche Verhaltensweisen erfasst sein sollen: die wehrlosen afrikanischen Mädchen, die aufgrund von barbarischen Traditionen im Intimbereich verletzt werden.⁷⁶ Der vorliegende Beitrag zeigt jedoch, dass der geschaffene Tatbestand eben nicht nur diesen spezifischen Fall erfasst, da der kulturelle Hintergrund der Tat keinen Einfluss auf deren strafrechtliche Einordnung haben darf. Strafrecht stellt generell-abstrakte Verbote auf, die grundsätzlich auf jede Person anzuwenden sind, die eine entsprechende Verhaltensweise ausführt.⁷⁷ Eine unterschiedliche Behandlung von «Anderen» bzw. «Fremden» kann und darf damit nicht erreicht werden.⁷⁸

73 STUDER/COPUR (Anm.68), S.65.

74 NEK (Anm.67), S.14.

75 Vgl. auch KURT AFFOLTER/ URS VOGEL, Die elterliche Sorge/ der Kinderschutz, Art.296-317ZGB – Das Kindesvermögen, Art.318-327ZGB – Minderjährige unter Vormundschaft, Art.327a-327cZGB, Berner Kommentar, Bern 2016, Art.304 N 36 m.w.H.

76 Exemplarisch die Aussage des ehemaligen Nationalrats LUTZI STAMM: „[...] es sei die Praxis gemeint, die von Somalia bis Senegal herrsche“, vgl. Wortprotokoll STAMM, AB 2010 N 2139.

77 Eine Ausnahme gilt für Sonderdelikte, die eine besondere Tätereigenschaft voraussetzen; dies hat aber mit dem kulturellen Kontext der Tat nichts zu tun.

78 Vgl. ANNA CONINX, Das Strafparadigma der Gegenwart: Was bedeutet das alles, und wohin führt es?, recht 2019, 25-32, S.29, die diese Problematik am Beispiel der auf «Balkan-Raser» zielenden Raserdelikte behandelt.

Allerdings besteht im vorliegenden Kontext eine saubere dogmatische Lösung, um auf das Problem zu reagieren. In den Tatbestand von Art.124 Abs.1 StGB muss umfassend nach den allgemeinen Regeln eingewilligt werden können. Dies ermöglicht, dass gewünschte Eingriffe in die weiblichen Genitalien – wie Schönheitsoperationen und Piercings – straffrei vorgenommen werden können. Im Ergebnis wird so der selbstbestimmte Umgang mit dem eigenen Körper geschützt und gleichzeitig eine wirksame Bekämpfung der weiblichen Genitalverstümmelung ermöglicht. Entscheidend ist dabei, dass Personen aus anderen kulturellen Kontexten die Möglichkeit, vernunftgemässe Entscheidungen zu fällen, nicht pauschalisierend abgesprochen werden darf. Ansonsten werden unsachgemäss unterschiedliche Massstäbe angelegt und die Gesetzgebung und damit letztlich der schweizerische Rechtsstaat müssen sich den Vorwurf der Doppelmoral⁷⁹ gefallen lassen.

79 Vgl. auch MONA (Anm.41), S.135 ff.

Teil 3:

**Gleichheit
zwischen
Individuen**

Ada Sofie Altobelli / Anna Karczewski

Patentanmeldung – (Un-)Gleichberechtigung natürlicher und künstlicher Intelligenz?

I. Einleitung	134
II. Die Künstliche Intelligenz (KI)	135
III. KI als Erfinderin – die zurückgewiesene Patentanmeldung durch das EPA	135
IV. Die Patentanmeldung	136
V. Der/die Erfinder*in und die Erfindernennung	136
1. Die Erfindernennung als Voraussetzung der Patentanmeldung	136
2. Hintergrund	138
VI. Gleichberechtigung von KI und natürlicher Intelligenz?	139
1. Aktuelle Situation	139
2. Revision des Patentgesetzes	140
3. Rechtfertigung einer Gleichberechtigung?	140
a) Wettbewerbsbeschränkende Wirkung	140
b) Berücksichtigung der Erfinderehre	141
c) Gesamtbetrachtung des Patentrechts	142
VII. Schlussbemerkung	144

I. Einleitung

Das EPA¹ wies in zwei kürzlich veröffentlichten Entscheiden europäische Patentanmeldungen zurück. Grund dafür war, dass die Erfindungen durch Künstliche Intelligenz (folgend KI) entstanden sind und die KI-Maschine als Erfinderin betitelt wurde. Gegenwärtig besteht immer mehr Bedarf nach rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzungen in Bezug auf Fragestellungen, die KI aufwirft.² Der vorliegende Beitrag befasst sich – angesichts des EPA-Entscheids – mit dem Immaterialgüterrecht und untersucht die Frage, ob im Rahmen von Patentanmeldungen nach schweizerischem Recht die KI mit natürlichen Personen gleichgestellt werden sollte.

Scheint die Frage für eine rein akademisch, hat sie dennoch eine nicht zu unterschätzende Wichtigkeit für die Wirtschaft, wo das enorme Innovationspotenzial von KI erkannt wurde und KI bereits seit langem genutzt wird. Für Unternehmen würde es weltweit eine grosse Veränderung bedeuten, eine KI-Maschinen als Erfinderin bezeichnen und folglich von KI getätigte Erfindungen patentieren lassen zu können.

Vor diesem Hintergrund werden zunächst die KI beschrieben (II.), der Sachverhalt der vom EPA zurückgewiesenen Patentanmeldung erläutert (III.), die Voraussetzungen für eine (schweizerische) Patentanmeldung aufgezeigt (IV.) und auf die Erfindung und insbesondere auf das Recht der Erfindernennung eingegangen (V.) Schliesslich wird für die Beantwortung der Frage, ob KI mit natürlicher Intelligenz gleichgestellt werden sollte, die aktuelle Situation dargelegt (VI.1) sowie werden Argumente für und gegen eine Gleichberechtigung gezeigt (VI.3). Der Beitrag endet mit einer Schlussbemerkung (VII.).

1 Das Europäische Patentamt hat seinen Hauptsitz in München und wurde 1973 gegründet. Derzeitiger Präsident ist Antonio Campinos. Amtssprachen beim Europäischen Patentamt sind Deutsch, Englisch und Französisch.

2 So bspw. TIM DORNIS, Der Schutz künstlicher Kreativität im Immaterialgüterrecht, GRUR 2019, 1252–1264, S.1252 ff.; MAXIMILIAN HERBERGER, «Künstliche Intelligenz» und Recht – Ein Orientierungsversuch, NJW 2018, 2825–2829, S.2825 ff.; BERNHARD JAKL, Das Recht der Künstlichen Intelligenz, Möglichkeiten und Grenzen zivilrechtlicher Regulierung, MMR 2019, 711–715, S.711 ff.; STEPHAN SCHINDLER, Künstliche Intelligenz und (Datenschutz-)Recht, ZD-Aktuell 2019, 06647.

II. Die Künstliche Intelligenz (KI)

Eine universal geltende Definition der KI, oftmals auch Artificial Intelligence (AI) genannt, ist schwer zu finden. Der Begriff der KI wird stets weit definiert, namentlich als ein Konzept, welches automatisierte Informatikprozesse umfasst, bei welchen Daten, Algorithmen und Rechenleistung statt von Menschen von Maschinen kombiniert werden.³ Die KI-Maschine kann dabei mehr Informationen liefern, empfangen und verarbeiten, als ein menschliches Gehirn je in der Lage wäre, da sie unlimitiert reagieren, selbständig lernen und sich weiterentwickeln kann. Sie ist namentlich auch fähig, Erfindungen zu tätigen, so insbesondere neue Software bzw. Programme, welche potentiell patentfähig sind. KI wird mittlerweile in allen Lebensbereichen benutzt und die diesbezüglichen technischen Fortschritte schreiten immer weiter voran.⁴

III. KI als Erfinderin – die zurückgewiesene Patentanmeldung durch das EPA⁵

Ende 2018 erhielt das EPA zwei aus dem Vereinigten Königreich weitergeleitete Patentanmeldungen.⁶ Beiden Anmeldungen war kein/e Erfinder*in zu entnehmen. Nach Aufforderung des EPA, den/die Erfinder*in zu benennen, da ansonsten die Patentanmeldung abgewiesen werden müsse, bezeichnete der Anmelder im dafür vorgesehenen Formular die KI-Maschine «DABUS» als Erfinderin des angemeldeten Patents. DABUS sollte die Erfindung gemacht und die Neuheit der Idee noch vor einer natürlichen Person erkannt haben. Gemäss Argumentation des Anmelders sollte DABUS als Erfinderin und der Anmelder, dem die Maschine gehört, als Rechtsnachfolger der von DABUS kreierten Immaterialgüterrechte anerkannt werden. Das EPA erwiderte hingegen, dass mit der Nennung der Maschine DABUS die Voraussetzungen von Art. 81 und Regel 19 (1) EPÜ nicht erfüllt seien, da insbesondere der vollständige Name einer natürlichen Erfinderpersion genannt werden müsse.

3 Europäische Kommission, Weissbuch, Zur Künstlichen Intelligenz – ein europäisches Konzept für Exzellenz und Vertrauen, COM(2020) 65 final, 19. Februar 2020, S. 2.

4 So etwa im Bereich der Landwirtschaft, der Gesundheitsversorgung, des Verkehrs, der Güterfertigung oder der Energie (vgl. Europäische Kommission, Künstliche Intelligenz – Exzellenz und Vertrauen).

5 EP 18 275 163 bzw. EP 18 275 174, 27. Januar 2020.

6 EP 18 275 163 bzw. EP 18 275 174, 27. Januar 2020.

IV. Die Patentanmeldung⁷

Das Prozedere der Patentanmeldung ist weltweit weitestgehend vereinheitlicht.⁸ So muss, wer ein schweizerisches Patent erhalten will, bei der zuständigen Behörde, dem IGE, ein Gesuch mit Antrag auf Patenterteilung, den Patentansprüchen, einer Beschreibung der Erfindung sowie allenfalls einer Zeichnung und einer Zusammenfassung einreichen, sodass die Erfindung in der Patentanmeldung offenbart wird (Art. 49 ff. PatG; Art. 23 ff. PatV). Ausserdem muss der/die Erfinder*in identifizierbar sein.

V. Der/die Erfinder*in und die Erfindernennung

1. Die Erfindernennung als Voraussetzung der Patentanmeldung

Unabdinglicher Bestandteil der Patentanmeldung ist unterdessen die Erfindernennung (Art. 5 Abs. 1 PatG i.V.m. Art. 34 ff. PatV). Der/die Erfinder*in ist nach Art. 3 PatG sowie – soweit ersichtlich – gemäss jeglichen nationalen Rechtssystemen eine natürliche Person oder eine Gruppe von natürlichen Personen.⁹ Da das schweizerische Patentrecht – ebenso wie bspw. das europäische Recht – dem Erfinderprinzip folgt,¹⁰ muss der/die Erfinder*in genannt werden, sofern es nicht der/die Anmelder*in selbst und mithin generell wenn der/die Anmelder*in eine juristische Person ist.¹¹ Die Erfindernennung wird nach Eingang des Gesuchs im Rahmen der Formalprüfung vom IGE geprüft (Art. 47 PatV). Unterbleibt die Erfindernennung, kann sie innert 16 Monaten nachgereicht werden, andernfalls wird die Patentanmeldung zurückgewiesen (Art. 35 Abs. 2 PatG).

7 Vgl. hierzu ausführlich SHK PatG-SUTTER/HOCHREUTENER, in: Mark Schweizer / Herbert Zech (Hrsg.), Patentgesetz PatG, Bundesgesetz über die Erfindungspatente vom 25. Juni 1954 (PatG), Stämpflis Handkommentar, 1. Auflage, Bern 2019 (zit. SHK-VERFASSER), Art. 49 ff.

8 Vgl. hierzu ausführlich MARIO PEDRAZZINI / CHRISTIAN HILTI, Europäisches und schweizerisches Patent- und Patentprozessrecht (unter Berücksichtigung des EPÜ 2000, der Patentgesetzrevision 2007/2008 sowie der reorganisierten Bundesrechtspflege), 3. Auflage, Bern 2008, S. 227 ff.

9 FÁBIÁN behauptet hingegen, dass von KI-Maschinen gemachte Erfindungen bereits patentiert werden können, LUCA E. FÁBIÁN, Schutzfähigkeit und Schutzbedürfnis KI-generierter Erfindungen. Zum Umgang des Patentrechts mit künstlich intelligenten Erfindern, in: Alexandra Dal Molin-Kränzlin / Anne Mirjam Schneuwly / Jasna Stojanovic (Hrsg.), Digitalisierung – Gesellschaft – Recht, Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich (APARIUZ), Zürich/St. Gallen 2019, S. 285 m.w.H.

10 S. auch V.2. unten; SHK PatG-BREMI, Art. 5 PatG N 7.

11 SHK-BREMI (Anm. 2), Art. 5 PatG N 17.

Im Rahmen der Erfindernennung sind der vollständige Name sowie der Wohnsitz des/der Erfinder(s)*in anzugeben. Diese schlanke Regelung besteht erst seit dem 1. Juli 2008, davor musste zusätzlich eine Erklärung des Patentbewerbers eingereicht werden, dass seines Wissens keine weiteren Personen an der Erfindung beteiligt sind, sowie, falls der Patentbewerber nicht oder nicht alleine der/die Erfinder*in ist, eine Erklärung darüber, wie das Recht auf das Patent erworben wurde.¹²

Der/die Erfinder*in ist von Amtes wegen im Patentregister sowie in der Veröffentlichung des Patentgesuchs¹³ als auch in der Patenterteilung und der Patentschrift zu nennen (Art. 5 Abs. 2 PatG). Zusätzliche Erfinder*innen können ohne Weiteres hinzugefügt werden, wohingegen eine falsche Erfindernennung nur unter Zustimmung des/der zu streichenden Erfinder(s)*in berichtigt werden kann (Art. 37 PatV). Das Recht auf Erfindernennung kann, anders als die weiteren aus dem Patent fließenden Rechte, wegen der persönlichkeitsrechtlichen Komponente nicht übertragen werden.¹⁴

Interessant im Rahmen der vorliegenden Untersuchung ist, dass es dem IGE ausdrücklich verboten ist, zu untersuchen, ob die Auskunft des Patentanmelders über die Person des/der Erfinder(s)*in korrekt ist. Stattdessen müssen sowohl das IGE selbst als auch Dritte im Rahmen eines Verfahrens vor dem Institut bis zum Beweis des Gegenteils annehmen, die Angaben des Patentanmelders seien richtig.¹⁵ Ein solcher Beweis ist jedoch mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden.¹⁶

Des Weiteren ist unter vorliegendem Hintergrund beachtenswert, dass aus der Erfindernennung einzig die Vermutung gezogen wird, der/die hier genannte Erfinder*in sei eine/r der Erfinder*innen, jedoch nicht, dass diese/r der/die einzige Erfinder*in ist.¹⁷

Im Rahmen der europäischen Patentanmeldung vor dem EPA ist neben der Erfindernennung anzugeben, wie der/die Anmelder*in das Recht auf das Patent erlangt hat. Hierfür sind keine Nachweise zu erbringen und auch

12 SHK-BREMI (Anm. 2), Art. 5 PatG N 25; vgl. auch IGE, Erläuterungen zu den Änderungen der Patentverordnung vom 7. Dezember 2007, S. 6; Vollständigkeitshalber sei erwähnt, dass im März 2019 Ständerat Thomas Hefti die Motion «Für ein zeitgemäßes Schweizer Patent» (Nr. 19.3228) eingereicht hat. Der Bundesrat hat an seiner Sitzung vom 14.10.2020 die Vernehmlassung zur Teilrevision des Patentgesetzes eröffnet. Sie dauert bis zum 1.2.2021.

13 Respektive gemäss dem Vorentwurf zum Patentgesetz siehe neu Art. 5 Abs. 2: «*Patent-anmeldung*».

14 PEDRAZZINI/HILTI (Anm. 5), S. 209 f.

15 BBI 1950 I 973 ff., 1009; SHK-BREMI (Anm. 2), Art. 5 PatG N 5.

16 SHK-BREMI (Anm. 2), Art. 29 PatG N 12; siehe hierzu auch de

17 BPatGer, O2015_009, 21. März 2018, E. 5.2; BGer, 4A_227/2018.

auf europäischer Ebene darf das Amt diesen Rechtsübergang nicht hinterfragen.¹⁸ Rechtsgrundlage ist die Regel 19 f. AO EPÜ, wonach der/die Erfinder*in in der Offenlegungsschrift sowie in der Patentschrift zu nennen ist. Gemäss Art. 127 EPÜ i.V.m. Regel 143 (1) AO EPÜ wird der/die genannte Erfinder*in im europäischen Patentregister aufgeführt.

Wie soeben dargelegt, ist die Erfindernennung eine durch den Anmeldenden zu erfüllende Voraussetzung. Eine Nichterfüllung dieser Voraussetzung führt zur Zurückweisung der Patentanmeldung (Art. 35 Abs. 3 PatV) und ist als solche für die administrative Führung der Anmeldeverfahren wichtig.¹⁹

2. Hintergrund

Bereits die Londoner Fassung der Pariser Verbandsübereinkunft von 1934 hielt fest: «L'inventeur a le droit d'être mentionné comme tel dans le brevet.»²⁰ Denn der Ausgangspunkt des Patentrechts ist einerseits die Erfindung, welche das Ergebnis eines geistigen Schöpfungsprozesses ist, sowie andererseits das Konzept, dass das Patent primär dem/der Erfinder*in gehört. Folglich soll die Erfinderin als natürliche Person neben den vermögensrechtlichen Aspekten des Patentrechts auch das Erfinderpersönlichkeitsrecht – die Erfinderehre – beanspruchen können, die ihn für sein intellektuelles Werk rühmt. Das persönlichkeitsrechtliche Element ist das Recht auf Erfindernennung.²¹ Der/die Erfinder*in kann positiv die Anerkennung seiner Eigenschaft gegenüber Dritten durchsetzen (Art. 5 PatG) und negativ die Anmassung dieser Eigenschaft durch Dritte verbieten. Hierzu kann der/die Erfinder*in auf Feststellung seiner/ihrer Erfindereigenschaft und Abtretung der Anmeldung oder, falls das Patent schon erteilt ist, auf Abtretung bzw. wegen mangelnder Berechtigung auf Nichtigkeit des Patents klagen (Art. 29 ff. PatG; Art. 74 Abs. 1 Ziff. 6 PatG).²² Ergänzend stehen ihm die Ansprüche aus Art. 28 ZGB zu.

Wichtig war und ist das Erfindernennungsrecht insbesondere für den/die im Angestelltenverhältnis tätigen Erfinder*in.²³ Weitere Rechte werden

18 TESCHEMACHER, in: DIETER STAUDER / STEFAN LUGINBÜHL (Hrsg.), Europäisches Patentübereinkommen, 8. Aufl., Köln 2019, Art. 81 N 18; TOBIAS BREMI, A NEW APPROACH TO PRIORITY ENTITLEMENT: TIME FOR ANOTHER RESOLVING EPO DECISION?, GRUR Int. 2018, S. 128 ff.; diesen folgend SHK-BREMI (Anm. 2), Art. 5 PatG N 14.

19 SHK-BREMI (Anm. 2), Art. 5 PatG N 9.

20 Heute in Art. 4ter PVÜ.

21 SHK-BREMI (Anm. 2), Art. 5 PatG N 11.

22 BPatGer, Urteil 02015_018 vom 15. Juni 2018, E. 13; SHK-BREMI (Anm. 2), Art. 29 PatG N 9 f.

23 SHK-BREMI (Anm. 2) Art. 5 PatG N 5; BBI 1950 I 973 ff., 1009.

dem/der Erfinder*in – anders als beispielsweise dem/der Urheber*in das Entscheidungsrecht über die erstmalige Veröffentlichung (vgl. Art. 9 Abs. 1 URG) oder das Recht auf Wahrung der Werkintegrität (vgl. Art. 11 URG) – jedoch nicht zugestanden.²⁴

Das Erfindernennungsrecht ist von der Ausübung des Rechts auf das Patent und am Patent unabhängig.²⁵ Folglich hat der/die Erfinder*in zwar das Recht auf Nennung, jedoch weder vermögensmässige noch weitere Rechte. Ihm/ihr kann zudem keine besondere Stellung zugesprochen werden, da lediglich vermutet wird, dass er/sie ein*e Erfinder*in ist, jedoch stets ungewiss bleibt, ob die Schöpfung einzig durch den/die genannte(n) Erfinder*in erfolgte. Da also keine weiteren und insbesondere keine vermögensrechtlichen Rechte aus der Erfindernennung fliessen und Zivilprozesse aufwendig und kostenintensiv sind, sind Feststellungsklagen i.S.v. Art. 74 Abs. 1 Nr. 6 PatG kaum von praktischer Bedeutung.²⁶

Das Erfinderpersönlichkeitsrecht umfasst zudem nicht nur das Recht des/der Erfinder(s)*in, genannt zu werden, sondern auch das Gegenteil, nämlich auf die Nennung verzichten zu können. Allerdings ist ein im Voraus erklärter Verzicht nach Schweizer Recht unwirksam (Art. 6 PatG).

VI. Gleichberechtigung von KI und natürlicher Intelligenz?

1. Aktuelle Situation

Wie oben ausgeführt (V.1), ist die Bezeichnung einer natürlichen Person als Erfinderin gegenwärtig unabdingbare Voraussetzung dafür, ein Patent zur Registrierung anzumelden. Dies hat zur Folge, dass eine KI-Maschine de lege lata keine Erfinderin sein kann. Nach geltendem Recht steht immer eine natürliche Person als Erfinderin hinter einem Patent. In der Praxis wird dies unterschiedlich gehandhabt. So wird im Rahmen der Patentanmeldung statt der KI-Maschine jene natürliche Person als Erfinderin genannt, die dieser

24 THIERRY CALAME, Die Berechtigung an der Erfindung, in: Roland von Büren/Lucas David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR), Band IV, Patentrecht und Know-how, unter Einschluss von Gentechnik, Software und Sortenschutz, Basel 2006, 171-208, S.174; dem folgend SHK-BREMI (Anm. 2), Art. 5 PatG N7; a.M. EUGEN MARBACH, Rechtsgemeinschaften an Immaterialgütern, Bern 1987, S.61.

25 PEDRAZZINI/HILTI (Anm. 5), S.224.

26 SHK-BREMI (Anm. 2), Art. 5 PatG N11.

Informationen bzw. Daten übermittelt hat, für sie verantwortlich ist, ihr/e Hersteller*in bzw. Besitzer*in ist bzw. das durch die KI generierte Ergebnis zuerst zur Kenntnis nimmt und als Erfindung erkennt.²⁷

2. Revision des Patentgesetzes²⁸

Das schweizerische Patentgesetz stammt aus dem Jahre 1954. Für seine Verfasser war es damals vermutlich undenkbar, dass Computer jemals in der Lage sein würden, patentfähige Erfindungen hervorzubringen. Insofern erstaunt es nicht, dass ein Patent gegenwärtig nur unter Bezeichnung einer natürlichen Person als Erfinderin angemeldet werden kann. Folglich müssten das schweizerische Patentgesetz sowie das Gros der nationalen Patentgesetze weltweit geändert werden, um KI als Erfinderin rechtlich zu akzeptieren und die von ihr geschaffenen Erfindungen patentierbar zu machen.

3. Rechtfertigung einer Gleichberechtigung?

Wie der Rechtsstreit vor dem EPA bzgl. der Anerkennung von DABUS als Erfinderin gezeigt hat, gehen die Meinungen über die Patentierbarkeit von durch KI generierten Erfindungen, und damit über eine Gleichstellung von natürlicher und künstlicher Intelligenz im Rahmen des Patentrechts, auseinander.²⁹ Im Folgenden werden deshalb sowohl Argumente dafür als auch dagegen aufgeführt.

a) Wettbewerbsbeschränkende Wirkung

Zunächst kann die Meinung vertreten werden, dass KI als Erfinderin zu berücksichtigen, dem Sinn und Zweck des Patentrechts entspreche. Die KI als Erfinderin zu deuten, schaffe Anreize für die Erfindertätigkeit, decke

27 So auch im Rahmen von sog. Computererfindungen, bei denen durch einen Computer hervorgebrachte Ergebnisse durch menschliche Geistestätigkeit als die Lösung eines technischen Problems erkannt werden, vgl. RUDOLF KRASSER / CHRISTOPH ANN, Patentrecht: Lehrbuch zum deutschen und europäischen Patentrecht und Gebrauchsmusterrecht, 7. Aufl., München 2016, §19 N 7.

28 Die Vernehmlassung zur Teilrevision des Patentgesetzes, welche mit der Sitzung vom 14.10.2020 durch den Bundesrat eröffnet wurde, dauert bis zum 1.2.2021. Der Vorentwurf schlägt zwei zentrale Massnahmen vor: Eine Vollprüfung für Patentanmeldungen soll eingeführt werden und als Alternative und zur Ergänzung neben dem vorgeprüften Patent soll ein ungeprüftes Gebrauchsmuster mit reduzierter Schutzdauer eingeführt werden. Auf die künstliche Intelligenz wird soweit ersichtlich nicht eingegangen. Vielmehr wird eine Annäherung ans europäische Recht angestrebt.

29 Vgl. auch die Kommentare zum Blogbeitrag Kluwer Patent Blog, «EPO: a machine cannot be an inventor».

Erfindungen auf, mache sie der Öffentlichkeit zugänglich und bewirke einen Fortschritt durch die Kommerzialisierung.³⁰ Durch Berücksichtigung der KI als Erfinderin könnten allein aufgrund der technischen Kapazität von KI mehr Erfindungen entwickelt werden, was sowohl im Interesse der Wirtschaft sei, die von deren Ökonomisierung sowie Offenbarung profitieren würde, als auch im Interesse der Öffentlichkeit im Sinne des allgemeinen Fortschritts liege. Dies gäbe auch weiterhin Anlass, in KI-Systeme zu investieren, da ihnen ein neuer Marktwert zukäme.

Hierauf ist jedoch zu erwidern, dass Immaterialgüterrechte nicht nur wettbewerbsfördernde, sondern auch eine nicht zu unterschätzende wettbewerbsbeschränkende Wirkung haben, sodass eine Schutzbedürftigkeit der von KI generierten Erfindungen nicht leichthin bejaht werden darf.

b) Berücksichtigung der Erfinderehre

Von den Befürworter(n)*innen der Anerkennung und Berücksichtigung von KI als Erfinderin wird sodann argumentiert, dass die Voraussetzung der Erfindernennung mit Bezeichnung des Vor- sowie Nachnamens einer Vielzahl von Personen das Recht einbringt, als Erfinderin genannt zu werden.³¹ Weiter wird argumentiert, dass Hintergrund der Pflicht und des Rechts auf Erfindernennung einzig die Möglichkeit der Identifikation des/der Erfinder(s)*in sei.³² Dies sei durch die Bezeichnung der KI als Erfinderin nicht ausgeschlossen. Geht es einzig um die Identifizierung des/der «wahren» Erfinder(s)*in, könne hier problemlos die Maschine genannt werden. Hiervon ausgehend könne sodann auch die dahinterstehende natürliche Person ermittelt werden. Ausserdem könne eine lediglich prozessuale Bedingung nicht einen materiellen Ausschluss von der Patentierbarkeit von durch KI hervorgebrachten Erfindungen bedeuten.³³ Des Weiteren würde eine Berücksichtigung von KI als Erfinderin den Schutz der Erfinderehre erleichtern und die Arbeit der KI-Schöpfer anerkennen.³⁴ Da auch Geistesblitze und Zufallserfindungen patentierbar sind, denen der Patentschutz ebenfalls unabhängig von subjektiven Mühen und der Entstehungsweise verliehen wird,³⁵ bestehe im Vergleich zu von KI generierten Erfindungen kein grosser Unterschied. Schliesslich könne alleine die Tatsache, dass KI-Maschinen keine Eigentumsrechte oder Rechte,

30 EP 18 275 174.3, Entscheidungsgründe Annex, S.1 N 5.

31 EP 18 275 174.3, Entscheidungsgründe Annex, S.2 N 11.

32 EP 18 275 174.3, Entscheidungsgründe Annex, S.2 N 11.

33 EP 18 275 174.3, Entscheidungsgründe Annex, S.2 N 11.

34 EP 18 275 174.3, Entscheidungsgründe Annex, S.1 N 5.

35 PEDRAZZINI/HILTI (Anm. 5), S.204.

die aus der Erfindereigenschaft fliessen, besitzen, nicht bedeuten, dass KI als Erfinderin nicht anerkannt werden kann.³⁶ Dieses Argument wird mit dem Umstand unterstrichen, dass die Berechtigung am Patent selbst übertragbar ist (Art. 33 PatG).

Dieser Argumentationsstrang vernachlässigt jedoch die Erfinderehre. Unter Berücksichtigung dieser ist es nämlich stossend, dass die KI – im Gegensatz zu Menschen – nicht fähig ist, Entscheidungen auf der Grundlage ethischer oder moralischer Überlegungen zu treffen, und eine Gleichberechtigung von natürlicher mit künstlicher Intelligenz keine Wertschätzung des Erfinderpersönlichkeitsrechts mehr wäre.³⁷

c) Gesamtbetrachtung des Patentrechts

Weitere Befürworter*innen davon, die KI als Erfinderin zu berücksichtigen, stützen sich auf den Fortschritt. Sie sind der Auffassung, dass es infolge (Fort-)Entwicklung an der Zeit sei, die seit Jahrzehnten unveränderte Definition der Erfindung an die «revolutionäre Entwicklung insbesondere der Informations- und Biotechnologie»³⁸ anzupassen, die «technisch bedingten Akzentverschiebungen»³⁹ zu berücksichtigen und KI als unmittelbare Erfinderin zu akzeptieren.⁴⁰ Ein praktisches Bedürfnis daran, KI als Erfinderin anzuerkennen und ihre Erfindungen patentierbar zu machen, könnten auch die Entscheide des EPA bezeugen. Folglich könnte von den Unterstützern argumentiert werden, dass mit einer Gesetzesrevision das Recht aktualisiert werden könnte und nicht mehr umgangen werden müsste.

Andere Unterstützer*innen der Berücksichtigung von KI als Erfinderin sehen sodann nicht einmal die Notwendigkeit einer Gesetzesrevision, sondern vertreten im Rahmen der Gesetzesanalyse und -auslegung die Meinung, dass der im Gesetz verwendete Begriff «Erfinder» einzig die schlichte Bezeichnung für eine «erfindende Entität» sei, und nicht dazu führen könne, dass ausschliesslich menschliche Erfinder zulässig sind.⁴¹ KI-Systeme seien sodann nah an der mit dem Wort «Erfinder» verbundenen Assoziation eines kreativen, schöpferischen Wesens.⁴²

36 EP 18 275 174.3, Entscheidungsgründe Annex, S.2 N13.

37 Vgl. SHK-BREMI (Anm. 2), Art. 5 PatG N 17 m.w.H. im Zusammenhang mit der Bezeichnung eines Betriebs als Erfinder.

38 PEDRAZZINI/HILTI (Anm. 5), S.83.

39 PEDRAZZINI/HILTI (Anm. 5), S.83.

40 FÁBIÁN (Anm. 6), S.292.

41 FÁBIÁN (Anm. 6), S.293.

42 FÁBIÁN (Anm. 6), S.293.

Sodann wird bestritten, dass die (europäische) Rechtsordnung ausdrücklich eine natürliche Person als Erfinderin voraussetze, weshalb im Umkehrschluss nichts gegen KI als Erfinderin spreche.⁴³

Gegen die vorstehend aufgeführten Argumente für eine Berücksichtigung der KI als Erfinderin ist anzuführen, dass sich eine solche Anerkennung nicht *de lege lata* herleiten lässt, sondern gar sowohl gegen das geltende nationale als auch internationale Recht verstösst. Einerseits ist eine Erfindung definitionsgemäss eine geistige Schöpfung,⁴⁴ weshalb ein von KI hervorgebrachtes Ergebnis gar nicht erst eine Erfindung im eigentlichen Sinn sein kann. Eine Gleichberechtigung bedürfte also jedenfalls einer Revision des Patentgesetzes, was sowohl zeit- als auch arbeitsaufwendig ist. Mit einer Gesetzesrevision würde jedoch das *Telos* des Patentrechts, den geistigen Schöpfungsprozess des Menschen zu belohnen, missachtet werden, da dies bei einer von KI generierten Erfindung ausser Betracht fällt. Auch gibt es kein nationales Recht, welches einer Sache, der KI oder einer Maschine Erfinderrechte zubilligt. Stattdessen wird stets die Rechtsfähigkeit des/der Erfinder(s)*in vorausgesetzt. Denn nach systematisch-grammatikalischer Auslegung von Art. 5 Abs. 2 PatG muss aufgrund der anderen aus dem Patent fließenden Rechte die Erfinderpersone stets über Rechtspersönlichkeit verfügen.⁴⁵ Dies steht auch im Einklang mit der Tatsache, dass natürlichen und juristischen Personen jeweils diejenigen Rechte zustehen, die ihrer rechtlichen Fähigkeit entsprechen. Die KI kann jedoch, anders als die rechtsfähigen Personen,⁴⁶ weder Rechte ausüben noch Pflichten erfüllen. Folglich ist es weder gerechtfertigt noch nötig, dass die KI Rechte begründen kann oder ihr eine Rechtspersönlichkeit zugesprochen wird. Dass der KI resp. der Maschine keine Rechtspersönlichkeit zukommt, befürwortet auch die herrschende Lehre.⁴⁷ Die KI kann somit weder selbst Erfinderin sein bzw. das Erfinderrecht begründen noch als Rechtsüberträger das Erfinderrecht an einen Dritten weitergeben.

Schliesslich ist das Patentrecht in seiner Gesamtheit zu betrachten. *De lege lata* ist eine Erfindung nicht patentierbar, wenn der durchschnittliche Fachmann bereits bei geringer geistiger Anstrengung vom vorbestehenden

43 EP 18 275 174.3, Entscheidungsgründe Annex, S.2 N11.

44 BGE 95 I 579 E. 3; BGE 76 I 381.

45 FÁBIÁN (Anm. 6), S.293.

46 Vgl. hierzu auch m.w.H. EP 18 275 174.3, Entscheidungsgründe Annex, S.1 N28.

47 ROLF H. WEBER, Digitalisierung und der Kampf ums Recht, in: Alexandra Dal Molin-Kränzlin / Anne Mirjam Schneuwly / Jasna Stojanovic (Hrsg.), Digitalisierung – Gesellschaft – Recht, Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich (APARIUZ), Zürich/St. Gallen 2019, S.19.

Stand der Technik auf die in Frage stehende Erfindung kommt. Würde die KI als Erfinderin anerkannt werden, wären aufgrund ihrer Eigenschaft der KI unendliche Erfindungen möglich. Wenn KI nun auf der Erfinderseite berücksichtigt wird, müsste dies folglich auch auf der Seite der übrigen Patentvoraussetzungen, insbesondere jener des Nichtnaheliegens bzw. der erfinderischen Tätigkeit gemäss Art. 1 Abs. 2 PatG, Beachtung finden⁴⁸ und angepasst, namentlich erschwert werden. Deswegen müsste also die KI auch als Massstab für den allgemeinen Fachmann herangezogen werden.⁴⁹ Dies hätte zur Folge, da alle Erfindungen nun möglich sind, dass keine Idee mehr patentierbar wäre. Auch würden so Menschen, an die das Patentrecht eigentlich gerichtet ist, benachteiligt werden, da sie sich klarerweise nicht mit einer Maschine messen können. So käme es zu einer umgekehrten Ungleichbehandlung, bei welcher der Mensch im Verhältnis zu KI deutlich benachteiligt wäre.

VII. Schlussbemerkung

Eine Gleichberechtigung zwischen Mensch und Maschine ist unseres Erachtens – zumindest zurzeit noch – unangebracht. Die Technik entwickelt sich in einem schnellen Tempo, wobei die rechtlichen Rahmen sich erst noch anpassen oder gar erst entstehen müssen. Vielfach werden die Technik und die Erfindungen gelobt, und grosse Unternehmen wie Google oder Siemens streben eine schnellere Entwicklung der Technik an, um grösseren Profit zu erzielen. Wie jedoch gezeigt werden konnte, müssen verschiedene Sichtweisen berücksichtigt werden, um die Frage zu beantworten, ob eine Gleichbehandlung gerechtfertigt ist.

Es sollte trotz Argumenten für eine Gleichberechtigung von künstlicher mit natürlicher Intelligenz im Rahmen des Patentrechts aus den oben ausgeführten Gründen hinter einer Erfindung immer (noch) ein Mensch stehen. Eine Gleichstellung von Mensch und Maschine wäre nicht nur wirtschaftlich schädlich, sondern auch ethisch stossend, stünde den patentrechtlichen Grundsätzen entgegen und würde schliesslich zu einer Benachteiligung der natürlichen gegenüber der künstlichen Intelligenz führen.

48 Vgl. hierzu auch FÁBIÁN (Anm. 6), S. 296.

49 Bereits jetzt wird ein Paradigmenwechsel bzgl. der Berücksichtigung von KI als Instrument des Fachmanns diskutiert, vgl. bspw. JOEL NÄGERL / BENEDIKT NEUBURGER / FRANK STEINBACH, Künstliche Intelligenz: Paradigmenwechsel im Patentsystem, GRUR 2019, 336–341, S. 336 ff.

Carole Bruttin

Gleich und doch anders: Partizipation von Kindern in familienrechtlichen Verfahren

I. Einleitung	146
II. Das Kind im Umbruchprozess Trennung	146
III. Kritik am gerichtlichen Verfahren	148
1. Das familienrechtliche Verfahren	148
2. Mangelnde interdisziplinäre Ausrichtung	149
3. «Gleiche Berücksichtigung»	150
IV. Konfliktanalyse und Wahl des Vorgehens	151
V. Instrumente zur Stärkung der Interessen von Kindern in familienrechtlichen Verfahren	153
1. Anhörung	153
2. Interventionsorientierte Gutachten	156
VI. Ausblick	160

I. Einleitung

Kinder sind grundsätzlich Träger der gleichen Rechte wie Erwachsene, auch wenn sie noch nicht alle Rechte auch selbständig ausüben können. Das Recht gewichtet ihre Interessen und Bedürfnisse gleich. Aufgrund von Art. 11 BV kommt dem Kindeswohl¹ Verfassungsrang zu. Es bildet deshalb oberste Richtschnur aller Regelungen, die sich auf Kinder beziehen.² Dies gilt auch für alle gerichtlichen Verfahren, in welchen Kinderbelange geregelt werden. Gefordert ist aber nicht nur die ergebnisorientierte Berücksichtigung des Kindeswohls, sondern – gemäss den Vorgaben der *Child Friendly Justice Guidelines* – ebenso die Teilhabe der Kinder an solchen Verfahren.³ Gleichwohl gehen diese Vorgaben im Gerichtsalltag oft etwas vergessen.

Der folgende Beitrag zeigt deshalb einleitend Ungleichbehandlungen der Kinder in gerichtlichen Verfahren bei Trennung und Scheidung auf und beleuchtet sodann einzelne Instrumente zur Umsetzung einer gleichberechtigten Stellung der Kinder in familienrechtlichen Verfahren vor Gericht.

II. Das Kind im Umbruchprozess Trennung

Das Kind ist bei familiären Auseinandersetzungen sowohl von Konflikten und Machtverhältnissen zwischen den Eltern auf der Paarebene als auch von allfälligen Machtgefällen zwischen den Eltern und dem Kind infolge ihrer Stellung in der Familie betroffen.⁴ Eine Familie ist ein feines Geflecht von wechselseitigen Beziehungen und Interaktionen, welche Emotionen, Bedürfnisse und Belastungen ausdrücken und vielschichtig übereinander lagern. Machtstrukturen manifestieren sich darin in verschiedenen Bereichen und können sich auch gegenseitig bedingen.⁵ Die Kinder sind in diesem sozialen Gefüge

1 Für eine Definition zum Kindeswohl HARRY DETTENBORN / EGINHARD WALTER, Familienrechtspsychologie, 3. Aufl., München 2016, S.70, wonach das Kind für seine Persönlichkeitsentwicklung eine günstige Relation zwischen seiner Bedürfnislage und seinen Lebensbedingungen benötigt. Zum Ganzen S.68ff.

2 Vgl. SGK-REUSSER/LÜSCHER, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 11 N 8; vgl. auch BGE 132 III 359 E. 4.4.2; BGE 129 III 250 E. 3.4.2.

3 Ministerkomitee des Europarates, Guidelines Child-friendly justice.

4 Vgl. dazu FamKomm-SCHREINER, in: Ingeborg Schwenzer / Roland Fankhauser (Hrsg.), FamKomm · Scheidung, 3. Aufl., Bern 2017, Anhang Ausgewählte psychologische Aspekte im Zusammenhang mit Trennung und Scheidung, N 41-86.

5 Vgl. JOSEPH DUSS-VON WERDT, Professionelle und institutionelle Verletzung der Familiengrenze und ihre Folgen, FamPra.ch 2004, 764-775, S.769ff.

regelmässig die schutzlosesten Personen und im konfliktbelasteten Familiensystem ist ihnen besondere Beachtung zu schenken.

Aus eigener Not oder Überforderung sind Erwachsene in Konflikten unter Umständen nicht mehr in der Lage, die Perspektive des Kindes adäquat wahrzunehmen. Kinder haben eine andere oder noch gar keine Vorstellung von der Beendigung einer Beziehung. Sie haben zudem andere Bedürfnisse in zeitlicher Hinsicht, sie brauchen mehr Zeit zum Verstehen, und gerade jüngere Kinder leben mit einem starken Bezug zum Hier und Jetzt. Überdies erleben sie starke Bindungen zu ihren Eltern und Geschwistern, und sie haben ein ausgeprägtes Sicherheitsempfinden in diesem Familiensystem. Die Abhängigkeit zu ihren Eltern, noch nicht ausgereifte analytische und reflexive Fähigkeiten wie auch mangelnde Kenntnis über den (gerichtlichen) Prozess einer Trennung verunmöglichen dem Kind in vielen Fällen ein selbstbestimmtes Auftreten und das Vertreten seiner Interessen.⁶ Zudem ist eine Trennungssituation ein äusserst belastendes Erlebnis und mit vielen Emotionen verbunden, welche das Kind je nach Alter noch nicht selbständig einordnen kann. Unterstützung durch verschiedene Personen scheint daher angezeigt.⁷

Die UN-Kinderrechtskonvention⁸ und ebenso Art. 11 BV legen die materielle Gleichberechtigung der Kinder mit den Erwachsenen als Grundsatz fest.⁹ Für eine gleichberechtigte Stellung der Kinder im Verfahren ist jedoch die konkrete Umsetzung sicherzustellen. Dazu ist ein tiefergehendes Umdenken notwendig, das in eine grundsätzlich andere Haltung gegenüber den Kindern mündet und ihnen die Ausübung ihrer Rechte ermöglicht.¹⁰ Kinder sind als Subjekte anzuerkennen, die «über Kompetenzen und eine Urteilsfähigkeit [verfügen], die zwar noch nicht voll ausgebildet sind, aber rechtfertigen, dass dem Kind ein neuer rechtlicher Status [...] zuerkannt wird».¹¹ Neben kinderfreundlichen politischen Anliegen (Ombudsstelle für Kinderrechte¹²,

6 Wobei auch zur Debatte gestellt werden kann, ob Erwachsene tatsächlich die besseren Fähigkeiten haben oder lediglich besser funktionieren.

7 Vgl. zum Erleben der Kinder SABINE AESCHLIMANN, Familiengerichtbarkeit im internationalen Vergleich, Schriftenreihe zum Familienrecht Bd. 14, Diss., Bern 2009, S.23 ff.

8 UN-Konvention über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 (SR 0.107).

9 Vgl. BSK-BV-TSCHENTSCHER, in: Bernhard Waldmann / Eva Maria Belser / Astrid Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015, Art. 11 N 31.

10 Ausführlich dazu MICHELLE COTTIER, Partizipationsrechte von Kindern in rechtlichen Verfahren: Juristische und rechtssoziologische Aspekte, Interview im Bericht der Eidgenössische Kommission für Kinder- und Jugendfragen (EKKJ), Kindern zuhören, Bern 2011, S.19 und S.29.

11 JEAN ZERMATTEN, Das Recht des Kindes auf Gehör und Partizipation als Grundsatz: Eine neue demokratische Dynamik!, in: Bericht EKKJ (Anm.10), S.11; vgl. auch JAAP DOEK, Child Participation, Oxford 2020, S.258 und S.260.

12 Vgl. Motion Noser vom 17. Juni 2019 (Nr. 19.3633), Ombudsstelle für Kinderrechte.

Untersuchung über die Umsetzung des Rechts auf Anhörung¹³) sind auch Entscheidungsträgerinnen in der Pflicht, in den vorhandenen Spielräumen Gleichheitsverhältnisse zu schaffen.¹⁴ Als Grundsatz muss gelten, dass Kinder in Fragen der zukünftigen familiären Beziehungsgestaltung, wie sie sich in gerichtlichen Verfahren stellen, als gleichwertige Familienmitglieder zu berücksichtigen sind.

III. Kritik am gerichtlichen Verfahren

1. Das familienrechtliche Verfahren

Das herkömmliche zivilrechtliche, antagonistisch gepolte Verfahren steht für familienrechtliche Beziehungen schon länger in der Kritik. Beweisrechtliche Vorgaben, Zeitdruck, taktisches Vorgehen und das Denken in Positionen scheinen für familienrechtliche Beziehungen wenig geeignet, stehen einer gütlichen Lösung entgegen und schaffen resp. begünstigen Machtgefälle zwischen den Kompetenzen und Verhältnissen der Parteien.¹⁵ Kinder gehen in dieser Struktur schnell unter. Sie sind in den Verhandlungen über die gemeinsame Zukunft nicht aktiv beteiligt, und ihr Einbezug ist davon abhängig, wie die Eltern und die Gerichtspersonen die Rolle der Kinder verstehen und sie über das gerichtliche Verfahren informieren.¹⁶

Neben der Neuordnung der familiären Beziehungen im familienrechtlichen Verfahren hinsichtlich der Themenkreise elterliche Sorge, Obhut und Unterhalt ist auch ein vielschichtiges Beziehungsgeflecht zu lösen und unter anderem die Eltern-Kind-Beziehung neu zu gestalten. Die Forderung einer vom gerichtlichen Verfahren losgelösten Regelung der Trennung ist deshalb nicht neu.¹⁷ Mit der Trennung sind die Verantwortungsbereiche innerhalb der

13 Vgl. Postulat der Nationalratskommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur vom 15. Mai 2014 (Nr. 14.3382), Bilanz über die Umsetzung des Rechts auf Anhörung nach Artikel 12 der Kinderrechtskonvention der Vereinten Nationen in der Schweiz. Mit der Studie beauftragt wurde das Schweizerische Kompetenzzentrum für Menschenrechte. Die Ergebnisse der Studie sowie der Bericht des Bundesrates wurden am 2. September 2020 publiziert, konnten jedoch für den vorliegenden Aufsatz nicht mehr berücksichtigt werden.

14 Vgl. dazu PATRICK ZOBRIST / DIANA WIDER / ANDREAS ZÜRCHER SIBOLD, Zerstrittene Eltern im Kontext des Kindesschutzes: «Die Kinder sind gefährdet und die Eltern in der Pflicht», ZKE 2019, 481-499, S. 486.

15 Vgl. ANDREA BÜCHLER / ROLF VETTERLI, Ehe Partnerschaft Kinder, 3. Aufl., Basel 2018, S. 22; vgl. auch DUSS-VON WERDT (Anm. 5), S. 769.

16 Vgl. DIANA BAUMGARTEN / GABRIELA HÄFLIGER-ZEHNDER, Kinder im Scheidungsprozess ihrer Eltern, Schritte ins Offene, 3/2007, S. 28-32.

17 Stellvertretend AESCHLIMANN (Anm. 7), S. 21 f., S. 29; DUSS-VON WERDT (Anm. 5), S. 771 f.

Familie neu zu verteilen, was Kommunikation, Kompromissbereitschaft und im besten Fall viel Ehrlichkeit erfordert. Sich über seine eigenen Bedürfnisse und diejenigen der anderen Familienmitglieder klar zu werden, geschieht parallel zur Auslotung der praktischen Gestaltungsmöglichkeiten. Die Familie erlebt eine tiefgreifende Veränderung, insbesondere das Kind sieht sich mit einem völlig unbekanntem Alltag konfrontiert. Seine Anpassungsfähigkeit ist je nach den familiären und konflikthaften Umständen massiv gefordert und wird zusätzlich auf die Probe gestellt, da es über viele Bereiche nicht selbst entscheiden kann.¹⁸

Das Familienrecht hat die Parteien in diesem Prozess der Zukunftsgestaltung zu unterstützen.¹⁹ Eine rechtliche Lösung mag klare Verhältnisse schaffen, hat jedoch auch die oben beschriebenen Eigenheiten der familiären Trennung zu berücksichtigen. Unsachgemässe Entscheidungen bergen das Risiko unzufriedener Parteien und Kinder sowie von kurzlebigen Lösungen.²⁰ Gerade Kinder sind auf Information und Unterstützung von Seiten des Gerichts und auch ihrer Eltern angewiesen, werden aber in vielen Fällen nicht miteinbezogen. Instrumente, die den Kindern das Ausüben ihrer Rechte ermöglichen, wären vorhanden, es erfordert jedoch einen aktiven Effort der Gerichtspersonen, die beschriebenen Ungleichgewichte auszuräumen. Sowohl in nicht-streitigen als auch in streitigen Verfahren ist die Partizipation der Kinder deshalb seitens des Gerichts aktiv zu fördern.

2. Mangelnde interdisziplinäre Ausrichtung

INGEBORG SCHWENZER und SABINE AESCHLIMANN haben bereits 2006 die Notwendigkeit einer interdisziplinären Ausrichtung bei familien- und kinderbezogenen Fragestellungen aufgezeigt.²¹ Das erfordert zum einen die Zusammenarbeit der Juristinnen mit anderen Wissenschaftlerinnen und Praktikerinnen. Wünschenswert wäre aber auch – neben einer empathischen Grundhaltung gegenüber der Familie – die Aneignung von ausserdisziplinären Fähigkeiten durch die Entscheidungsträgerinnen. Hilfreich sind Kenntnisse in Entwicklungspsychologie und über Familienkonflikte, unterstützend können aber auch mediative Methoden und Gesprächsführungs- bzw.

18 Zum Ganzen AESCHLIMANN (Anm. 7), S. 22-26, S. 29-31.

19 Vgl. BÜCHLER/VETTERLI (Anm. 15), S. 21-22.

20 Vgl. AESCHLIMANN (Anm. 7), S. 29-31; vgl. auch DUSS-VON WERDT (Anm. 5), S. 767 f.

21 INGBORG SCHWENZER / SABINE AESCHLIMANN, Zur Notwendigkeit einer Disziplin «Familienwissenschaft», in: Rolf Dubs et al. (Hrsg.), *Bildungswesen im Umbruch*, Zürich 2006, 502-511, S. 506 ff., mit Hinweis auf die in den 70er-Jahren durch die Pioniere GOLDSTEIN, FREUD und SOLNIT geäußerte Kritik am mangelnden Einbezug von entwicklungspsychologischen Erkenntnissen in rechtliche Verfahren.

Fragetechniken beigezogen werden.²² Viel zitierte Beispiele für die mangelnde Fachkompetenz der Gerichtspersonen in Kinderschutzbelangen und für deren mangelnde Koordination und Kooperation mit anderen Kinderschutzakteuren sind nicht indizierte Besuchsrechtsbeistandschaften oder zu unflexible Besuchsrechtsregelungen.²³

Für familiäre Angelegenheiten wäre die transdisziplinäre Ausrichtung sinnvoll, welche die Grenzen der eigenen Disziplin überwindet. Das Potential dazu hätten Arbeitskreise, wie sie beispielsweise in Basel geschaffen wurden. Der Basler Arbeitskreis «Netzwerk Kinder» verbindet mit Familienkonflikten befasste Berufsgruppen und fördert den Austausch und die Zusammenarbeit.²⁴ Gleichwohl können Gerichtspersonen auch ohne verbindende Gefässe den Fokus über die rechtlichen Fragestellungen hinaus erweitern. Das genaue Hinhören und echtes Interesse an den Schilderungen der Kinder und der Parteien, ein vermehrter Gebrauch von offenen Fragen, das kritische Hinterfragen und Überprüfen der gerichtlichen Vorbereitung in Kinderbelangen und das Eingestehen oder Überwinden der fachlichen Grenzen sind hilfreiche Instrumente für eine differenzierte Konfliktlösung.²⁵

3. «Gleiche Berücksichtigung»

Die Konfliktbearbeitung mittels kooperativen Verhaltens und Verständnisses für die Verschiedenartigkeit der Beteiligten kann zu einer allseitig getragenen Lösung führen. Das rechtsnormfixierte Denken und das Urteilen über Positionen und Ansprüche fördert hingegen eher kompetitives Verhalten und daraus folgend ein Ungleichgewicht in der Wahrnehmung der Bedürfnisse und Interessen der Beteiligten.²⁶

Bei Kindern stellt sich zudem die grundsätzliche Frage, ob ihre Interessen und Bedürfnisse, ihre ganz eigene Perspektive in diesen Verfahren überhaupt wahrgenommen werden. In den bisherigen Ausführungen liessen sich aber Bedürfnisse der Kinder aufzeigen, deren Berücksichtigung in konfliktbehafteten familiären Umbruchsituationen für eine gesunde Entwicklung

22 Nach MICHELLE COTTIER, Inter- und Transdisziplinarität in der Familienwissenschaft aus der Perspektive des Familienrechts, FamPra.ch 2012, 65-77, S.67 f. m.w.H.; vgl. zu den Methoden HANNELORE DIETZ / HEINER KRABBE / KAREN ENGLER, Werkstattbuch Mediation, 2. Aufl., Köln 2019, S.166 ff.

23 Nach ZOBRIST/WIDER/ZÜRCHER SIBOLD (Anm.14), S.493.

24 Zur Transdisziplinarität COTTIER (Anm.22), S.74-76.

25 Vgl. zum Recht in Bezug auf die Familie CYRIL HEGNAUER / JOSEPH DUSS-VON WERDT, Was weiss das Recht von Ehe und Familie? Ein Essay, FamPra.ch 2000, 40-61.

26 Vgl. zur Unterscheidung zwischen rechtsnormfixierter und rechtsnormgelöster Konfliktlösung DETTENBORN/WALTER (Anm.1), S.36 und S.140 ff.

unabdingbare Voraussetzung bildet. Speziell dem Bedürfnis nach Selbstwirksamkeit, d.h. nach der Erfahrung, mittels persönlicher Kompetenzen die eigenen Lebensumstände mitgestalten zu können, wie auch ihren Bedürfnissen nach Sicherheit, Bindung oder Anerkennung sind in konflikthaften Auseinandersetzungen vor Gericht Bedeutung beizumessen.²⁷

Zur Verwirklichung von Gleichheitsverhältnissen in gerichtlichen Verfahren ist deshalb die «gleiche Berücksichtigung» der individuellen Interessen und Bedürfnisse anzustreben, vor allem auch derjenigen der Kinder. Sie sollen ernstgenommen und unter Gewährung ihrer Eigenart einbezogen werden.²⁸ Ganz im Sinne einer Vision einer gemeinschaftlichen Verantwortung für das Kind haben sich die Gerichtspersonen diese Aufgabe bewusst zu machen.²⁹ Das Wohl sowie die Meinungen und Wünsche der Kinder in gerichtlichen Verfahren erfordern eine adäquate Berücksichtigung. Zur Bewerkstelligung dieser Aufgabe ist einerseits eine sorgfältige Konfliktanalyse vorzunehmen und andererseits von den vorhandenen partizipativen Instrumenten Gebrauch zu machen.

IV. Konfliktanalyse und Wahl des Vorgehens

Eine kindswohlorientierte Konfliktbearbeitung hat behutsam und zielgerichtet zu geschehen, weshalb eine differenzierte Konfliktanalyse darin den ersten Schritt bildet. Die Art und der Inhalt des Konfliktes sind zu untersuchen, um darauf basierend die Konfliktbearbeitungsrichtung und die geeignete Methode zu bestimmen.³⁰ Einzubeziehen ist unter anderem der bisherige Umgang zwischen den Parteien und dem Kind sowie deren Verhalten überhaupt. Es sind Problembereiche zu definieren³¹ und die geeignete Unterstützung für das Kind im gerichtlichen Verfahren ist auszuloten.³² Zu ergründen

27 Vgl. zur Bedürfnislage HEIDI SIMONI, Kinder anhören und hören, ZVW 2009, 333-349, S.336; vgl. auch DETTENBORN/WALTER (Anm.1), S.72, und COTTIER (Anm.22), S.68 f.

28 Vgl. ZOBRIST/WIDER/ZÜRCHER SIBOLD (Anm.14), S.487.

29 Vgl. JUDITH TRINKLER, Café Utopia Alleinerziehende, in: Bettina Bannwart et al., Keine Zeit für Utopien? · Perspektiven einer Lebensformenpolitik im Recht, Zürich/St. Gallen 2013, 161-166, S.165.

30 Nach DETTENBORN/WALTER, (Anm.1), S.34 und S.133 ff.; vgl. auch JONAS SCHWEIGHAUSER / JOACHIM SCHREINER, Der Kampf um das Kind: Eskalationen und wie sie sich entschärfen lassen, in: Alexandra Rumo, Christiana Fountoulakis, Pascal Pichonnaz (Hrsg.), Der neue Familienprozess, Zürich u.a. 2012, 129-139, S.130 ff.

31 Vgl. DETTENBORN/WALTER (Anm.1), S.137.

32 Dazu LISELOTTE STAUB, Interventionsorientierte Gutachten als Handlungsalternative bei hochkonfliktigen Trennungs- und Scheidungsfamilien, ZKE 2010, 34-46, S.41 f.

ist aber auch, ob bereits aussergerichtliche Konfliktlösungsmethoden in Anspruch genommen worden sind³³ und somit allfällige Ressourcen in der Konfliktbearbeitung vorhanden sind.

Das strittige Scheidungsverfahren beginnt grundsätzlich mit einer Vergleichs- respektive Einigungsverhandlung, welche für eine sorgfältige Konfliktanalyse und die Wahl des geeigneten Instruments im Hinblick auf eine zukunftsfähige und tragbare Lösung genutzt werden kann.³⁴ In Anbetracht der teilweise lange dauernden Eheschutzverfahren und der daraus resultierenden Regelungen, welche zwar rechtlich nur vorläufig bestehen, die Lebenswirklichkeit der Familie aber während vieler Jahre prägen, ist diesem Vorgehen in der mündlichen Eheschutzverhandlung im gleichen Masse Bedeutung beizumessen. Gerade bei komplexen Fällen ist eine frühe Intervention wirksamer, als erst in späteren Phasen zu deeskalieren.³⁵

Im Rahmen des familienrechtlichen Verfahrens de lege lata sind in Kinderbelangen den Kinderanhörungen mehr Raum zu geben und interventionsorientierte Gutachten öfters zu prüfen. Überdies könnte auch der Einbezug der Gutachterin als Fachverständige in die Verhandlung geprüft werden.³⁶ Im Rahmen von Kindesschutzmassnahmen gemäss Art. 307 ZGB ist zudem heute bereits «die geeignete Massnahme anzuordnen», was auch aussergerichtliche und konsensorientierte Interventionen umfasst, wie etwa die Anordnung einer Mediation, Beratung³⁷ oder familientherapeutischen Begleitung. Jüngst wurde auch die Anordnung einer Therapie eines Elternteils durch das Bundesgericht geschützt.³⁸

Für das Familienrecht der Zukunft sind Familiengerichte anzudenken, welche nach einem einheitlichen kindes- und familienorientierten Verfahren

33 Anwälte versuchen bspw. (auch mediativ) zwischen den Parteien zu vermitteln, vgl. dazu BEDA MEYER-LÖHRER, *The Art of the Deal*, Jusletter 6. Mai 2019; vgl. auch KATJA ZIEHE, *Handle with care: aussergerichtliche Konfliktlösungsmethoden als Allheilmittel?*, FamPra.ch 2017, 452-470.

34 Vgl. DANIEL BÄHLER / JOACHIM SCHREINER / JONAS SCHWEIGHAUSER, *Neue Formen des Miteinbezugs von psychiatrischen und psychologischen Sachverständigen in eherechtlichen Verfahren*, FamPra.ch 2012, 538-549, S. 540.

35 Vgl. ZOBRIST/WIDER/ZÜRCHER SIBOLD (Anm.14), S. 492, lang anhaltende Verfahren begünstigen eine Verhärtung des Konflikts und dessen Eskalation, S. 482-483, S. 493; vgl. auch LISELOTTE STAUB, *Die Pflichtmediation als scheidungsbezogene Kinderschutzmassnahme*, ZBJV 2009, 404-418, S. 416.

36 Vgl. zur Praxis in Basel BÄHLER/SCHREINER/SCHWEIGHAUSER (Anm. 34), S. 541 ff., S. 544 ff.

37 Vgl. speziell das «Basler Modell»: KARIN BANHOLZER et al., «Angeordnete Beratung» – ein neues Instrument zur Beilegung von strittigen Kinderbelangen vor Gericht, FamPra.ch 2012, 111-125.

38 BGer, 5A_723/2019, 4. Mai 2020, E. 6.3.

für alle Kinderbelange arbeiten.³⁹ Im Rahmen der zu prüfenden Instrumente wären dann auch weitere Angebote respektive Interventionen wie Familienräte (*Family Group Conferences*), Elternkurse oder Familienkonferenzen⁴⁰ einzubeziehen.⁴¹ Nicht auszuschliessen wäre sodann heute bereits der Hinweis auf weitere trennungsbegleitende Angebote wie Scheidungsrituale⁴² oder Programme für Scheidungskinder.

Im Folgenden werden zwei vom geltenden Recht vorgesehene Instrumente zur Stärkung der Stellung der Kinder im gerichtlichen Verfahren näher beleuchtet.

V. Instrumente zur Stärkung der Interessen von Kindern in familienrechtlichen Verfahren

1. Anhörung

Art. 12 der UN-Kinderrechtskonvention statuiert das Recht des Kindes auf Anhörung. Die Bestimmung ist direkt anwendbar.⁴³ In verschiedenen Studien wurde jedoch erkannt, dass nur ein Bruchteil der betroffenen Kinder in familienrechtlichen Verfahren tatsächlich angehört wird.⁴⁴ Das Bewusstsein für die Relevanz von Kinderanhörungen scheint in der Praxis auch über 30 Jahre nach Ratifizierung der UN-Kinderrechtskonvention nicht genügend ausgeprägt zu sein, obwohl unterstützende juristische und psychologische Literatur und verschiedene Leitfäden vorhanden wären, welche der Praxis die Implementation

39 Vgl. CHRISTOPH HÄFELI, Familiengerichte im Kanton Aargau als optimale Organisationsformen der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, in: Roland Fankhauser / Ruth E. Reusser / Ivo Schwander (Hrsg.), Brennpunkt Familienrecht, Zürich/St. Gallen 2017, 289-309, S. 292 ff.

40 Vorschlag von HEIDI SIMONI / ROLF VETTERLI, Arbeitskreis 6: Partizipation von Kindern in Verfahren, Vierte Schweizer Familienrechtstage, 31. Januar / 1. Februar 2008, Schriftenreihe zum Familienrecht Band/Nr. 10, Bern 2008, 139-152, S. 145 ff.

41 Vgl. zu möglichen psychosozialen Interventionen REGINA JENZER / JOEL STALDER / ANDREA HAURI, Psychosoziale Interventionen bei Elternstreitigkeiten im zivilrechtlichen Kindesschutz, ZKE 2018, 427-454.

42 ANDREA MARCO BIANCA, Scheidungsrituale, FamPra.ch 2020, 402-425.

43 BGE 124 III 90 E. 3. In der Schweiz auch Art. 298 Abs. 1 ZPO.

44 Erstmals mit der viel beachteten Studie von ANDREA BÜCHLER und HEIDI SIMONI, Kinder und Scheidung, Zürich 2008, S. 54 ff. (Anhörungsrate 11%); weitere Bsp.: Studie des Kompetenzzentrums für Menschenrechte (Anm. 13); Kantonales Jugendamt Bern, Praxis der Kindesanhörung in Kindesschutz- und Scheidungsverfahren im Kanton Bern, 27. April 2017, S. 12 f. und S. 19 (Anhörung «selten» bis «klar unter 50%»); zur Praxis im Kanton Basel-Stadt NOËL KURATH / TAMARA BLATTER, Ein Einblick in die Praxis der Kindsanhörung am Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt, SJZ 2020, 242-245, S. 243 f.

der Kindesanhörung erleichtern wollen.⁴⁵ Bestätigt wird dies ebenfalls durch zwei jüngere Bundesgerichtsentscheide, in welchen zwei Urteile infolge mangelnder Anhörung der Kinder kassiert wurden.⁴⁶ Nichtzutreffende Vorstellungen über das Belastungserleben für Kinder bei den Rechtsanwendenden wie auch den Eltern sind weit verbreitet.⁴⁷ Zudem sind Unsicherheiten im Umgang mit den Kindern und über die Form und den Inhalt der Anhörung vorhanden. Begrenzend wirkt zudem der Umstand, dass die Gerichte infolge ihrer grossen Arbeitsbelastung die Anhörung oftmals weitgehend auf den Zweck der Sachverhaltsermittlung begrenzen und ansonsten darauf verzichten.⁴⁸

Doch Partizipation und die Erfahrung der eigenen Wirksamkeit sind wichtig für das Kind. Gerichtspersonen wie auch Eltern sollten sich bewusst machen, dass das Kind ohnehin mitten im Konflikt steckt.⁴⁹ Kinder als Subjekte wahrzunehmen, wie es Grundgedanke der UN-Kinderrechtskonvention ist, erfordert auf Seiten der Fachpersonen die Akzeptanz der Kinder als «Gesprächspartner mit einer eigenen Sichtweise und eigenen Informationsbedürfnissen»⁵⁰. Das bedingt ein echtes Interesse an den Kindern. In der praktischen Umsetzung erfordert dies genaues Zuhören verbunden mit einem Verantwortungsgefühl für die Wahrung der Rechte der Kinder und der Bereitschaft der Fragenden, den Äusserungen der Kinder Vertrauen entgegenzubringen.⁵¹ Meistens entsprechen die Vorschläge und Meinungen der Kinder ihren eigenen Interessen, dafür widersprechen sie manchmal den

45 Stellvertretend SIMONI (Anm.27); GUY BODENMANN / ALEXANDRA RUMO, Die Anhörung von Kindern aus rechtlicher und psychologischer Sicht, FamPra.ch 2003, 22-40, je m.w.H.; vgl. auch Bericht EKKJ 2011 (Anm.10); ELSETH MÜLLER / HEIDI SIMONI, Die Kindesanhörung · Ein Leitfaden für die Praxis im Rechts-, Bildungs- und Gesundheitswesen, herausgegeben von UNICEF und Marie Meierhofer Institut für das Kind (MMI), 2014; ANDREA BÜCHLER / HEIDI SIMONI / ELSETH MÜLLER (Hrsg.), Die Anhörung des Kindes im Scheidungsverfahren · Ein Leitfaden für die Praxis mit praktischen Hilfsmitteln, herausgegeben von UNICEF, vom MMI und vom Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich, 2009; weitergehend auch DETTENBORN / WALTER (Anm.1) S.78 ff. und S.269 ff.

46 BGer, 5A_723/2019, 4. Mai 2020, E. 5; BGer, 5A_914/2018, 18. Dezember 2019, E. 3.3; vgl. dazu auch KURT AFFOLTER-FRINGELI, Ringen um angemessenen persönlichen Verkehr, dRSK 31. Juli 2020, und Netzwerk Kinderrechte, Kinder im Verfahren nicht angehört, 2020.

47 Vgl. Jugendamt Bern (Anm.44), S.12f. und S.18; BÜCHLER/SIMONI (Anm.44), S.119.

48 Vgl. SIMONI/VETTERLI (Anm.40), S.140; vgl. auch die Ansicht der Richter in der Studie des Jugendamtes Bern (Anm.44), S.13 und S.18f.

49 Vgl. SIMONI (Anm.27), S.342.

50 Vgl. dazu vorne Kap. II sowie COTTIER (Anm.10), S.19; auch MICHELLE COTTIER, Subjekt oder Objekt? · Die Partizipation von Kindern in Jugendstraf- und zivilrechtlichen Kinderschutzverfahren, Schriftenreihe zum Familienrecht, Band 6, Diss., Bern 2006, S.5.

51 Vgl. SABINE BRUNNER, Gespräche mit kleinen Kindern bergen viele Überraschungen, Netz 1/2013, 8-11, S.9.

Vorstellungen der Erwachsenen.⁵² In den Blickwinkel zu rücken ist somit die kindliche Perspektive. Damit ist weder gemeint, dass die Kinder gänzlich unabhängig von ihrer Umgebung zu betrachten sind, noch dass die Entscheidungsgewalt auf das Kind zu übertragen ist.⁵³ Es geht um das nur scheinbar banale, in der praktischen Umsetzung jedoch sehr herausfordernde Anliegen, Kinder als vollwertige Mitglieder der Familie und aus ihrer Erlebenswelt heraus zu verstehen sowie sie in ihren Möglichkeiten, sich auszudrücken, zu respektieren. Das bedeutet insbesondere, den Emotionen, non- und paraverbalen Elementen in der Kommunikation einen hohen Stellenwert einzuräumen.⁵⁴ Kinder streben danach, ihre erworbenen Fähigkeiten zu gebrauchen und ihre Umgebung mitzugestalten, und sie möchten über ihre persönliche Situation Bescheid wissen. Nicht anders als bei Erwachsenen stehen auch bei Kindern Ohnmachts- und Hilflosigkeitsgefühle sowie das Gefühl, ausgeliefert zu sein, einer gesunden Konfliktbewältigung entgegen.⁵⁵ Entsprechend ist für eine Anhörung auch keine Urteilsfähigkeit vorausgesetzt, weshalb eine Mindestaltersgrenze für Anhörungen nicht festzulegen ist.⁵⁶

Konkret zur Stärkung der Stellung des Kindes und zur Verringerung des Machtgefälles zwischen dem Wissen und der Präsenz der Eltern und dem Kind im gerichtlichen Verfahren sind systematische Ausbildungsprogramme für sämtliche Entscheidungsträgerinnen in Kinderbelangen einzuführen resp. ist die Aneignung einer gewissen Grundexpertise in Kinder betreffenden Fachgebieten wertvoll (vgl. Kap. III.2.).⁵⁷ Für die konkrete Durchführung der Anhörung wird die Konsultation von Leitfäden empfohlen. Hauptsächlich ist die Einladungspraxis derart auszugestalten, dass Verzichtserklärungsbögen aus den Kinderbriefen gestrichen werden. Diese begünstigen die Skepsis

52 Vgl. SIMONI (Anm.27), S.338.

53 Vgl. zum Kindswillen und dem Kindeswohl: ANDREA BÜCHLER / CHRISTOPH V. ENZ, Der persönliche Verkehr, FamPra.ch 2018, 911-939, S.917 f., m.w.H. insbesondere auf DETENBORN/WALTER (Anm.1), S.93, und FamKomm-SCHREINER (Anm.4), N 124 und N 135f.; vgl. auch MONIKA LEUENBERGER, Alternierende Obhut auf einseitigen Antrag, FamPra.ch 2019, 1100-1120, S.1109 f.

54 Vgl. United Nations, Convention on the Rights of the Child, General Comment No. 12 (2009), Nr. 21; vgl. auch neuste Ergebnisse zu den Anhörungen durch die KESB: DOMINIK BODMER / JOEL STALDER / MADLAINA STAUFFER, Kinder (an-)hören, ZKE 2020, 317-340, S.337 f.

55 Vgl. zum Ganzen SIMONI (Anm.27), S.334-339.

56 Gl.M. SIMONI (Anm.27), S.337; CHRISTOPHE A. HERZIG, Das Kind in den familienrechtlichen Verfahren, Diss., Zürich u.a. 2012, N 379 ff. m.w.H.; a.M. BGER, BGE 131 III 553.

57 Eine gesetzliche Verankerung dieser Pflicht und zielgruppengerichtete Informationskampagnen zur Sensibilisierung wären überdies wünschenswert; vgl. dazu HERZIG (Anm.56), N 382, mit Verweis auf AESCHLIMANN (Anm.7), S.146; vgl. auch die Forderungen im Bericht der EKKJ (Anm.10), S.67, sowie EKKJ, 3 Minuten für die Jungen · Das Recht auf Meinungsäusserung und Anhörung, 2010.

sowohl auf Seiten der Behörde als auch der Eltern, und die Kinder verzichten in diesen Fällen tatsächlich fast durchgehend auf eine Anhörung.⁵⁸ Die Anhörung ist auch in Konventionalscheidungen stärker zu gewichten, gleichwohl dürfte der Fokus in diesen Fällen eher bei der Information des Kindes⁵⁹ und der Überprüfung der Akzeptanz der von den Eltern ausgearbeiteten Regelungen liegen. Wünschenswert wäre die Mitteilung von Informationen in Bezug auf das Verfahren wie auch während der Anhörung selbst: Gegenüber den Kindern ist offenzulegen, welche Erwartungen im Raum stehen und in welchem Zusammenhang ihre Aussagen verwendet werden sollen. Hingegen dürfte der Sachverhaltsermittlung nicht das ausschlaggebende Gewicht beigemessen werden.⁶⁰ Ebenfalls ist eine Delegation an spezialisierte Fachpersonen in komplexen Verhältnissen dann in Erwägung zu ziehen, wenn die rechtliche Fachperson an ihre Grenzen stösst.⁶¹

Um herausfordernde Situationen gut meistern zu können, benötigen Kinder aufmerksame, anteilnehmende und interessierte Personen. Neben den Eltern als nächste Bezugspersonen können dies auch Fachpersonen und mit dem Kind betraute Drittpersonen sein. Gerichtspersonen können ihren Anteil dazu leisten, dass sich die Kinder gehört fühlen und Raum für ihre Fragen, Ansichten und Überlegungen erhalten.⁶² Vor allem bildet die Anhörung aber auch eine Chance, gegenüber dem Kind die Rolle einer unbeteiligten Dritten zu übernehmen und das Kind darin zu unterstützen, sich nicht in den Schwierigkeiten der Eltern zu verlieren und den Konflikt und die damit verbundenen Gefühle zu ordnen. Eine Anhörung ist damit grundsätzlich durchzuführen – selbstredend zu einem Zeitpunkt, in dem die Äusserungen der Kinder noch berücksichtigt werden können.⁶³

2. Interventionsorientierte Gutachten

Die kindesschutzrechtliche Literatur unterscheidet zwischen ergebnisorientierten und verlaufs-, lösungs- oder interventionsorientierten Gutachten. Ergebnisorientierte Gutachten bestehen aus einer Diagnose des bisherigen und momentanen Zustands einer Familie und daraus abgeleiteten Empfehlungen

58 Vgl. BÜCHLER/SIMONI, (Anm. 44), S. 61; SIMONI/VETTERLI (Anm. 40), S. 140.

59 Hierzu sind auch verschiedene Informationsbroschüren des MMI und der UNICEF vorhanden.

60 Vgl. BÜCHLER/SIMONI (Anm. 44), S. 82 ff. und S. 103 ff.; vgl. auch COTTIER (Anm. 10) S. 25; COTTIER (Anm. 50), S. 20 f.

61 Vgl. Jugendamt Bern (Anm. 44), S. 19.

62 Vgl. BRUNNER (Anm. 51), S. 9 und 11.

63 Vgl. dazu SIMONI (Anm. 27), S. 342.

für die Zukunft.⁶⁴ Interventionsorientierte Gutachten beziehen zusätzlich beratende Elemente mit ein und erweitern den Prozess um eine verhaltensändernde Intervention.⁶⁵ Dabei werden die Eltern bei der Auseinanderlösung der Paar- und Elternebene unterstützt und das Befinden des eigenen Kindes wird wieder in den Fokus gesetzt. Ein besonderes Augenmerk liegt vor allem auf den «Entwicklungsmöglichkeiten und Ressourcen», welche in der vorgesehenen Intervention eingesetzt werden können. Diese bildet das Kernstück des Gutachtens und dient der konkreten Umsetzung und Erprobung von getroffenen Vereinbarungen.⁶⁶

Während sich beim ergebnisorientierten Gutachten die Parteien im Wissen um die Begutachtung und im Unwissen über die Aussagen der anderen Familienmitglieder eher zurückhalten und sich von ihrer vorteilhaften Seite zeigen möchten, wird bei der interventionsorientierten Begutachtung das Offenlegen von Ängsten, Bedürfnissen und persönlichen Grenzen der Parteien gefördert. Unterstützt wird dies einerseits durch die offene Information über die Absicht, die Art und den Zweck einer Intervention, andererseits werden hilfestellend mediative Fähigkeiten eingesetzt. Mit dem Grundsatz der Allparteilichkeit versucht die Gutachterin die Beweggründe aller Beteiligten nachzuvollziehen, ohne diese zu werten.⁶⁷ Selbstredend fördert auch in diesem Prozess ein umsichtiges Vorgehen der Sachverständigen das Vertrauen der Parteien und der Kinder. Fertigkeiten in der Gesprächsführung und eine wertschätzende und empathische Haltung führen im besten Fall zu mehr Verständnis für die anderen Familienmitglieder und richten den Blick wieder auf das Kind.

Mit der Prozessorientierung können mögliche Lösungen mit den Beteiligten, einschliesslich des Kindes, besprochen und geübt werden. Dabei kann das Familiensystem eingehend kennengelernt und dessen «Lern- und Veränderungsfähigkeit» geprüft werden.⁶⁸ Neben der Wissensgenerierung

64 Vgl. THOMAS AEBI/JENNIFER STEINBACH/LOUISE VILÉN, Leitlinien für psychologische Gutachten im Familienrecht, ZKE 2020, 1-23, S.11 f.

65 Vgl. GISELA KILDE, Der persönliche Verkehr: Eltern – Kind – Dritte, Diss., AISUF Band/Nr. 348, Freiburg 2015, N 606.

66 Vgl. zu den Phasen «Diagnose, Beratung und Intervention» eines interventionsorientierten Gutachtens STAUB (Anm.32), S.37 ff.

67 Vgl. zu den Unterschieden in den Gutachtensformen und der Kritik an ergebnisorientierten Gutachten STAUB (Anm.32), S.37 und S.39 ff.

68 REVITAL LUDEWIG et al., Richterliche und behördliche Entscheidungsfindung zwischen Kindeswohl und Elternwohl: Erziehungsfähigkeit bei Familien mit einem psychisch kranken Elternteil, FamPra.ch 2015, 562-622, S.615, mit Hinweis auf LISELOTTE STAUB, Prozessorientierte Begutachtung (auch) bei Kindeswohlgefährdung. Vortrag im Rahmen der Weiterbildung der Schweizerischen Gesellschaft für Rechtspsychologie (SGRP) «Begutachtung aus rechtlicher und aus psychologischer Sicht», 7.11.2013 in Bern.

werden dadurch persönliche Erfahrungen mit der Familie gemacht, welche auch in den späteren Ausführungen gegenüber dem Gericht ihren Niederschlag finden.⁶⁹ Überdies entsteht beim interventionsorientierten Vorgehen ein schlankes Gutachten, das auch mündlich während einer Verhandlung wiedergegeben werden kann. Das ermöglicht eine zeitnahe Terminierung der folgenden gerichtlichen Verhandlung und die direkte Klärung von Fragen.⁷⁰

Der Perspektive und dem Erleben der Kinder wird im interventionsorientierten Prozess durch den Einbezug in die Lösungsfindung und Mitgestaltung besondere Beachtung geschenkt.⁷¹ So kann beispielsweise die Ablehnung eines Kindes gegen Besuche beim besuchsberechtigten Elternteil ernst genommen, aber das Kind mit einer angemessenen Intervention auch bei der Überwindung seiner Ängste und Bedenken unterstützt werden. Das entspricht dem Partizipationsrecht eines jeden Kindes.⁷² In Bezug auf das Kindeswohl und die Erziehungskompetenzen bezieht die interventionsorientierte Gutachterin überdies direkt gegenüber den Eltern Stellung und verlässt damit die analytische und distanzierte Rolle einer herkömmlichen Gutachterin.⁷³

Während ergebnisorientierte Gutachten für rasche Entscheidungen geeignet sind, sind interventionsorientierte Gutachten bei Besuchsrechtskonflikten und hartnäckigen Sorgerechtsstreitigkeiten indiziert.⁷⁴ Bei dysfunktionalen Systemen mit dem Verdacht auf böswillige Beziehungsstörungen ist von ergebnisorientierten Gutachten sogar ganz abzusehen.⁷⁵ Angestrebt wird mit den interventionsorientierten Gutachten der Weg zurück zur Kooperation und einer Einigung. Kann durch die Intervention einer Verschärfung des Konflikts entgegengetreten werden, so ist diese Form der Begutachtung angezeigt. Insbesondere kann durch das prozessorientierte Vorgehen auch auf eine Sistierung des Besuchsrechts verzichtet werden. Steht eine Kindeswohlgefährdung im Raum, rechtfertigt sich die Anordnung eines

69 Vgl. STAUB (Anm. 32), S. 39.

70 Vorschlag von BÄHLER/SCHREINER/SCHWEIGHAUSER (Anm. 34), S. 539, S. 542.

71 Vgl. STAUB (Anm. 32), S. 37.

72 Bsp. nach JOSEPH SALZGEBER, Der Alltag des Gutachters im familiengerichtlichen Verfahren, Siebte Schweizer Familienrechtstage, 23./24. Januar 2014, Schriftenreihe zum Familienrecht Band/Nr. 22, 2014, 41-58, S. 49.

73 Bsp. STAUB (Anm. 32), S. 42.

74 Vgl. STAUB (Anm. 32), S. 45; ebenfalls MARGOT MICHEL / INES GARAEUS, Das Gutachten im Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, FamPra.ch 2016, 874-916, S. 900. Auch zur Erziehungsunterstützung ist ein interventionsorientiertes Gutachten möglich, vgl. BK-AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, in: Heinz Hausheer / Hans Peter Walter (Hrsg.), Zivilgesetzbuch · Die elterliche Sorge / der Kinderschutz, Art. 296-317 ZGB – Das Kindesvermögen, Art. 318-327 ZGB – Minderjährige unter Vormundschaft, Art. 327a-327c ZGB, Berner Kommentar, Bern 2016, Vorbem. zu Art. 307-327c ZGB, N 210.

75 Nach STAUB (Anm. 32), S. 41.

interventionsorientierten Gutachtens freilich nur, wenn ihr dadurch auch realistischerweise begegnet werden kann. Soll die Gefährdung lediglich bestätigt werden, ist das ergebnisorientierte Gutachten das geeignete Instrument.⁷⁶

Selbstredend sind Interventionen, die von vornherein bereits aussichtslos scheinen oder konträr zum Kindeswohl stehen, nicht durchzuführen. Ebenso ist ein klarer und fälliger Entscheid nicht mittels eines Gutachtens aufzuschieben.⁷⁷ Bei Kindeswohlgefährdungen infolge langanhaltender eskalierter Konflikte, «psychischer Erkrankung» eines Elternteils oder «traumatisierender häuslicher Gewalt» ist eine therapeutische Intervention oder allenfalls ein Parallelgutachten mit interdisziplinärer Konsensfindung die bessere Wahl.⁷⁸

Aufgrund der therapeutischen und beratenden Elemente des Gutachtens muss dieses neben Art.183 ZPO auch auf Art.307 Abs.3 ZGB abgestützt werden.⁷⁹ Durch die Intervention in dieser Form der Begutachtung scheint es überdies sinnvoll, mit der weiteren Behandlung der Kinderbelange vor Gericht zuzuwarten. Ob durch das Gutachten auf eine Anhörung des Kindes verzichtet werden kann, muss einzelfallbezogen entschieden werden. Mit dem Einbezug des Kindes in den Prozess des interventionsorientierten Gutachtens werden seine Persönlichkeitsrechte gewahrt, und bei einer Einigung kann der Verzicht auf die Anhörung durchaus geprüft werden. Andererseits ist jedoch der unmittelbare Austausch mit der Entscheidungsträgerin stark zu gewichten.⁸⁰

Mit einem interventionsorientierten Gutachten wird die Wahrscheinlichkeit einer kindswohlgerechten Empfehlung oder gar einer allfälligen kindswohlzentrierten Einigung erhöht, welche überdies bereits erprobt wurde. Der Fokus wird auf die Stärken und Bedürfnisse der Familienmitglieder gelegt, gleichzeitig können durch die Prozessbegleitung auch ihre Bedenken beachtet werden.⁸¹ Mündet der Begutachtungsprozesses aufgrund der Beratung und Intervention in eine deeskalative und befriedende Arbeit, ist dem Kindeswohl zusätzlich gedient.⁸² Das Kind wird durch die Prozessbegleitung der Familie und seinen Einbezug in die Lösungsfindung als gleichwertiges Familienmitglied anerkannt.

76 Vgl. zum Anwendungsgebiet KILDE (Anm.65), S.230.

77 Vgl. AEBI/STEINBACH/VILÉN (Anm.64), S.4.

78 KILDE (Anm.65), S.230 und MOUNIRA JABAT / KARIN BANHOLZER, Parallelgutachten mit interdisziplinärer Konsensfindung im zivilrechtlichen Kontext, FamPra.ch 2020, 126-145, S.140f.

79 HERZIG (Anm.56), N 579.

80 Vgl. HERZIG (Anm.56), N 402ff.

81 Vgl. SALZGEBER (Anm.72), S.50 und S.54f.

82 Vgl. JABAT/BANHOLZER (Anm.78), S.126.

VI. Ausblick

Ziel eines jeden familienorientierten Verfahrens sind nachhaltige und allseitig getragene Lösungen. Dazu sind besonders die Kinder als eigenständige und vollwertige Familienmitglieder in gerichtliche Verfahren einzubeziehen. Eine Ombudsstelle für Kinderrechte wäre eine vielversprechende Institution, um dem Anliegen der Partizipation von Kindern zu einer stärkeren Stellung zu verhelfen.⁸³ Bereits heute liegt es aber im Wirkungskreis der Gerichtspersonen, sich in eine ernsthafte Auseinandersetzung mit den Bedürfnissen und Interessen der Kinder zu begeben. Eine behutsame Konfliktanalyse, die Anerkennung der Anhörung als Teil der Persönlichkeits- und Verfahrensrechte von Kindern sowie ein vermehrter Einsatz von interventionsorientierten Gutachten bei Sorgerechts- und Besuchsrechtsstreitigkeiten sind wirksame und umsetzbare Instrumente zur Wahrung der Verantwortung gegenüber den Rechten der Kinder.

83 Zu entsprechenden Bestrebungen vgl. Motion Noser (Anm. 12).

Christoph Burckhardt

Gleichbehandlung und Ungleichbehandlung im Aktienrecht

Zulässigkeit der Privilegierung langfristiger Aktionärsbeteiligungen?

I. Einleitung	162
---------------------	-----

II. Inhalt und Schranken des Gleichbehandlungsgebots	163
1. Unterschied zum allgemeinen privatrechtlichen Gleichbehandlungsprinzip	163
2. Inhalt und Schranken	164
a) Gesetzliche Grundlage	164
b) Normadressatinnen und -adressaten	165
c) Relative und absolute Gleichbehandlung	165
d) Materielle anstatt formelle Gleichbehandlung	166
3. Abweichungen	167
a) Zweckmässigkeit	167
b) Eignung	170
c) Erforderlichkeit	171
d) Verhältnismässigkeit	173

III. Förderung langfristiger Aktionärsbeteiligungen und Gleichbehandlungsgebot	174
1. Ausgangslage	174
2. Vorliegen einer Ungleichbehandlung?	175
3. Rechtfertigung der Ungleichbehandlung	175
a) Zweckmässigkeit	175
b) Verhältnismässigkeit	176

IV. Schluss	178
-------------------	-----

I. Einleitung

Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Mitglieder gilt als *fundamentaler Grundsatz* des gesamten Gesellschaftsrechts.¹ Auch im Recht der Aktiengesellschaft kommt ihm eine zentrale Bedeutung zu.² Der aktienrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz beschränkt unter anderem die Macht der Aktionärsmehrheit über die Minderheit und gewährleistet, dass es innerhalb der Gesellschaft nicht ohne Grund zu einer unverhältnismässigen Zuweisung von Vor- und Nachteilen kommt.³ Damit soll ein Ausgleich für den Umstand geschaffen werden, dass die Rechtsstellung eines Aktionärs⁴ auch ohne sein persönliches Einverständnis verändert werden kann.⁵

Die Bedeutung des Gleichbehandlungsgebots kommt bei verschiedenen Beschlüssen der Generalversammlung zur Geltung.⁶ Seit einiger Zeit wird auch in der Schweiz im Hinblick auf die *Förderung langfristiger, nachhaltiger Wertschöpfung* durch Aktiengesellschaften erwogen, langfristige Aktionärsbeteiligungen zu begünstigen. Die Idee entstand aufgrund der Bedenken gegenüber den nachteiligen Auswirkungen kurzfristiger Orientierung im Kapitalmarkt.⁷ Es ist umstritten, ob die Generalversammlung vor dem Hintergrund des Gleichbehandlungsgebots langfristig beteiligte Aktionäre gegenüber kurzfristig beteiligten Aktionären bevorzugen darf. Es ist insbesondere unklar, ob eine Privilegierung langfristig beteiligter Aktionäre im Interesse der Gesellschaft⁸ liegt und welche Anforderungen an die Erforderlichkeit der

1 CLAIRE HUGUENIN JACOBS, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, Habil. Zürich 1994, S. 5 m.w.H.; vgl. THEO GUHL / JEAN NICOLAS DRUEY, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, § 67 N 57.

2 BGer, 4A_205/2008, 19. August 2018, E. 3.1 («principe fondamental»); vgl. BGE 131 III 459 E. 5.4.2.

3 Zum Gesagten vgl. HUGUENIN JACOBS (Anm. 1), S. 26, 45; DIES., Das aktienrechtliche Gleichbehandlungsprinzip, in: Roland von Büren (Hrsg.), Aktienrecht 1992-1997, Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Bern 1998, 181-192, S. 182. Zudem beschränkt das Gleichbehandlungsprinzip die Macht des Verwaltungsrats über das Aktionariat (vgl. Art. 717 Abs. 2 OR).

4 Die im vorliegenden Beitrag verwendete generische Formulierung «Aktionär(e)» entspricht dem im vergangenen Jahr revidierten Gesetzestext des Aktienrechts (vgl. AS 2020 4005). Eine diskriminierende Absicht ist damit nicht verbunden.

5 Zum Mehrheitsprinzip im Aktienrecht BGE 102 II 265 E. 3; BGE 99 II 55 E. 4b; BGE 95 II 157 E. 9b; zudem zum Drittorganschaftsprinzip PETER FORSTMOSER / ARTHUR MEIER-HAYOZ / PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 39 N 24-26; HUGUENIN JACOBS (Anm. 1), S. 27.

6 So z.B. bei einem Ausschluss des Bezugsrechts im Rahmen einer Kapitalerhöhung.

7 Zum Gesagten siehe CHRISTOPH BURCKHARDT, Loyalitätsaktien im Rahmen der Aktienrechtsrevision, in: Matthias P. A. Müller / Lucas Forrer / Floris Zuur (Hrsg.), Das Aktienrecht im Wandel, Zürich/St. Gallen 2020, 367-387, S. 367-368 m.w.H.

8 Das Gesellschaftsinteresse ist ein ökonomisch geprägtes Tatbestandsmerkmal; vgl. ANDREAS HEINEMANN, Recht, Ökonomie und Realität, in: Robert Waldburger et al.

Privilegierung im Hinblick auf die Förderung des Gesellschaftsinteresses zu stellen sind.⁹

Anknüpfend an das Gesagte verfolgt der Beitrag zwei Ziele: Zum einen werden der *Inhalt und die Schranken des Gleichbehandlungsgebots* im Aktienrecht mittels Auslegung, anhand von Lehre und Rechtsprechung und im Lichte der jüngsten Aktienrechtsrevision dargelegt. Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichts wird eine allgemeine Regel zur Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen hergeleitet (II.). Zum anderen wird die Regel angewendet auf die Förderung langfristiger Aktionärsbeteiligungen (III.). Dabei wird die Frage beantwortet, ob die Privilegierung von langfristig beteiligten Aktionären im Zusammenhang mit vermögensmässigen Rechten gerechtfertigt werden kann.

Der Beitrag zeigt, wie das Recht mit den ungleichen Machtverhältnissen innerhalb einer Aktiengesellschaft umgeht, und reiht sich somit in das Leitthema des vorliegenden Sammelbandes «Unter Gleichen» ein.

II. Inhalt und Schranken des Gleichbehandlungsgebots

1. Unterschied zum allgemeinen privatrechtlichen Gleichbehandlungsprinzip

Das Gleichbehandlungsgebot im Aktienrecht schafft einen *Ausgleich für den Konsensmangel* innerhalb des Aktionariats, der durch das Mehrheitsprinzip und das Prinzip der Drittorganschaft entstehen kann. Die Aktionäre unterwerfen sich mit dem Eintritt in die Gesellschaft bewusst dem Willen der Aktionärsmehrheit und dem Entscheid der Exekutivorgane.¹⁰

Die *Ausgleichsfunktion* geht damit einher, dass sich das aktienrechtliche Gleichbehandlungsgebot auf verschiedene Art und Weise vom allgemeinen privatrechtlichen Gleichbehandlungsprinzip unterscheidet:¹¹ Erstens ist

(Hrsg.), Law & Economics, Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag, Bern 2015, 21-41, S.25. Die Umschreibung des Gesellschaftsinteresses stellt die Rechtswissenschaft vor Herausforderungen, weil sie den Einbezug rechtsökonomischer Überlegungen erfordert.

9 Vgl. HUGUENIN JACOBS (Anm. 1), S.40 bei und in Fn. 64.

10 Zum Gesagten siehe vorne bei und in Anm.5.

11 Siehe hierzu und zur folgenden Übersicht HUGUENIN JACOBS (Anm. 1), S.27-30; vgl. zum privatrechtlichen Gleichbehandlungsgebot und den unterschiedlichen Ansätzen im Gesetz HERBERT TRACHSLER, Das privatrechtliche Gleichbehandlungsgebot – Funktionaler Aspekt der Persönlichkeitsrechte gemäss Art.28 ZGB, Diss. St. Gallen, St. Gallen, 1991, S.141-166.

beim aktienrechtlichen Gleichbehandlungsgebot die Aktionärsstellung entscheidend. Die Berücksichtigung individueller Unterschiede innerhalb des Aktionariats ist als Ungleichbehandlung zu qualifizieren, die gegebenenfalls gerechtfertigt werden kann.¹² Damit ist auch gesagt, dass der Schutz des Gleichbehandlungsgebots für eine Person erst einsetzt, wenn deren Mitgliedschaft bei der Aktiengesellschaft begründet wurde. Zweitens dient das aktienrechtliche Gleichbehandlungsgebot der Verhinderung unsachlicher Differenzierungen und nicht dem Ausgleich von Ungleichheiten.¹³ Drittens bietet das aktienrechtliche Gleichbehandlungsprinzip keinen Schutz vor übermässiger Selbstbindung. Es schützt die Aktionärsminderheit lediglich vor den nicht akzeptierten Folgen einer Fremdbestimmung.¹⁴ Und viertens entfaltet das Gleichbehandlungsgebot kraft seiner körperschaftlichen Natur auch Wirkung gegenüber denjenigen Aktionären, die eine Ungleichbehandlung hingenommen haben.¹⁵

Die körperschaftliche Natur des Gleichbehandlungsgebots bringt es mit sich, dass Ungleichbehandlungen aufgrund anderer Differenzierungskriterien als der Kapitalbeteiligung in einem *sachlichen Zusammenhang mit dem Gesellschaftszweck* stehen müssen. Das ist sachgerecht, weil sich das Einverständnis der Aktionäre zur Fremdbestimmung in sachlicher Hinsicht höchstens auf diejenigen Folgen erstrecken kann, die mit dem statutarisch bestimmten und somit öffentlich einsehbaren Zweck der Gesellschaft in Zusammenhang stehen und letztlich im Interesse der Gesellschaft liegen.¹⁶

2. Inhalt und Schranken

a) Gesetzliche Grundlage

Das Gleichbehandlungsgebot ist an *zwei Stellen im Gesetz* verankert: Zum einen sind gemäss Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR Beschlüsse der Generalversammlung anfechtbar, sofern sie eine nicht durch den Gesellschaftszweck gerechtfertigte Ungleichbehandlung oder Benachteiligung der Aktionäre bewirken.

12 Zum Gesagten vgl. BGE 99 II 298 E. 7, gemäss dem ein teilweiser Ausschluss des Bezugsrechts unzulässig ist, sofern er an einem individuellen Unterschied – i.c. der Tätigkeit als Konkurrent der Gesellschaft – anknüpfte.

13 Zum Unterschied zwischen dem Egalisierungsgebot und dem Verbot unsachlicher Differenzierung siehe BSK BV-WALDMANN, in: Bernhard Waldmann / Eva Maria Belsler / Astrid Epines (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. BSK BV-VERFASSEN), Art. 8 N 91 m.w.H.

14 Das zeigt sich insb. daran, dass die Legitimation zur Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen, u.a. aufgrund des Gleichbehandlungsgebots, vorbehaltlich eines Willensmangels untergeht, wenn der betroffene Aktionär dem Beschluss zugestimmt hat. Siehe hierzu BGE 99 II 55 E. 1; BGE 74 II 41 E. 4a.

15 Vgl. Art. 706 Abs. 5 OR.

16 Zum Ganzen siehe im Einzelnen unten II.3.

Zum anderen muss der Verwaltungsrat die Aktionäre im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht gemäss Art. 717 Abs. 2 OR unter gleichen Voraussetzungen gleichbehandeln. Ungeachtet der unterschiedlichen Formulierung der Bestimmungen hat der Grundsatz der Gleichbehandlung eine einheitliche Bedeutung.¹⁷

b) Normadressatinnen und -adressaten

Der Gleichbehandlungsgrundsatz richtet sich entsprechend dem Wortlaut und der Systematik der gesetzlichen Regelung an zwei Organe: an die Generalversammlung und an den Verwaltungsrat. Zudem richtet sie sich auch an die mit der Geschäftsleitung befassten Dritten. Der Schwerpunkt liegt im vorliegenden Beitrag auf der Bindungswirkung gegenüber der *Generalversammlung*.¹⁸ Sie ergibt sich aus dem bereits dargestellten Art. 706 OR.¹⁹ Der einzelne Aktionär ist grundsätzlich nicht Adressat des Gleichbehandlungsgebots.²⁰

c) Relative und absolute Gleichbehandlung

Es ergibt sich aus Wortlaut der gesetzlichen Grundlagen, dass das Gleichbehandlungsgebot im Aktienrecht in der Regel eine *relative Gleichbehandlung* verlangt.²¹ Das heisst, dass die Mitglieder nicht absolut, sondern unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln sind. Differenzierungen unter den Mitgliedern müssen nach dem gleichen Kriterium erfolgen und dieses muss einen sachlichen Zusammenhang zur Aktiengesellschaft und der Aktionärsstellung aufweisen. In der Aktiengesellschaft bemessen sich die Mitgliedschaftsrechte regelmässig nach der Kapitalbeteiligung.²² Das ist namentlich der Fall bei den vermögensmässigen Rechten, einschliesslich des Rechts auf

17 Vgl. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2010, § 16 N 118; HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020, N 744; STEFAN KNOBLOCH, Das System zur Durchsetzung von Aktionärsrechten, Habil. Zürich, Zürich 2011, S. 362-363; a.M. anscheinend BGer, 4C.242/2001, 5. März 2001, E. 3.1, gemäss dem der Verwaltungsrat bei Beschlüssen, die bloss einen einzelnen oder einige wenige Aktionäre betreffen, nicht an die Grundsätze gebunden ist, die Lehre und Rechtsprechung für die Gleichbehandlung in Bezug auf die Beschlüsse der Generalversammlung entwickelt haben.

18 Zur Bindungswirkung gegenüber dem Verwaltungsrat vgl. Art. 717 Abs. 2 OR.

19 Siehe oben II.2.a).

20 Der einzelne Aktionär ist ausnahmsweise an das Gleichbehandlungsgebot gebunden, wenn ihm eine Organstellung zukommt oder er ein öffentliches Kaufangebot i.S.v. Art. 125 ff. FinfraG unterbreitet.

21 Vgl. Art. 717 Abs. 2 OR («Sie haben die Aktionäre *unter gleichen Voraussetzungen* gleich zu behandeln») [Hervorhebung hinzugefügt] und Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR («[...] eine *durch den Gesellschaftszweck nicht gerechtfertigte* Ungleichbehandlung [...]») [Hervorhebung hinzugefügt].

22 Zum Gesagten siehe ARTHUR MEIER-HAYOZ / PETER FORSTMOSER / ROLF SETHE, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., Bern 2018, § 16 N 191-192 m.H. auf die absolute Gleichbehandlung u.a. im Bereich der Schutzrechte.

Dividende, und beim Stimmrecht.²³ Es geht demnach grundsätzlich um eine Gleichbehandlung der Kapitalanteile.²⁴

Ausnahmsweise knüpft das Gesetz an die Aktionärsstellung an und verlangt eine *absolute Gleichbehandlung* der Aktionäre.²⁵ Im Kernbereich der Mitgliedschaft sind die Aktionäre ungeachtet ihrer Kapitalbeteiligung oder anderer Differenzierungsgründe gleich zu behandeln. Der Wortlaut des Gesetzes lässt in diesem Bereich keinen Raum für Ungleichbehandlungen und deren Rechtfertigung.²⁶ Das betrifft die meisten Schutzrechte und – abgesehen vom Stimmrecht – auch überwiegend die Mitwirkungsrechte.²⁷

Ungleichbehandlungen sind demnach möglich in Bezug auf die *dispositiven Mitgliedschaftsrechte*.²⁸ Im Kernbereich der Mitgliedschaft sind solche Abweichungen aber nicht zulässig. Im Sinne einer Faustregel sind diejenigen Aktionärsrechte abänderbar, die sich von Gesetzes wegen nach dem Nennwert oder der Kapitalbeteiligung bemessen.²⁹

d) Materielle anstatt formelle Gleichbehandlung

Bei der Beurteilung, ob eine Ungleichbehandlung vorliegt, sind die *Auswirkungen eines Beschlusses* zu untersuchen. Unter dem Gleichbehandlungsgebot unzulässig sind Beschlüsse der Generalversammlung oder Handlungen des Verwaltungsrats, die eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung der Aktionäre bewirken.³⁰ Das Gesetz sieht demnach – im Gegensatz zum alten

23 Das Recht auf Dividende berechnet sich im Verhältnis der auf das Aktienkapital einbezahlten Beträge (Art. 66i OR), d.h. nach dem tatsächlichen Kapitaleinsatz. Das Stimmrecht bemisst sich nach dem Nennwert (Art. 692 Abs.1 OR).

24 Vgl. BÖCKLI (Anm. 17), §13 N 679; CR CO II-PETER/CAVADINI, in: Pierre Tercier / Marc Amstutz/Rita Trigo Trindade, Code des obligations II, Commentaire Romand, 2. Aufl., Basel 2017, Art. 717 N 20; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, in: Rolf Watter / Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt, Obligationenrecht II, Basler Kommentar, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK OR II-VERFASSER), Art. 717 N 23.

25 VON DER CRONE (Anm. 17), N 747.

26 Zum Gesagten vgl. Art. 706b Ziff. 1 und 2 OR; HUGUENIN JACOBS (Anm. 1), S. 38, 69–71.

27 Zu den Schutzrechten: Es können alle Aktionäre in gleichem Umfang von ihrem Auskunfts- oder Einsichtsrecht Gebrauch machen (Art. 696 und 697 OR), einen Generalversammlungsbeschluss anfechten (Art. 706 Abs.1 OR) oder eine Verantwortlichkeitsklage erheben (Art. 753–760 OR). Zu den Mitwirkungsrechten: Es können alle Aktionäre gleichermaßen an der Generalversammlung teilnehmen (Art. 689 OR), sich zu den traktandierten Geschäften äussern und Anträge stellen (Art. 700 Abs. 4 OR). Zum Ganzen siehe MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (Anm. 22), §16 N 192; vgl. auch BGE 69 II 246 E. 1.

28 Siehe Art. 706b Ziff. 1 OR *e contrario*, der die Nichtigkeit für Beschlüsse festlegt, die zwingende Aktionärsrechte verletzen.

29 HUGUENIN JACOBS (Anm. 1), S. 32.

30 Siehe den Wortlaut von Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR.

Aktienrecht – ein materielles, wirkungsorientiertes Gleichbehandlungsgebot vor.³¹ Das Gleichbehandlungsgebot ist auch verletzt, wenn ein Beschluss zwar alle Aktionäre in formeller Hinsicht gleichmässig betrifft, jedoch in materiel-ler Hinsicht eine ungleiche Behandlung rechtlicher oder tatsächlicher Natur zur Folge hat.³²

3. Abweichungen

a) Zweckmässigkeit

Eine Ungleichbehandlung im Rahmen eines Generalversammlungsbeschlusses ist nach dem Wortlaut des Gesetzes zulässig, wenn sie durch den Gesellschaftszweck gerechtfertigt ist.³³ Es ist dementsprechend in Lehre und Rechtsprechung unumstritten, dass Abweichungen vom Gleichbehandlungsgebot unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sind.³⁴ In Bezug auf die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung ist aber umstritten, ob der Begriff *Gesellschaftszweck* wörtlich zu verstehen ist und somit die Vereinbarkeit eines Beschlusses mit dem Gesellschaftszweck meint oder ob die Vereinbarkeit mit dem Gesellschaftsinteresse gemeint ist.³⁵ Das Bundesgericht hat in einem nicht amtlich publizierten Entscheid präzisiert, dass die Bestimmung eigentlich auf das Gesellschaftsinteresse abzielt.³⁶ Es bietet sich an, dieses Verständnis mittels Auslegung von Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR zu überprüfen.

31 HUGUENIN JACOBS (Anm. 1), S. 35; vgl. BSK OR II-DUBS/TRUFFER (Anm. 24), Art. 706 N 14, die von wirtschaftlicher Gleichbehandlung in Abgrenzung zu formeller Gleichbehandlung sprechen.

32 Unter altem Aktienrecht wurde ein Beschluss zur Kapitalherabsetzung auf null unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten als zulässig qualifiziert, weil er nach einer formellen Betrachtungsweise alle Aktionäre gleichermaßen betrifft, indem diese alle ihre Aktionärsstellung verlieren (ZGer BS, 15. November 1983, in: SAG 1985, 199, E. 3a; vgl. BGE 69 II 78 E. 3c). Nach einer materiellen Betrachtungsweise liegt aber eine Ungleichbehandlung vor, weil die Aktionäre angesichts unterschiedlich hoher Anteile am Aktienkapital im Ergebnis ungleich stark vom Beschluss betroffen sind. Siehe hierzu HUGUENIN JACOBS (Anm. 1), S. 36.

33 Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR.

34 Statt vieler BGE 69 II 246 E. 1; BÖCKLI (Anm. 17), § 13 N 680; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Anm. 5), § 39 N 59-60.

35 Für eine wörtliche Auslegung siehe BSK OR II-DREIFUSS/LEBRECHT, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Obligationenrecht II, Basler Kommentar, 1. Aufl., Art. 706 N 15; zur überwiegenden Lehre mit a.M. BÖCKLI (Anm. 17), § 16 N 115, der von einem gesetzgeberischen Versehen ausgeht; im Weiteren FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Anm. 5), § 25 N 27; HUGUENIN JACOBS (Anm. 1), S. 39 Fn. 62.

36 BGer, 4A_531/2017, 20. Februar 2018, E. 3.1 («[...] étant ici précisé que le «but de la société» vise en réalité «l'intérêt social» [...]).

Nach einer wörtlichen Auslegung der Bestimmung muss ein Beschluss, der eine Ungleichbehandlung bewirkt, dem *Gesellschaftszweck* dienen. Es bleibt aber unklar, ob damit der statutarische Zweck der Gesellschaft gemeint ist oder der Endzweck der Gesellschaft.³⁷

Ein besseres Verständnis könnte die Beachtung der Gesetzessystematik liefern. An anderen Stellen im Gesetz, an denen der Begriff «Zweck der Gesellschaft» verwendet wird, geht es zwar nicht ausschliesslich, aber immerhin überwiegend um den statutarischen Zweck.³⁸ Diese äussere Systematik deutet somit eher darauf hin, dass es auch bei den Anfechtungsgründen um den statutarischen Zweck geht. Demgegenüber deutet die innere Systematik von Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR eher auf eine weite Bedeutung des Begriffs Gesellschaftszweck hin. Der erste Absatz der Bestimmung und Abs. 2 Ziff. 1 halten fest, dass Beschlüsse, die namentlich gegen die Statuten verstossen, anfechtbar sind. Ein Verstoss gegen den statutarisch festgelegten Zweck der Gesellschaft wäre somit bereits unter Verweis auf diese Anfechtungsgründe anfechtbar. Wäre das Wort «Gesellschaftszweck» in Abs. 2 Ziff. 3 als statutarischer Zweck und somit eng zu verstehen, würde die Bestimmung gegenüber dem vorgenannten Grund der Verletzung der Statuten keinen zusätzlichen Schutz bringen. Ein Beschluss, der eine Ungleichbehandlung bewirkt und der nicht mit dem statutarischen Zweck übereinstimmt – mithin gegen die Statuten verstösst –, wäre bereits unter dem Blickwinkel von Art. 706 Abs. 1 OR und Abs. 2 Ziff. 1 anfechtbar. Eine Ungleichbehandlung führt nämlich stets auch zu einer Beschränkung von Aktionärsrechten. Die systematische Auslegung bringt demnach kein klares Ergebnis. Die innere Systematik deutet eher darauf hin, dass eine Ungleichbehandlung gerechtfertigt werden kann, wenn sie dem Endzweck der Gesellschaft dient.

Die historische Auslegung von Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR ergibt, dass eine Ungleichbehandlung gerechtfertigt werden kann, wenn sie dem Gesellschaftszweck dient und im *Gesellschaftsinteresse* liegt. Die Rechtsprechung vor Inkrafttreten der gesetzlichen Grundlage wird im Folgenden als Kontext der historischen Auslegung mitberücksichtigt, zumal der Gesetzgeber mit Erlass der Bestimmungen zum Gleichbehandlungsgebot an die Gesetzgebung anknüpfte. Sie bringt zum Ausdruck, dass eine Ungleichbehandlung gerecht-

37 Zur Abgrenzung siehe FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Anm. 5), § 8 N 46; VON DER CRONE (Anm. 17), N 179 ff.

38 Vgl. Art. 626 Ziff. 2 OR i.V.m. Art. 118 Abs. 1 HRegV; Art. 671 Abs. 4 OR; zur Bedeutung in Art. 685b Abs. 2 OR siehe BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF/OERTLE (Anm. 24), Art. 685b N 3; Art. 704 Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 3 OR; zur Bedeutung in Art. 718a Abs. 1 OR siehe BSK OR II-WATTER/WOLF/OERTLE (Anm. 24), Art. 718a N 2; zum GmbH-Recht vgl. Art. 766 Ziff. 2 OR; zur unklaren Bedeutung des Begriffs in Art. 796 Abs. 2 OR siehe BSK OR II-AMSTUTZ/CHAPPUIS (Anm. 24), Art. 796 N 9.

fertigt werden kann, wenn sie ein verhältnismässiges Mittel zur Verfolgung des Gesellschaftszwecks im Interesse der Gesellschaft sein muss.³⁹ Die Verbindung zwischen Gesellschaftszweck und Gesellschaftsinteresse aus der Rechtsprechung wurde im Gesetzgebungsverfahren übernommen.⁴⁰ Es ergibt sich aber weder aus der früheren Rechtsprechung noch aus dem Gesetzgebungsverfahren ein klares Auslegungsergebnis zum Begriff Gesellschaftszweck.

Eine teleologische Auslegungsperspektive spricht ebenso für die Feststellung, dass Ungleichbehandlungen im Ergebnis dem *Gesellschaftsinteresse* dienen müssen. Das Anliegen einer Rechtfertigung durch den Gesellschaftszweck liegt letztlich darin, dass nur dann von der Gleichbehandlung abgewichen wird, wenn das dem Interesse der Gesellschaft dient. Der statutarische Zweck gemäss Art. 626 Abs. 2 OR ist für sich gesehen kein Anhaltspunkt, um die Übereinstimmung eines Beschlusses mit der Zielsetzung einer Gesellschaft zu überprüfen. Er umschreibt lediglich die Tätigkeit, mit der die Gesellschaft beabsichtigt, ihren Endzweck zu fördern.⁴¹ Er legt die Mittel zum Erreichen des Endzwecks der Gesellschaft fest und ist diesem insofern untergeordnet. Das bedeutet aber nicht, dass der statutarische Zweck bei einem Beschluss ausser Acht gelassen werden darf. Die Zwecksetzung ist eine Richtlinie für die Geschäftspolitik und eine Schranke für die beliebige Änderung der Geschäftstätigkeit.⁴² Sie schützt das Vertrauen der sich den Statuten unterwerfenden Aktionäre, dass die Gesellschaft auch in Zukunft im umschriebenen Geschäftsbereich tätig sein wird, mithin die Gewinnstrebigkeit mit den umschriebenen Mitteln fördert. Wenn untersucht wird, ob ein Beschluss mit dem Gesellschaftszweck im Sinne des statutarischen Zwecks übereinstimmt, geht es im Ergebnis aber darum, ob der Beschluss mit dem Endzweck der Gesellschaft übereinstimmt. Dieser liegt bei gewinnorientierten Gesellschaften in der Gewinnstrebigkeit und bei Gesellschaften mit ideeller Zielsetzung in der Förderung von Drittinteressen unter Wahrung der Zahlungsfähigkeit.⁴³

Der Endzweck der Gesellschaft steht in Zusammenhang mit dem Gesellschaftsinteresse. Es erstaunt deshalb nicht, dass Ungleichbehandlungen gemäss Rechtsprechung und Lehre nur zulässig sind, wenn sie im Interesse der Gesellschaft liegen. Das Interesse einer gewinnorientierten Aktiengesellschaft

39 Vgl. BGE 117 II 290 E. 4a/aa; BGE 95 II 157 E. 9a; BGE 93 II 393 E. 7a; BGE 91 II 298 E. 2; BGer, 4C.242/2001, 5. März 2003, E. 3.1.

40 Vgl. Botschaft über die Revision des Aktienrechts, BBl 1983 II 745, 885.

41 FRANCINE DEFFERRARD, Le transfert des actions nominatives liées non cotées, Diss. Freiburg i. Üe., Freiburg i. Üe. 1999, S. 63; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Anm. 5), § 8 N 47.

42 ZK-TANNER, in: Lukas Handschin (Hrsg.), Die Aktiengesellschaft, Art. 698-726 und 731b OR, Zürcher Kommentar, Zürich 2018 (zit. ZK-VERFASSER, Art. x OR Ny), Art. 704 OR N 27.

43 VON DER CRONE (Anm. 17), N 179.

liegt in der *nachhaltigen Steigerung des Unternehmenswerts*.⁴⁴ Dieses Interesse überschneidet sich mit dem Endzweck der Gesellschaft.⁴⁵ Die Gewinnstrebigkeit ist eine Voraussetzung für die Steigerung des Unternehmenswerts und somit die Wahrung des Gesellschaftsinteresses. Und der das Tätigkeitsfeld einer Gesellschaft umschreibende statutarische Zweck legt fest, wie der Endzweck und letztlich das Gesellschaftsinteresse gefördert wird. Es entspricht deshalb dem Zweck von Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR, wenn die Bestimmung so ausgelegt wird, dass eine Ungleichbehandlung gerechtfertigt werden kann, wenn sie ein dem Gesellschaftszweck entsprechendes Mittel zur Förderung des Gesellschaftsinteresses ist.

Im Ergebnis zeigt sich deshalb ein differenziertes Verständnis der Zweckmässigkeit i. S. v. Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR, das darauf hinausläuft, dass eine Ungleichbehandlung zweckmässig ist, wenn sie dem Gesellschaftsinteresse dient.

b) Eignung

Nachdem geprüft wurde, ob der mit einem Beschluss angestrebte Zweck dem Gesellschaftsinteresse dient, wird im Rahmen der *Verhältnismässigkeitsprüfung* dreierlei vorausgesetzt: Die Benachteiligung muss erstens geeignet sein zur Verfolgung des angestrebten Zwecks. Sie muss zweitens das mildeste taugliche Mittel zum angestrebten Zweck darstellen und somit erforderlich sein. Und sie muss im engeren Sinne verhältnismässig sein, das heisst, der durch die Ungleichbehandlung angestrebte Vorteil für die Gesellschaft muss den Nachteil für einzelne Aktionäre überwiegen.⁴⁶

Ein Beschluss erfüllt das Kriterium der Eignung, wenn er einem Zweck dient, der im Interesse der Gesellschaft liegt. Ein Beschluss, der eine Ungleichbehandlung bewirkt, muss somit im Regelfall geeignet sein, im Rahmen des Gesellschaftszwecks einen Beitrag zur nachhaltigen *Steigerung des Unternehmenswerts* zu leisten.⁴⁷ Werden mit einem Beschluss hingegen «gesellschaftsfremde» Sonderinteressen von Einzelpersonen oder Gruppen gefördert, ist er unzulässig. Das kann insbesondere der Fall sein, wenn die Mehrheitsaktionäre versuchen, mit dem Beschluss Sondervorteile für sich zu erwirken, die nicht im Gesellschaftsinteresse liegen.⁴⁸

44 Ausführlich CHRISTA SOMMER, Die Treuepflicht des Verwaltungsrats gemäss Art. 717 Abs. 1 OR, Diss. Zürich, Zürich 2010, S. 36-58.

45 D.h. dem Erzielen von Gewinnen (siehe oben Anm. 43).

46 Zum Gesagten siehe Botschaft Aktienrecht (Anm. 40), 885; BSK OR II-DUBS/TRUFFER (Anm. 24), Art. 706 N 15; HUGUENIN JACOBS (Anm. 1), S. 40-41.

47 Zum Gesellschaftsinteresse siehe oben Anm. 44. Im Regelfall ist eine Aktiengesellschaft gewinnorientiert. Bei nicht gewinnorientierten Gesellschaften kann das Gesellschaftsinteresse auch andere Aspekte umfassen.

48 Zum Gesagten vgl. GAUDENZ ZINDEL, Bezugsrechte in der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich, Zürich 1984, S. 238.

c) Erforderlichkeit

Im Weiteren muss geprüft werden, ob ein Beschluss, der eine Ungleichbehandlung bewirkt, das *mildeste geeignete Mittel* zum angestrebten Zweck ist. Gemäss der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Gleichbehandlungsgebot muss ein Beschluss, der eine Ungleichbehandlung bewirkt, das mildeste Mittel zum Erreichen des damit angestrebten Ziels sein. Das Ziel selbst muss aber nicht entscheidend für den Erhalt oder die Entwicklung der Gesellschaft sein.⁴⁹ Das Bundesgericht lockerte in dieser Hinsicht unter Bezugnahme auf frühere Entscheide seine Rechtsprechung.⁵⁰ Solange die dem Beschluss zugrunde liegende Zielsetzung dem Gesellschaftszweck entspricht und im Gesellschaftsinteresse liegt, genügt es also, wenn der Beschluss in Bezug auf das Erreichen dieser Zielsetzung erforderlich ist. Zur Ermittlung kommt es auf die Umstände des Einzelfalles an.⁵¹

Es ist in der Lehre umstritten, ob die Zielsetzung eines zu einer Ungleichbehandlung führenden Beschlusses *zweckmässig oder unerlässlich* zur Förderung des Gesellschaftsinteresses sein muss. Nach einer Auffassung sind die Anforderungen an die Erforderlichkeit abhängig von der Schwere und der Unausgeglichenheit der Ungleichbehandlung sowie von der Bedeutung der Ungleichbehandlung für die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft.⁵² Nach einer anderen Auffassung muss die Ungleichbehandlung lediglich in Bezug

49 BGE 117 II 290 E. 4a/aa m.H. auf ZINDEL (Anm. 48), S. 239. Die seither ergangenen, nicht amtlich publizierten Entscheide bringen diesbezüglich keine neuen Erkenntnisse; vgl. BGer, 4A_531/2017, 20. Februar 2018, E. 3.1, und BGer, 4A_205/2008, 19. August 2008, E. 3.2.

50 Vgl. BGE 117 II 290 E. 4a/aa («[...] décidé dans l'intérêt de la société et apparaît nécessaire pour la poursuite de ses buts légitimes») unter Bezugnahme auf BGE 91 II 298 E. 2. Mit dem Verweis «BGE 93 II 309» meinte das Bundesgericht eigentlich BGE 91 II 309, genauer BGE 91 II 298 E. 8 (HUGUENIN JACOBS [Anm. 1], S. 40 Fn. 64). Nach früherer Rechtsprechung waren Abweichungen vom Gleichbehandlungsgebot nur zulässig, soweit sie im Interesse der Gesamtheit der Aktionäre an der Verfolgung des Gesellschaftszweckes unumgänglich notwendig sind; siehe BGE 95 II 157 E. 9a; BGE 93 II 393 E. 7a; BGE 91 II 298 E. 2; BGer, 4C.242/2001, 5. März 2003, E. 3.1; vgl. BGE 99 II 55 E. 2, S. 58 («unumgänglich nötig»).

51 BGE 117 II 290 E. 4e/aa; BGE 102 II 265 E. 3.

52 HUGUENIN JACOBS (Anm. 1), S. 39-40 bei und in Fn. 64. Ihrer Ansicht nach genüge es z.B., wenn ein Bezugsrechtsausschluss gemäss Art. 652b Abs. 2 OR, der alle Aktionäre gleichermaßen betrifft, zweckmässig ist, d.h. der Verfolgung des Gesellschaftsinteresses dient. Demgegenüber müsse ein Bezugsrechtsausschluss, der einzelne Aktionäre stärker als andere belastet, erforderlich in Bezug auf die Verfolgung des Gesellschaftsinteresses sein. Diese Überlegungen sollten m.E. nicht auf der Ebene der Erforderlichkeit, sondern auf der Ebene der Verhältnismässigkeit i.e.S. gemacht werden. Der Kritik von HUGUENIN JACOBS, diese Überlegungen seien in BGE 117 II 290 ff. nicht gemacht worden, würde damit gleichermaßen Rechnung getragen. Siehe hierzu hinten II.3.d).

auf das angestrebte Ziel erforderlich sein, nicht aber in Bezug auf das Gesellschaftsinteresse. Anderenfalls sei die Autonomie der Gesellschaft zu stark beeinträchtigt.⁵³

Eine *Auslegung des Gesetzes* zeigt, dass ein Beschluss, der eine Ungleichbehandlung von Aktionären bewirkt, nicht zwingend erforderlich für die Wahrung des Gesellschaftsinteresses sein muss:

Eine erneute systematische Auslegung von Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR ergibt, dass das dem fraglichen Beschluss zugrunde liegende Ziel zwar im Gesellschaftsinteresse liegen, aber für dessen Wahrung nicht entscheidend sein muss. Das Gesetz gewährt der Aktiengesellschaft eine gewisse *Autonomie bei der Zweckfestsetzung*.⁵⁴ Es wird insbesondere nicht vorausgesetzt, dass der Zweck für die Wahrung des Gesellschaftsinteresses unerlässlich ist.⁵⁵ Wenn die Bestimmungen, welche die Zwecksetzung der Gesellschaft regeln, nicht erfordern, dass die festgelegten Zwecke für die Wahrung des Gesellschaftsinteresses erforderlich sind, können die Bestimmungen zum Gleichbehandlungsgebot meines Erachtens nicht mehr verlangen. Es käme einem Wertungswiderspruch innerhalb des Aktienrechts gleich, wenn die Bestimmungen zum Gleichbehandlungsgebot weiter gingen als die Bestimmungen zur Festsetzung des Gesellschaftszwecks. Eine Ungleichbehandlung muss deshalb zwar erforderlich für die Verfolgung des Gesellschaftszwecks sein, nicht aber unerlässlich für die Wahrung des Gesellschaftsinteresses.

Auch eine teleologische Auslegung des Gesetzes bestätigt die Auffassung, dass eine Ungleichbehandlung lediglich in Bezug auf die Verfolgung des ihr zugrunde liegenden Zwecks erforderlich sein muss. Die Gesellschaft braucht ein gewisses *Ermessen bei der Zweckverfolgung*, insbesondere bei der Auswahl der Mittel zur Zweckverfolgung. Es ist richtig, dass im Falle einer Ungleichbehandlung hohe Massstäbe an die Wirksamkeit und die Erforderlichkeit der Massnahme in Bezug auf das gesteckte Ziel gestellt werden. Das gebietet die Tatsache, dass Ungleichbehandlungen die Rechte von Aktionären verletzen. Es würde die Autonomie der Gesellschaft in der Verfolgung ihrer Tätigkeit aber zu stark einschränken, wenn jedes gesteckte Ziel für

53 Zum Gesagten siehe ZINDEL (Anm. 48), S. 239; vgl. FULVIO PELLI, Der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung als Schranke der Ermessensfreiheit der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft, Diss. Zürich, Zürich 1978, S. 73-74.

54 Es schreibt lediglich vor, dass der Zweck nicht widerrechtlich oder sittenwidrig sein darf (vgl. Art. 52 Abs. 3 ZGB; zur Diskussion betreffend die Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf Aktiengesellschaften vgl. BSK OR II-SCHENKER, Art. 643 N 12 m.w.H.). Zudem muss die Zwecksetzung das Tätigkeitsfeld der Gesellschaft hinreichend bestimmt umschreiben (vgl. Art. 118 Abs. 1 HRegV).

55 Das wäre auch schwierig zu überprüfen; vgl. unten III.

sich gesehen für die Wahrung des Gesellschaftsinteresses unerlässlich sein müsste. Abgesehen davon wäre die Erforderlichkeit kaum überprüfbar. Eine Zweckbestimmung hat einen gewissen Grad an Abstraktheit. Es lassen sich verschiedene Handlungen und Beschlüsse darunter subsumieren, die alle einen Beitrag zur Wahrung des Gesellschaftsinteresses leisten, aber für sich gesehen nicht erforderlich zu dessen Wahrung sind. Eine Einschränkung würde die gemeinsame Zweckverfolgung und das körperschaftliche Leben weitgehend verunmöglichen. Das Ermessen der Gesellschaftsorgane bei der Zielverwirklichung ist aber immerhin durch den Grundsatz von Treu und Glauben eingeschränkt.⁵⁶ Dieser bietet einen hinreichenden Schutz, dass sich die Gesellschaft in ihrer Tätigkeit nicht zu weit von ihrem Zweck entfernt. Es genügt deshalb, wenn eine Ungleichbehandlung für den ihr zugrunde liegenden Zweck erforderlich ist und wenn dieser Zweck im Gesellschaftsinteresse liegt. Es ist hingegen nicht vorausgesetzt, dass der Zweck unerlässlich für die Wahrung des Gesellschaftsinteresses ist.

Zusammengefasst lässt sich festhalten, dass ein Generalversammlungsbeschluss, der eine Ungleichbehandlung bewirkt, das mildeste Mittel zur Erreichung des ihm zugrunde liegenden Zwecks, aber nicht entscheidend für die Wahrung des Gesellschaftsinteresses sein muss.

d) Verhältnismässigkeit

Schliesslich muss geprüft werden, ob die Ungleichbehandlung im engeren Sinne verhältnismässig ist.⁵⁷ Die Ungleichbehandlung muss eine *vernünftige Zweck-Mittel-Relation*, d.h. ein vernünftiges Verhältnis zwischen ihrem Zweck und dem Eingriff, den sie für die betroffenen Aktionäre bewirkt, aufweisen.⁵⁸

Es muss bei der Zweck-Mittel-Relation auf die Umstände des Einzelfalles geachtet werden. Die Interessenabwägung ist abhängig von der *Schwere* und dem *Mass der Ungleichbehandlung*. Je schwerer ein Beschluss, der eine Ungleichbehandlung bewirkt, in die Aktionärsrechte eingreift und je grösser die damit verbundene Ungleichbehandlung ist, desto wichtiger muss der

56 Zum Gesagten vgl. ZINDEL (Anm. 48), S.239.

57 Vgl. HUGUENIN JACOBS (Anm. 1), S.40-41. Das Bundesgericht bezog sich dabei auf die Gleichbehandlung im Rahmen eines Bezugsrechtsausschlusses. Vgl. auch AppGer BS, 9. Februar 1965, in: BJM 1965, 87, E. 2c, in dem es darum ging, inwieweit eine Vinkulierungsbestimmung zum «Schutz vor der Überfremdung und vor der Konkurrenz» erforderlich ist.

58 Zur Verhältnismässigkeit im Rahmen der Prüfung des Sachlichkeitsgebots gem. Art.706 Abs.2 Ziff.2 OR vgl. MARTIN LIEBI, Private Investments in Public Equity (PIPEs), Zürich/Basel/Genf 2017, S.23.

Zweck sein, der im Interesse der Gesellschaft mit dem Beschluss verfolgt wird.⁵⁹ Nach einer Abwägung der Interessen muss der Vorteil der Ungleichbehandlung für die Gesellschaft die Nachteile für die betroffenen Aktionäre überwiegen.

III. Förderung langfristiger Aktionärsbeteiligungen und Gleichbehandlungsgebot

1. Ausgangslage

Es wird diskutiert, ob Aktiengesellschaften längerfristig beteiligte Aktionäre mittels Beschlusses über eine statutarische Regelung gegenüber kurzfristig beteiligten Aktionären bevorzugen dürfen und sollen, z.B. durch die Gewährung einer höheren Dividende.⁶⁰ Im Folgenden wird deshalb untersucht, ob ein Beschluss betreffend die Einführung solcher sogenannter *Loyalitätsdividenden*⁶¹ vor dem Hintergrund des aktienrechtlichen Gleichbehandlungsgebots zulässig ist.⁶² Eine Ungleichbehandlung im Bereich der vermögensmässigen Rechte ist innerhalb gewisser Schranken möglich, weil es dabei nicht um zwingende Aktionärsrechte handelt.⁶³ Der Untersuchung liegt die Auffassung zugrunde, dass es für eine Abweichung vom Grundsatz der

59 Vgl. HUGUENIN JACOBS (Anm. 1), S.39-40, wobei unklar ist, ob die Aussagen sich auf die Erforderlichkeit oder die Verhältnismässigkeit beziehen. Je höher z.B. das durch eine Loyalitätsdividende vermittelte Privileg pro Aktie ist, desto strengere Anforderungen sind an den dahinterstehenden Zweck zu stellen.

60 Für vergleichbare Konzepte, z.B. mehr Stimmrechte oder eine Privilegierung im Zusammenhang mit dem Bezugs- oder Vorwegzeichnungsrecht, siehe BURCKHARDT (Anm. 7), S.370; zur rechtspolitischen Diskussion siehe AmtlBull. 2018 N 1056 f., 1061 ff., 1102, 1107, 1109 f.; AmtlBull. 2019 S 497; AmtlBull. 2019 N 2385 ff.; AmtlBull. 2020 N 585, 587, 983-984.

61 Zum Begriff siehe BURCKHARDT (Anm. 7), S.370; vgl. DANIEL DAENIKER, Loyalitätsaktien – Postulat oder Rechtswirklichkeit, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), *Mergers & Acquisitions XVII*, Zürich 2015, 139-169, S.152-154; zur Regelung im Ausland Art.L. 232-14 i.V.m. Art.L. 228-3 C.com./FR; Art.127-quater TUF/IT.

62 Im vorliegenden Beitrag wird nicht auf die Vereinbarkeit von Loyalitätsdividenden mit dem Verbot statutarischer Nebenleistungspflichten gem. Art.680 Abs.1 OR eingegangen. Solange die freie Veräusserbarkeit der Aktien gewährleistet bleibt, ist ein Verstoss gegen diese Bestimmung zumindest nicht offensichtlich; vgl. BURCKHARDT (Anm. 7), S.385 insb. Fn. 106; a.M. HANS CASPAR VON DER CRONE / KEIVAN MOHASSEB, *Stand der Aktienrechtsrevision*, AJP 2019, 781-794, S.793.

63 Vgl. oben II.2.c).

Berechnung der Dividende nach der Kapitalbeteiligung keiner separaten Aktienkategorie bedarf.⁶⁴

2. Vorliegen einer Ungleichbehandlung?

Zunächst ist festzuhalten, dass die Einführung von Loyalitätsdividenden eine Ungleichbehandlung von Aktionären bewirken würde. Man könnte zwar argumentieren, langfristig beteiligte Aktionäre befänden sich aufgrund einer längeren Haltedauer der Beteiligung in einer anderen Situation als kurzfristig beteiligte Aktionäre und dürften deshalb auch anders behandelt werden. Eine Ungleichbehandlung im Sinne des Gesetzes liege nur vor, wenn Gleiches ungleich behandelt würde.⁶⁵ Der Massstab zur Ermittlung einer Ungleichbehandlung ist im Aktienrecht aber nicht die Haltedauer der Beteiligung, sondern die Kapitalbeteiligung.⁶⁶ Erhält ein langfristig beteiligter Aktionär im Verhältnis zu einem kurzfristig beteiligten Aktionär mit derselben Kapitalbeteiligung eine höhere Dividende, ist das eine Ungleichbehandlung im Sinne des Gesetzes.

3. Rechtfertigung der Ungleichbehandlung

a) Zweckmässigkeit

Das Ziel hinter der Einführung von Loyalitätsdividenden dient dem Gesellschaftsinteresse, ist mithin aus aktienrechtlicher Sicht legitim. Mit der Einführung von Loyalitätsdividenden sollen längerfristige Aktionärsbeteiligungen gefördert werden. Damit soll ein in Bezug auf die Haltedauer ausgewogenes,

64 Vgl. hierzu den Wortlaut von Art. 661 OR; BURCKHARDT (Anm. 7), S. 384; PETER FORSTMOSER, Corporate Social Responsibility, eine (neue) Rechtspflicht für Publikumsgesellschaften?, in: Robert Waldburger et al. (Hrsg.), Law & Economics, Bern 2015, 157-181, S. 179, 180; wohl auch DAENIKER (Anm. 61), S. 162-163 mit rechtsvergleichendem Hinweis; a.M. BÖCKLI (Anm. 17), § 12 N 510; WOLFHART F. BÜRGLI, in: Emil Beck et al. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, b/1: Rechte und Pflichten der Aktionäre (Art. 660-697), Zürich 1957, Art. 660/661 N 30; THEO GUHL et al., Das schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, § 67 N 38; ferner zu Loyalitätsaktien in Form von Vorzugsaktien RONALD KOGENS, HODL-Aktien (Loyalitätsaktien), AJP 2020, 869-874, S. 872, jedoch ohne Erwägungen, ob die unterschiedliche Behandlung von langfristigen gegenüber kurzfristigen Vorzugsaktionären das Gleichbehandlungsgebot verletzt.

65 Das Gesetz bietet insbesondere die Möglichkeit, verschiedene Aktienkategorien vermögensrechtlich unterschiedlich zu behandeln (vgl. Art. 654 und 656 OR betr. Vorzugsaktien); vgl. zum französischen Recht YVES GUYON, La loi du 12 juillet 1994 sur le dividende majoré, Rev. Sociétés 1995, 1-14, S. 2-3.

66 Vgl. oben II.2.c) und in Anm. 22.

stabiles Aktionariat geschaffen werden.⁶⁷ Es ist zwar umstritten, ob längerfristig beteiligte Aktionäre einen positiven Einfluss auf die langfristige Wertschöpfung von Unternehmen haben und kurzfristig beteiligte Aktionäre sich nachteilig darauf auswirken. Die Studienlage deutet aber insgesamt eher auf die *Vorteile langfristiger Aktionärsbeteiligungen* gegenüber kurzfristigen Aktionärsbeteiligungen hin.⁶⁸ Es dürfte somit tendenziell im Interesse einer Aktiengesellschaft liegen, mit der Privilegierung längerfristig beteiligter Aktionäre eine in Bezug auf die Haltedauer ausgewogene Aktionärsbasis zu schaffen. Diese dient insbesondere dann dem Gesellschaftszweck, wenn die Gesellschaft gemäss den Statuten die Schaffung von langfristigem, nachhaltigem Wert anstrebt.⁶⁹ Die Förderung langfristiger Aktionärsbeteiligungen kann somit zweckmässig sein.

b) Verhältnismässigkeit

Die durch die Einführung von Loyalitätsdividenden bewirkte Ungleichbehandlung ist aber erst gerechtfertigt, wenn sie verhältnismässig ist. Sie muss in Bezug auf den ihr zugrunde liegenden Zweck geeignet, erforderlich und verhältnismässig sein.⁷⁰

Die Einführung von Loyalitätsdividenden ist geeignet zur Förderung längerfristiger Aktionärsbeteiligungen. Sie kann der Theorie zufolge zu einem Gleichgewicht zwischen kurzfristig und langfristig beteiligten Aktionären beitragen. Indem das Konzept das Dividendenprivileg von einer minimalen Haltedauer abhängig macht, setzt es dem Aktionär einen längerfristigen Anreiz. Loyalitätsdividenden geben den Aktionären einen *unmittelbaren finanziellen Anreiz* für das längerfristige Halten ihrer Beteiligungen. Soweit die Höhe des Privilegs bekannt ist, können die Aktionäre den künftigen Mehrertrag ihrer Beteiligung auf absehbare Zeit finanziell bewerten. Ihre Bewertung kann in die Interessenabwägung in Bezug auf das Halten oder Verkaufen ihrer Beteiligungen einfließen und diese zugunsten des Haltens

67 Vgl. HANS-UELI VOGT, Aktionärsdemokratie, Zürich/St. Gallen 2012, S.136; zum französischen Recht PHILIPPE MERLE / ANNE FAUCHON, Droit commercial, Sociétés commerciales, 23. Aufl., Paris 2019, N350, die zudem die Identifizierung der Aktionäre als Ziel nennen.

68 Zum Gesagten siehe BURCKHARDT (Anm. 7), S.374-377 m.w.H.

69 Vgl. z.B. ABB Ltd, Statuten vom 2. Mai 2019, Zürich 2019, Art.2 Abs.4. Erforderlich ist das aber nicht, zumal der Endzweck jeder gewinnstrebigen Aktiengesellschaft das Schaffen von Mehrwert ist und das Gesellschaftsinteresse in der nachhaltigen Steigerung des Unternehmenswerts liegt (vgl. oben II.3.a)).

70 Siehe oben II.3.b)-II.3.d).

beeinflussen.⁷¹ Es gibt zwar keine empirischen Erkenntnisse, aber immerhin anekdotische Nachweise, die den Zusammenhang zwischen Loyalitätsdividenden und einem grösseren Anteil längerfristig beteiligter Aktionäre bestätigen.⁷² Dafür muss aber sichergestellt werden, dass das Erfordernis der Haltedauer nicht umgangen werden kann.⁷³

Die Einführung von Loyalitätsdividenden ist das *mildeste geeignete Mittel* und somit erforderlich zur Förderung längerfristiger Aktionärsbeteiligungen. Die anderen Arten von Privilegien, wie namentlich mehr Stimmrechte für langfristig beteiligte Aktionäre, sind entweder nach geltendem Recht nicht zulässig,⁷⁴ nicht wirksam⁷⁵ oder nicht in der Praxis erprobt.⁷⁶ Es mag sein, dass mildere Mittel, wie z.B. Empfehlungen in Corporate-Governance-Richtlinien, ebenfalls einen Beitrag zur Förderung langfristiger Aktionärsbeteiligungen leisten können.⁷⁷ Ausgehend von der Annahme, dass im Kapitalmarkt finanzielle Anreize zählen, dürften Loyalitätsdividenden gleichwohl das mildeste geeignete Mittel zur Förderung längerfristiger Aktionärsbeteiligungen sein.⁷⁸

Schliesslich kann die Einführung von Loyalitätsdividenden je nach Ausgestaltung auch ein *verhältnismässiges Mittel* zur Förderung längerfristiger Aktionärsbeteiligungen sein. Je höher das Mass der Privilegierung ist, desto

71 Zum Modell von Abwanderung, Widerspruch und Loyalität siehe ALBERT O. HIRSCHMAN, *Exit, Voice, and Loyalty*, Cambridge (MA, USA) 1970, *passim*; zum Zusammenhang mit Loyalitätsdividenden vgl. BART BOOTSMA, *An Eclectic Approach to Loyalty-Promoting Instruments in Corporate Law: Revisiting Hirschman's Model of Exit, Voice, and Loyalty*, *Erasmus Law Rev.* 2013, 111-130, S.129-130.

72 Zum Beispiel der französischen Gesellschaft Air Liquide SA siehe BURCKHARDT (Anm. 7), S.380-382 m.w.H.

73 Z.B. mit einer treuhänderischen Übertragung der Aktionärsstellung. Zur Verhinderung der Umgehung könnten Gesellschaften vor der Auszahlung der Dividende eine Bestätigung der Aktionäre betreffend die wirtschaftliche Berechtigung verlangen. Siehe hierzu FORSTMOSER (Anm. 64), S.181 bei und in Fn. 122.

74 Zur Unzulässigkeit von sog. Loyalitätsstimmrechten siehe DAENIKER (Anm. 61), S.161.

75 Loyalitätsstimmrechte wirken sich gemäss bisherigen Studien nicht positiv auf die Dauer der Aktionärsbeteiligungen aus. Zu den USA siehe LYNNE L. DALLAS / JORDAN M. BARRY, *Long-Term Shareholders and Time-Phased Voting*, *Del. J. Corp. Law* 2016, 541-646, S.628-631, allerdings mit geringer Datenmenge; zu FR siehe MARCO BECHT / YULIYA KAMISARENKA / ANETE PAJUSTE, *Loyalty Shares with Tenure Voting – Does the Default Rule Matter? Evidence from the Loi Florange Experiment*, *ECGLaw Working Paper N° 398/2018*, S.12.

76 Andere Konzepte, wie eine Privilegierung hinsichtlich des Bezugs- oder Vorwegzeichnungsrechts, sind noch nicht praxiserprobt (vgl. oben III.1 Fn. 59).

77 Vgl. z.B. ECONOMIESUISSE, *Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance*, Zürich 2016, S.19, der die Interessen der langfristig engagierten Aktionäre erwähnt.

78 Zum niederländischen Recht vgl. LEVINUS TIMMERMAN, *Conclusie bij Hoge Raad*, 14.12.2007, *NJ 2008*, Nr. 105, E. 3.58.

stärker der Eingriff in die Aktionärsrechte. Die Höhe der Loyalitätsdividende muss deshalb so gewählt werden, dass sie genügend hoch ist, um tatsächlich einen Anreiz für das längerfristige Halten der Beteiligung zu setzen und genügend tief, um nicht übermässig zu sein.⁷⁹ Das Gleichbehandlungsgebot verlangt meines Erachtens nicht, dass die Privilegierung zusätzlich zur Beschränkung pro Aktie auch pro Aktionär auf einen bestimmten Prozentsatz am gesamten Aktienkapital beschränkt wird.⁸⁰ Letztlich muss das Mass der Loyalitätsdividende in einem vernünftigen Verhältnis zur Einschränkung des Rechts auf Dividende kurzfristig beteiligter Aktionäre sein.

IV. Schluss

Das aktienrechtliche Gleichbehandlungsgebot verlangt grundsätzlich, dass die Gesellschaft die Aktionäre mit derselben Kapitalbeteiligung gleichbehandelt. Es unterscheidet sich unter anderem insofern vom allgemeinen privatrechtlichen Gleichbehandlungsgebot, als es nicht auf individuelle Unterschiede zwischen den Aktionären abstellt. Weicht die Aktiengesellschaft von diesem Grundsatz ab, muss diese Abweichung im Ergebnis im *Interesse der Gesellschaft* liegen. Eine Ungleichbehandlung muss zudem verhältnismässig sein. Wie eine Auslegung des Gesetzes zeigt, muss die Ungleichbehandlung zwar dem Gesellschaftsinteresse dienen, aber nicht entscheidend für dessen Wahrung sein. Es genügt, wenn der Beschluss, der eine Ungleichbehandlung bewirkt, das mildeste der geeigneten Mittel zur Verfolgung des angestrebten Zwecks ist.⁸¹

Seit einiger Zeit wird diskutiert, inwieweit Aktiengesellschaften zur Verfolgung einer langfristigen, nachhaltigen Geschäftsstrategie und insbesondere zur *Förderung langfristiger Aktionärsbeteiligungen* vom Gleichbehandlungsgebot abweichen dürfen. Der vorliegende Beitrag beschränkt sich auf die Untersuchung der Frage, ob Aktiengesellschaften langfristig beteiligten

79 In Frankreich darf die Privilegierung höchstens 10% betragen und ist zusätzlich pro Aktionär beschränkt auf 0,5% des gesamten Aktienkapitals (Art.L. 232-14 C.com./FR). In der Schweiz ging der Gesetzgeber davon aus, dass eine Privilegierung von bis zu 20% noch verhältnismässig ist (vgl. Art.661a Abs.1 E-OR N 2019, d.h. die in der Sommersession 2018 vom Nationalrat beschlossenen, in der Einigungskonferenz verworfenen Änderungen zum Entwurf, ausgewiesen in AmtlBull. 2018 N 1123).

80 Die zusätzliche Beschränkung kann aber erforderlich sein, damit die Liquidität und somit die freie Veräusserbarkeit der Aktien nicht beeinträchtigt wird. Wäre das der Fall, ist die Vereinbarkeit mit Art.680 Abs.1 OR in Frage gestellt. Vgl. hierzu VON DER CRONE/MOHASSEB (Anm. 62), S.793.

81 Zum Ganzen siehe oben II.

Aktionären mittels statutarischer Grundlage eine im Verhältnis zu kurzfristig beteiligten Aktionären höhere Dividende, eine sog. Loyalitätsdividende, auszahlen dürfen. Es zeigt sich, dass die Förderung langfristiger Aktionärsbeteiligungen durchaus im Interesse der Gesellschaft liegt und somit zweckmässig sein kann. Ausserdem dürfte die Auszahlung einer Loyalitätsdividende auch ein verhältnismässiges Mittel zur Schaffung einer in Bezug auf die Haltedauer ausgewogenen Aktionärsbasis sein.⁸²

Angesichts der bestehenden Unsicherheiten ist es nicht erstaunlich, dass bisher keine Schweizer Aktiengesellschaft öffentlich in Erwägunggezogen hat, Loyalitätsdividenden oder vergleichbare Mittel zur Förderung langfristiger Aktionärsbeteiligungen einzuführen. Vor dem Hintergrund der potenziellen positiven Auswirkungen auf die *langfristige Wertschöpfung* eines Unternehmens wäre es aber wünschenswert, wenn es Aktiengesellschaften künftig ermöglicht würde, selbst zu entscheiden, Anreize für das längerfristige Halten von Aktien zu setzen. Ein in Bezug auf die Haltedauer ausgewogenes Aktionariat könnte es insbesondere börsenkotierten Gesellschaften vereinfachen, eine langfristige, nachhaltige Geschäftsstrategie zu verfolgen, bei der das Erzielen von kurzfristigen Gewinnen weniger stark im Vordergrund steht.

82 Zum Ganzen siehe oben III.

Christoph Mettler

Gleichheit und Privatautonomie im Erbrecht: Überlegungen zur Gesetzesrevision

I. Einleitung	182
II. Gleichheit und Privatautonomie im Privatrecht	183
III. Testierfreiheit und Einschränkung der Autonomie	185
1. Gesetzliche Erbfolge	185
2. Pflichtteilsrecht	186
3. Fazit	189
IV. Ausblick: Gleichstellung faktischer Lebenspartnerinnen	190
1. Privatautonome Gleichstellung	190
2. Gesetzliche Gleichstellung	191

I. Einleitung

Zurzeit laufen verschiedene Revisionsprojekte im schweizerischen Erbrecht. Am Ursprung der «Hauptrevision» (nachfolgend «Erbrechtsreform») stand eine Motion von Ständerat Felix Gutzwiller aus dem Jahr 2010. Das erklärte Ziel war es, das «*nicht mehr zeitgemässe Erb-/Pflichtteilsrecht flexibler auszugestalten und es den stark geänderten demografischen, familiären und gesellschaftlichen Lebensrealitäten anzupassen*».¹ Einerseits soll die Erblasserin grössere Verfügungsbefugnis über ihren Nachlass erhalten, indem die Pflichtteile reduziert werden. Andererseits sollte ein gesetzliches Erbrecht für faktische Lebenspartnerinnen eingeführt werden.²

Der ursprüngliche Motionstext wurde vom Parlament allerdings gleich zu Beginn der Revision ergänzt. Es stellte klar, dass «*keine erbrechtliche Gleichstellung der Konkubinatspaare mit den Ehepaaren*» erfolgen soll.³ Der Vorentwurf des Bundesamts für Justiz aus dem Jahr 2016 sah dafür ein sog. «Unterhaltsvermächtnis» vor, welches überlebenden Lebenspartnerinnen einen gesetzlichen Unterhaltsanspruch gegenüber der Erbschaft eingeräumt hätte.⁴ Im Entwurf vom 29. August 2018 wurde dieser Anspruch allerdings zu einem blossen «Unterstützungsanspruch» in finanziellen Notlagen degradiert,⁵ welcher vom Parlament schlussendlich ebenfalls verworfen wurde.⁶ Das mit der Revision angestrebte «*moderne Erbrecht*» wird durch die Pflichtteilsreduktion – und damit einer Stärkung der Privatautonomie – verwirklicht. Der Pflichtteil der Eltern wird abgeschafft, derjenige der Nachkommen von drei Viertel des gesetzlichen Erbanspruchs auf die Hälfte reduziert (Art. 470 Abs.1 / Art. 471 des revidierten Gesetzes). Faktische Nähebeziehungen, wie jene von Lebenspartnerinnen und Stiefkindern, werden auch zukünftig gesetzlich nicht geregelt.

Dieser Beitrag soll anhand der Gesetzesrevision das Verhältnis von Privatautonomie sowie rechtlicher Gleichstellung und tatsächlicher Gleichbehandlung (von nahestehenden Personen) im Erbrecht näher beleuchten.

1 Motion 10.3524 von Felix Gutzwiller vom 17. Juni 2010, Begründung. Inkrafttreten wird die Gesetzesänderung am 1. Januar 2023.

2 Motion Gutzwiller (Anm. 1), Begründung.

3 In der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats fiel der Entscheid für diese Ergänzung mit neun zu acht Stimmen (bei drei Enthaltungen) noch äusserst knapp aus. Der National- sowie danach der Ständerat stimmten dem Zusatz jedoch mit komfortabler Mehrheit zu, vgl. AmtlBull. 2011 N 107-111; AmtlBull. 2011 S 489.

4 Siehe dazu Art. 484a des Vorentwurfs sowie den erläuternden Bericht.

5 Vgl. Art. 606a des Entwurfs; Botschaft und Entwurf zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erbrecht), BBl 2018 5813, 5863.

6 Der Ständerat hat als erstbehandelnder Rat den Unterstützungsanspruch abgelehnt, siehe AmtlBull. 2019 S 676-686. Der Nationalrat ist ihm gefolgt, siehe AmtlBull. 2020 N 1732-1744.

II. Gleichheit und Privatautonomie im Privatrecht

Ausgangspunkt für die Untersuchung bildet die Frage, welche Bedeutung diesen Grundsätzen im Vertrags- und Familienrecht – Rechtsgebieten mit engem Bezug zum Erbrecht – zukommt.

Im Vertragsrecht gewährt das Gesetz allen handlungsfähigen Personen grundsätzlich dieselben Rechte. Gleichzeitig ist der Grundsatz der Privatautonomie, d.h. der Vertragsfreiheit, prägend. Handlungsfähige Personen können Verträge schliessen und den Inhalt frei festlegen.⁷ Faktische Unterschiede wie wirtschaftliche Ungleichheiten zwischen den Parteien werden weitgehend ausgeblendet. Ausnahmen bilden Rechtsgebiete, in denen die Gesetzgeberin davon ausgeht, dass die Machtverhältnisse systematisch in einem Missverhältnis stehen. Es geht dabei vor allem um das Arbeits-, Miet- und Versicherungsrecht. Aufgrund der Privatautonomie trifft Privatpersonen weitgehend keine Pflicht zur Gleichbehandlung von verschiedenen Personen.⁸ Ausnahmen existieren vor allem⁹ im Arbeitsrecht¹⁰ sowie bei «Personenzusammenschlüssen»¹¹ (z.B. Vereinen, Stockwerkeigentümergeinschaften oder Körperschaften).

So anerkannt die Grundsätze von Privatautonomie und rechtlicher Gleichstellung im Vertragsrecht sind, so eingeschränkt sind sie im Familienrecht.¹² Die rechtliche Gleichstellung von verschiedenen Personen im Familienrecht war ein stetig voranschreitender Prozess – und ist es noch heute. Der Ehefrau wurden erst 1988 die gleichen Rechte gewährt wie dem Ehemann.¹³ Die 2017 in Kraft getretene Revision des Unterhaltsrechts soll dafür sorgen,

7 Sofern es keine zwingenden gesetzlichen Bestimmungen gibt.

8 BGE 129 III 276, E. 3.1. Aufgrund der fehlenden unmittelbaren Drittwirkung sind Private nicht an die Grundrechte gebunden. Allerdings sind die Grundrechte bei der Auslegung zu beachten, vgl. BGE 137 III 59 E. 4.1.

9 Als allgemeine Ausnahme kann der Kontrahierungszwang genannt werden, siehe zu den Voraussetzungen BGE 129 III 35 E. 6.2 und 6.3.

10 Wichtigste Ausnahme ist die Pflicht der Arbeitgeberin zur Gleichbehandlung von Frau und Mann, siehe Art. 8 Abs. 3 BV und Art. 3 Abs. 2 GG. Darüber hinaus gibt es eine Pflicht zur Gleichbehandlung bei freiwilligen Leistungen (BGE 129 III 276 E. 3.1; BGer, 4A. 651/2017, 4. April 2018, E. 3.3) sowie bei der Ausübung des Weisungsrechts (WOLFGANG PORTMANN/ISABELLE WILDHABER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 4. Aufl., Zürich 2020, N 425).

11 BGE 131 III 459 E. 5.4.2 und 5.4.3.

12 Vgl. HEINZ HAUSHEER/THOMAS GEISER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 6. Aufl., Bern 2018, N 01.10-01.12.

13 Siehe HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (Anm. 12), N 01.32-01.35; Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht), BBl 1979 II 1191-1431.

dass der Unterhaltsbeitrag auch bei Kindern von nicht verheirateten Paaren die für das Kind bestmögliche Betreuung ermöglicht (sog. Betreuungsunterhalt).¹⁴ Bei einer Annahme durch das Stimmvolk wird die «Ehe für alle» eingeführt werden. Zukünftig könnten also auch gleichgeschlechtliche Paare heiraten.¹⁵

Innerhalb der Statusverhältnisse (Ehe, eingetragene Partnerschaft, Kindesverhältnis) behandelt das Gesetz die Ehegatten und Kinder nicht nur formal gleich,¹⁶ sondern strebt in Konfliktfällen auch eine tatsächliche Gleichheit an. Das zeigt sich in vielen Einzelfragen. Bei einer lebensprägenden Ehe sollen nach einer Scheidung beide Ehegatten soweit möglich den während der Ehe gelebten Lebensstandard weiterführen können.¹⁷ Zudem sind die während der Ehe erworbenen Ansprüche aus der beruflichen Vorsorge zu teilen (Art. 122 ZGB und Art. 281 ZPO). Die gemeinsame elterliche Sorge gilt bei einer Trennung der Eltern als Regelfall (Art. 298 ZGB). Eigene Kinder (aus verschiedenen Beziehungen) sind, abhängig von ihren Bedürfnissen, unterhaltsmässig gleich zu behandeln.¹⁸

Bei den Statusverhältnissen des Familienrechts ist deshalb die Privatautonomie im Vergleich zum Vertragsrecht deutlich eingeschränkt. Eine Person kann zwar wählen, ob sie heiraten will; über die Folgen der Eheschliessung können die Ehegatten aber nur beschränkt disponieren. Die Bestimmungen sind meist zwingender Natur (z.B. bei Kinderbelangen) oder lassen nur beschränkten Gestaltungsspielraum (z.B. im Güterrecht¹⁹). Die Scheidungsfolgen lassen sich nur unter gewissen Bedingungen²⁰ und in

14 Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesunterhalt), BBl 2013 529, 540-541. Das Bundesgericht schreibt zudem neu eine schweizweit einheitliche Berechnungsmethode vor, siehe BGer, 5A_311/2019, 11. November 2020, E. 6.

15 Das Referendum gegen die Gesetzesrevision ist zustandegekommen, vgl. Medienmitteilung der Bundeskanzlei vom 27. April 2021.

16 Siehe dazu und zur Entwicklung: ANDREA BÜCHLER / MEINRAD VETTERLI, Ehe Partnerschaft Kinder, Eine Einführung in das Familienrecht der Schweiz, 3. Aufl., Basel 2018, S.16-19.

17 BGE 141 III 465 E. 3.1. Zumindest im Grundsatz wird auch unter der neusten Rechtsprechung eine solche Gleichbehandlung angestrebt. Der Begriff «lebensprägend» wird vom Bundesgericht aber strenger ausgelegt. Zudem ist der Ausgleich zeitlich zu befristen. Es gibt keinen Anspruch auf «lebenslängliche finanzielle Gleichstellung», siehe BGer, 5A_907/2018, 3. November 2020, E. 3.4.3 und 3.4.5.

18 BGer, 5A_98/2016, 25. Juni 2018, E. 3.4; BGE 137 III 59 E. 4.2.1.

19 Siehe Art. 182 Abs. 2 ZGB, mit einer Übersicht zu den Modifikationsmöglichkeiten: BSK ZGB I-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, in: Thomas Geiser / Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar, 6. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK ZGB I-VERFASSERIN), Art. 182 N 20-22.

20 Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine sog. Scheidungskonvention auf Vorrat grundsätzlich zulässig und bindend. Willensmängel oder ein Verstoss

einzelnen Punkten²¹ (z.B. nahehelicher Unterhalt) bereits während intakter Ehe regeln.

III. Testierfreiheit und Einschränkung der Autonomie

Im Erbrecht liegt der Kern der Autonomie in der Testierfreiheit. Die Erblasserin kann zu Lebzeiten über das im Zeitpunkt ihres Todes bestehende Vermögen verfügen. Dieses Recht beruht auf der verfassungsmässig geschützten Eigentumsgarantie.²² Das Gesetz eröffnet die Möglichkeit, aus verschiedenen Verfügungsformen (Testament und Erbvertrag) auszuwählen und verschiedene Anordnungen (z.B. Vermächtnisse, Auflagen, Bedingungen) zu treffen. Dem Erblasserinnenwillen wird grosse Bedeutung zugemessen. Setzt eine Erblasserin in einer letztwilligen Verfügung für ihren ganzen Nachlass Erbinnen ein, so wird die gesetzliche Erbfolgeregelung – vorbehältlich einer Herabsetzungsklage von pflichtteilsgeschützten Erbinnen – vollends verdrängt.²³ Dieser Vorrang wird mit dem Grundsatz der Privatautonomie begründet.²⁴ Für eine Erblasserin besteht vor allem dann Bedarf, von der ihr eingeräumten Autonomie Gebrauch zu machen, wenn ihre gelebten Beziehungen nicht den in der gesetzlichen Erbfolge vermuteten entsprechen.

gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB können der Bindungswirkung entgegenstehen. Darüber hinaus darf die Konvention nicht offensichtlich unangemessen sein, was sich im Scheidungszeitpunkt beurteilt, siehe BGE 145 III 474, E. 5.6.

-
- 21 Bei Kinderbelangen können aufgrund der *Offizialmaxime* ohnehin nur Anträge gestellt werden, vgl. Art. 296 Abs. 3 ZPO. Die Parteien sind überdies nicht an Vereinbarungen zu solchen (zukünftigen) Anträgen gebunden. Aus praktischen Gründen kaum vorstellbar sind zudem vorgängige Vereinbarungen über die Teilung der beruflichen Vorsorge (vgl. Art. 280 ZPO), über die Zuteilung der Familienwohnung oder (im Rahmen der Errungenschaftsbeteiligung oder Gütergemeinschaft) über güterrechtliche Ausgleichszahlungen; a.A. ZENO RAVEANE / ANTONELLA SCHMUCKI, Die antizipierte Scheidungskonvention, FamPra.ch 2020, 589–612, S. 591 FN 11; PHILIPPE MEIER, Les conventions sur les effets du divorce: questions choisies, in: Christiana Fountoulakis / Alexandra Jungo (Hrsg.), La procédure en droit de la famille – 10^e Symposium en droit de la famille, 95–155, N 80–91.
-
- 22 BSK ZGB II-BREITSCHMID, in: Thomas Geiser / Stephan Wolf, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 6. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK ZGB II-VERFASSERIN), Vorbemerkungen zu Art. 467–536 N 3.
-
- 23 Siehe statt vieler: PraxKomm Erbrecht-HRUBESCH-MILLAUER, in: Daniel Abt / Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. PraxKomm Erbrecht-VERFASSERIN), Vorbem. zu Art. 522 ff. N 3.
-
- 24 STEPHAN WOLF, Besonderheiten des schweizerischen Erbrechts, aus der Sicht des ABGB, recht 2010, 120–130, S. 120.

1. Gesetzliche Erbfolge

Das Intestaterbrecht regelt die gesetzliche Erbfolge, wenn keine Verfügung von Todes wegen vorliegt. Die Gesetzgeberin vermutet, dass eine nicht über ihren Nachlass verfügende Erblasserin ihre nächsten Verwandten als Erbinnen einsetzen wollen würde.²⁵ Die nächsten Erbinnen sind die Nachkommen (1. Parentel), danach die Eltern und deren Nachkommen (2. Parentel) und zuletzt die Grosseltern und deren Nachkommen (3. Parentel).²⁶ Ob es sich um einen «Nachkommen» handelt, richtet sich nach dem Familienrecht.²⁷ Dabei wurden im Verlaufe des 20. Jahrhunderts verschiedene Ungleichheiten aufgegeben. Im Jahr 1973 wurden Adoptivkinder den blutsverwandten Kindern erbrechtlich vollständig gleichgestellt;²⁸ 1978 aussereheliche Kinder denjenigen, die in der Ehe geboren wurden.²⁹

Innerhalb derselben Parentel gilt von Gesetzes wegen das sog. Gleichheitsprinzip.³⁰ Kinder erben zu gleichen Teilen (Art. 457 Abs. 2 ZGB). Ist im Erbfall ein Kind vorverstorben, wird dieser Erbteil wieder gleich unter seinen Kindern aufgeteilt (vgl. Art. 457 Abs. 3 ZGB). Die gesetzliche Erbfolge stellt strikt auf die statusmässige und nicht auf die faktische Nähe zur Erblasserin ab.³¹

Bei der Festlegung der gesetzlichen Erbfolge orientiert sich die Gesetzgeberin einerseits am mutmasslichen Willen einer Erblasserin. Andererseits ist sie – was im schweizerischen Erbrecht wenig betont wird – an die Grundrechte gebunden; insbesondere an das Gleichbehandlungsgebot.³² Beide Grundsätze führen dazu, dass die Kinder einer Erblasserin vom Gesetz gleich behandelt werden müssen.

25 STEPHAN WOLF / STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, Schweizerisches Erbrecht, 2. Aufl., Bern 2020, N 127.

26 PraxKomm Erbrecht-NERTZ (Anm. 23), Vorbem. zu Art. 457 ff. N 10-18.

27 BGE 124 III 1 E. 2b = Pra 87 (1998) Nr. 137.

28 Botschaft über die Änderung des Zivilgesetzbuches (Adoption und Art. 321 ZGB), BBl 1971 I 1200, 1234-1236.

29 Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesverhältnis), BBl 1974 II 1, 96-98; MICHELLE COTTIER, Ein zeitgemässes Erbrecht für die Schweiz, Bericht zur Motion 10.3524 Gutzwiller, zuhanden des Bundesamts für Justiz, April 2013, S. 1.

30 WOLF/HRUBESCH-MILLAUER (Anm. 25), N 153.

31 Siehe BGE 134 III 467 E. 2.

32 Vgl. zum deutschen Recht: MICHAEL GRÜNBERGER, Personale Gleichheit, Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Privatrecht, Habil. Köln, Baden-Baden 2013, S. 512.

2. Pflichtteilsrecht

Die massgebliche Einschränkung der Privatautonomie besteht im Pflichtteilsrecht. Gemäss bisherigem Recht beträgt der Pflichtteil für Ehegatten und Eltern die Hälfte des gesetzlichen Erbteils und für Nachkommen drei Viertel des gesetzlichen Erbteils (Art. 471 ZGB). Eine verheiratete Person mit Kindern kann dementsprechend über drei Achtel ihres Nachlasses frei verfügen; eine unverheiratete Person mit Kindern über einen Viertel.

Mit der Erbrechtsrevision wird der Pflichtteil der Kinder auf die Hälfte des gesetzlichen Erbteils reduziert und jener der Eltern abgeschafft. Zukünftig beträgt die verfügbare Quote von Erblasserinnen mit Kindern die Hälfte. Eine Nebenfolge der Pflichtteilsreduktion der Kinder ist somit, dass die verfügbare Quote von Erblasserinnen, die Kinder hinterlassen, zivilstandsunabhängig ausgestaltet ist.³³

Das Pflichtteilsrecht ist jenes Instrument, welches sicherstellt, dass die gesetzliche Erbfolge – zumindest teilweise – zwingend beibehalten wird. Es ist Ausdruck eines Kompromisses zwischen der Testierfreiheit und der gebundenen Verwandtenerbfolge.³⁴ Würden die gesetzlichen Erbinnen nicht mit einem Pflichtteil geschützt, wäre die gesetzliche Erbfolge gänzlich dispositiv. Sie würde sich darauf beschränken, eine «Default»-Regelung zu treffen. Vor der Vereinheitlichung des Erbrechts im ZGB waren die Pflichtteile in den Kantonen sehr unterschiedlich geregelt. Einige Kantone kannten nur einen Pflichtteil für Nachkommen.³⁵ Wenn Nachkommen vorhanden waren, betrug die verfügbare Quote in den Kantonen Neuenburg, Waadt und Tessin vor Inkrafttreten des ZGB die Hälfte des Nachlasses.³⁶

Für die Pflichtteile werden verschiedene Gründe angeführt: Die Idee, dass ein Teil des Nachlasses zwingend den Angehörigen zufallen soll, ist tief verwurzelt.³⁷ Das Pflichtteilsrecht wirkt stabilitätsstiftend und dient der

33 Bei einer verheirateten Person beträgt die gesetzliche Erbquote der überlebenden Ehegattin sowie eines Kindes (oder mehrerer Kinder zusammen) je die Hälfte, die Pflichtteile betragen je ein Viertel und die verfügbare Quote die Hälfte. Bei einer nicht verheirateten Person sind die Kinder die gesetzlichen Erben, der Pflichtteil beträgt die Hälfte des gesetzlichen Erbteils und die verfügbare Quote damit ebenfalls die Hälfte.

34 ULRICH HAAS, Ist das Pflichtteilsrecht verfassungswidrig?, ZEV 2000, 249-260, S.251; HANS-PETER TSCHÄPPELER, Die Testierfreiheit zwischen Freiheit des Erblassers und Gleichheit der Nachkommen, Diss. Zürich, Zürcher Studien zur Rechtsgeschichte, Bd. 9, Zürich 1983, S.72 je m.w.H.

35 EUGEN HUBER, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, Bd. II, Basel 1888, S.271; der Pflichtteilsschutz des überlebenden Ehegatten war unterschiedlich und teilweise kompliziert ausgestaltet, siehe S.272-278.

36 HUBER (Anm. 35), S.264.

37 Botschaft Erbrechtsrevision (Anm. 5), 5830.

Rechtssicherheit; ist Ausfluss der Solidarität und des Näheverhältnisses innerhalb der Familie. Zudem hat es (immer noch) eine Versorgungsfunktion.³⁸

Bei den Pflichtteilen der Nachkommen liegt der überzeugendste Grund – für den Fall, dass die Erblasserin mehrere Kinder hat – aber darin, dass wohl allgemein in der Gesellschaft die Auffassung vorherrscht, dass die eigenen Kinder (zumindest mehr oder weniger) gleich behandelt werden müssen.³⁹ Wie gezeigt, nimmt auch das Gesetz diese Wertung bei der gesetzlichen Erbfolge vor – unabhängig davon, ob man diese auf den mutmasslichen Erblasserinnenwillen oder das Gleichbehandlungsgebot stützt.

Die grosse Bedeutung des Gleichbehandlungsgebots zeigt sich bei anderen gesetzlichen Bestimmungen, und zwar in unterschiedlicher Ausprägung. Die Willensbildung in der Erbinnengemeinschaft beruht auf dem Einstimmigkeitsprinzip. Es handelt sich um eine Gesamthandgemeinschaft (Art. 602 Abs. 2 ZGB). Die Gesetzgeberin hat nicht ein Kopfstimmprinzip, sondern ein Vetorecht für jede einzelne Erbin vorgesehen.⁴⁰ Dadurch wird nicht nur – was das Bundesgericht betont – die Erbinnengemeinschaft vor schädlichen Sonderaktionen geschützt,⁴¹ sondern ein effektiver Minderheitenschutz geschaffen. Gegen den Willen einer Erbin kann nicht über Nachlassgegenstände verfügt werden. Letztlich ist dies Ausdruck davon, dass jede Erbin unabhängig von ihrem Erbteil Anspruch auf die Nachlassgegenstände hat.⁴² Ebenso hat das Gericht bei einer strittigen Erbteilung die Lose so zu bilden, dass die Nachlassgegenstände nach verschiedenen Kategorien (Barmittel, Wertschriften, Immobilien, Mobilien etc.) möglichst ausgeglichen auf die Lose verteilt werden.⁴³ Erbinnen werden zwar nicht «*quantitativ*», von Gesetzes wegen aber «*qualitativ*» gleich behandelt.⁴⁴

Zumindest dispositiv sieht das Gesetz über das Pflichtteilsrecht hinaus eine gewisse quantitative Gleichbehandlung vor. In den Bestimmungen über die Ausgleichung – ähnlich wie bei der gesetzlichen Erbfolge – wird vermutet,

38 TOMIE KELLER, Die faktische Lebensgemeinschaft im Erbrecht, Diss. Basel, Schriftenreihe zum Familienrecht, Bd. 26, Bern 2018, S.143-152; HAAS (Anm. 34), S.256-257; WOLF (Anm. 24), S.125.

39 Ähnlich aus einer rechtsgeschichtlichen Perspektive: TSCHÄPPELER (Anm. 34), S.53-57, 73 m.w.H.; siehe ebenfalls zum deutschen Recht BVerfGE 112, 332 N 74.

40 Die Erblasserin kann das Einstimmigkeitsprinzip nicht wegbedingen, PraxKomm Erbrecht-WEIBEL (Anm. 23), Art.602 ZGB N 23 m.w.H.

41 BGE 121 III 118 E. 3.

42 Vgl. BGE 143 III 425 zur sog. Anspruchsgleichheit. Bei Unternehmen im Nachlass soll dieser Grundsatz in Zukunft eingeschränkt werden, vgl. Art. 617 Abs.2 und 619 des Vorentwurfs «Unternehmensnachfolge».

43 BGE 100 II 440 E. 4; vgl. BGE 143 III 425 E. 4.5.

44 PraxKomm Erbrecht-WEIBEL (Anm. 23), Vorbem. zu Art.607 ff. ZGB N 12.

dass die Erblasserin sämtliche Kinder gleich behandeln will (Art. 626 Abs. 2 ZGB). Ebenso vermutet das Gesetz, dass eine Zuweisung einer Erbschafts-sache an eine Erbin nicht als Begünstigung, sondern als blosser Teilungsvorschrift zu betrachten ist (Art. 608 Abs. 3 ZGB).

In anderen Bestimmungen zielt das Gesetz sogar darauf ab, materielle Gerechtigkeit bzw. proportionale Gleichheit herzustellen: So sieht Art. 631 Abs. 2 ZGB für noch in Ausbildung stehende Kinder im Erbfall ein Recht auf Vorausbezug vor. Dabei handelt es sich um einen zwingenden Anspruch.⁴⁵ In gleicher Weise kann der Anspruch auf den sog. Lidlohn nach Art. 334 ZGB nicht von der Erblasserin letztwillig wegbedungen werden.⁴⁶

3. Fazit

Im Ergebnis lässt sich also festhalten, dass die Gesetzgeberin neben der formalen Gleichstellung von Personengruppen sowie einer «qualitativen» Gleichbehandlung der Erbinnen zumindest eine gewisse tatsächliche bzw. «quantitative» Gleichbehandlung anstrebt. Bei Nachkommen bildet das Pflichtteilsrecht das wichtigste Mittel dazu. Mit der Gesetzesrevision wird insbesondere beabsichtigt, der Erblasserin die Möglichkeit zu geben, verschiedene Personen gleich zu behandeln, die von Gesetzes wegen nicht «gleich» sind (z.B. blutsverwandte Kinder und Stiefkinder).⁴⁷ Mit der grösseren Verfügungsfreiheit ermöglicht das Gesetz allerdings auch eine weitergehende Ungleichbehandlung von Personen, die von Gesetzes wegen gleichbehandelt werden würden (z.B. blutsverwandte Kinder). Dieser Aspekt wird in der Diskussion vernachlässigt. Oftmals werden lediglich die «Modernität» und die Vorteile der Pflichtteilsreduktion betont, z.B. die erleichterte Übergabe von Familienunternehmen.⁴⁸

Im Pflichtteilsrecht zeigt sich exemplarisch, dass die im Vertragsrecht vorherrschende Privatautonomie und die im Familienrecht angestrebte Gleichbehandlung im Erbrecht aufeinandertreffen. Wie im Vertragsrecht geht es

45 Vgl. PraxKomm Erbrecht-BURCKHARDT BERTOSSA (Anm. 23), Art. 631 ZGB N 18. Allerdings besteht der Anspruch gem. h.L. nur, wenn kein Elternteil mehr vorhanden ist, der die Ausbildung finanzieren kann, siehe BSK ZGB II-FORNI/PIATTI (Anm. 22), Art. 631, N 9. Aus dem Gesetzeswortlaut geht diese Einschränkung jedoch nicht hervor.

46 BGE 109 II 389 E. 4-6.

47 Botschaft Erbrechtsrevision (Anm. 5), 5814.

48 Botschaft Erbrechtsrevision (Anm. 5), 5814, 5830. Im Vernehmlassungsverfahren betonten zumindest die Advokatenkammer Basel-Stadt sowie die Universität Bern die mit der Pflichtteilsreduktion verbundene grössere Ungleichbehandlung, siehe Stellungnahme der Universität Bern vom 17. Juni 2016, S. 7 und der Advokatenkammer Basel vom 20. Juli 2016, S. 5.

beim Erbgang um die Übertragung von Vermögenswerten. Der Erblasserin soll in Form der Testierfreiheit – wie zu Lebzeiten – Autonomie zukommen. Faktisch ist das (Ver-)Erben jedoch eine «Familienangelegenheit», weshalb die im Familienrecht vorherrschenden Gleichheitsüberlegungen nicht ignoriert werden können. Bei der Festlegung der Pflichtteile hat die Gesetzgeberin die gegenläufigen Interessen angemessenen auszutarieren.

Mit der Gesetzesrevision wird die Gleichbehandlung der pflichtteilsgeschützten Erbinnen zugunsten der Privatautonomie eingeschränkt. Diese Änderung ist zwar nicht per se abzulehnen. Allerdings greift die Überlegung zu kurz, dass das «moderne» Erbrecht zwingend mit einer grösseren Autonomie verbunden sein muss. Die verfügbare Quote von Erblasserinnen mit Nachkommen betrug schon vor Inkrafttreten des ZGB in gewissen Kantonen die Hälfte. Wie gross die verfügbare Quote sein soll, hat wenig mit der Frage zu tun, wie «zeitgemäss» das Erbrecht ist, sondern welche Wertungen man vornimmt. Im Familienrecht ist das Gleichbehandlungsgebot wichtiger denn je. Es ist deshalb eher erstaunlich, dass diesem bei der Erbrechtsrevision weniger Gewicht zugemessen wird.

Dieser Umstand lässt sich damit erklären, dass die Gesetzgeberin davon ausgeht, dass die nächsten Beziehungen von Erblasserinnen sich nicht mehr nach Statusverhältnissen richten (z.B. faktische Partner, Stiefkinder). Aufgrund dessen geht die Gesetzgeberin davon aus, dass sie den mutmasslichen Erblasserinnenwillen weniger gut kennt wie in vergangenen Zeiten, weshalb die Testierfreiheit erhöht werden müsse. Ob diese Gegebenheit zutrifft, ist allerdings nur eine Mutmassung. Die Gesetzesrevision stützt sich nicht auf empirische Evidenz zur vorherrschenden gesellschaftlichen Einstellung, wie (gleichmässig) die (blutsverwandten) Nachkommen am Nachlass partizipieren sollen. Solche Daten hätten wertvolle Hilfe geleistet, um die Pflichtteile unter Berücksichtigung von Gleichheit und Privatautonomie tatsächlich «zeitgemäss» festzusetzen.

IV. Ausblick: Gleichstellung faktischer Lebenspartnerinnen

Wie angetönt, geht die Gesetzgeberin davon aus, dass faktische Beziehungen heutzutage grosse Bedeutung haben. Nachfolgend soll deshalb auf ein solches Gleichstellungsanliegen, nämlich die erbrechtliche Gleichstellung von faktischen Lebenspartnerinnen mit Ehegatten eingegangen werden.

1. Privatautonome Gleichstellung

Wie dargelegt, wurde in der Erbrechtsrevision darauf verzichtet, die faktische Lebensgemeinschaft mit der Ehe gleichzustellen. Eine Partnerschaft wird auch nach der Reform erbrechtlich nicht wie eine Ehe behandelt. Allerdings soll es den Partnerinnen durch die Pflichtteilsreduktion erleichtert werden, sich gegenseitig zu begünstigen.

Unter neuem Recht beträgt die verfügbare Quote einer Erblasserin, die Nachkommen hinterlässt, die Hälfte des Nachlasses. Die Erblasserin kann der Lebenspartnerin letztwillig die gesamte verfügbare Quote zuweisen. Damit erhält die überlebende Partnerin gleich viel wie eine Ehegattin von Gesetzes wegen. Der überlebenden Partnerin kann künftig derselbe Erbanteil zugewiesen werden, wie sämtlichen Kindern und einer allfälligen Ehegattin zusammen oder wie der überlebenden Ehegattin einer kinderlosen Erblasserin allein.

Eine vollkommene Gleichstellung mit der Ehe lässt sich jedoch auch zukünftig nicht realisieren.⁴⁹ Zum einen bietet das ZGB für verheiratete Paare weitergehende Möglichkeiten, den überlebenden Ehegatten maximal zu begünstigen.⁵⁰ Zum andern werden faktische Lebenspartnerinnen bei der Erbschaftssteuer gegenüber verheirateten Paaren benachteiligt. So sind Ehegatten in praktisch allen Kantonen von der Erbschaftssteuer ausgenommen, während faktische Lebenspartnerinnen oftmals lediglich privilegiert werden.⁵¹ Das erstaunt umso mehr, da im Abgaberecht dem Grundsatz der Gleichbehandlung grosse Bedeutung zukommt.⁵² Der Reformbedarf scheint bei der Erbschaftssteuer unbestritten.⁵³

2. Gesetzliche Gleichstellung

Seit der Verabschiedung des Motionstexts sind rund zehn Jahre vergangen. Das Anliegen, verschiedene Lebensformen einander gleichzustellen, hat im gesellschaftlichen Diskurs nochmals an Bedeutung gewonnen. Der Motionstext entspricht kaum den in der Zwischenzeit ergangenen oder angestossenen

49 Ausser mit einem Erbvertrag zwischen allen pflichtteilsgeschützten Erbinnen.

50 Z.B. mit güterrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten wie die Vorschlagszuteilung nach Art. 216 ZGB oder der Nutzniessung nach Art. 473 ZGB.

51 Siehe die Übersicht von ALEXANDRA JUNGO, Faktische Lebenspartner als Erben, *successio* 2016, 5-26, S.11-12.

52 Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots hingegen verneinend: BGE 123 I 241.

53 Siehe BSK ESchStR-OPEL, in: Martin Zweifel / Michael Beusch / Silvia Hunziker (Hrsg.), Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Basel 2020 (zit. BSK ESchStR-VERFASSERIN), § 4 N 29-32; Botschaft Erbrechtsrevision (Anm. 5), 5830-5831.

Reformen (z.B. die Stiefkindadoption oder die Ehe für Alle). Vom Idealbild der Familie – d.h. von einem verheirateten gegengeschlechtlichen Paar – als «institutionelle Konstante»⁵⁴, die bewahrt werden soll, ist das Parlament inzwischen abgerückt.

Zwar geht es in diesen Reformen ebenfalls um die Revision von Statusverhältnissen, was sich im Prinzip mit der Entscheidung, faktische Verhältnisse nicht zu regeln, in Einklang bringen liesse. Allerdings spricht sich ein gewichtiger Teil der juristischen Lehre für eine Gleichstellung von faktischen Lebensgemeinschaften mit der Ehe aus.⁵⁵ Die religiöse und moralische Bewertung der Ehe spielt überdies gesellschaftlich weitgehend keine Rolle mehr. Im Erbrecht sind – zumindest unter Gleichbehandlungsaspekten – kaum mehr Gründe ausfindig zu machen, weshalb zwischen einer Partnerschaft und der Ehe unterschieden werden müsste, sofern die gelebte Beziehung «*funktionsgleich*» ist.⁵⁶ Es wird deshalb die Prognose gewagt, dass das Thema in nicht allzu ferner Zukunft wieder aufgenommen wird. Bei diesem politischen Prozess sollte sich die Gesetzgeberin hingegen zwei Problemen bewusst sein.

Erstens muss bei der Gleichstellung der faktischen Partnerschaft die Gesetzgeberin entscheiden, was eine Lebensform ist, die einer Ehe entspricht. Nun gibt es jedoch nur eine notwendige, aber hinreichende Bedingung für die Ehe, nämlich die Trauung. Will das Gesetz die funktionsgleichen Beziehungen erfassen, kann logischerweise nicht auf eben dieses – eigentlich einzig entscheidende – Merkmal abgestellt werden. Faktische Partnerschaften können gar nicht mit «*der*» Ehe gleichgestellt werden, sondern nur mit einer «*typischen*» Ehe. Die Gesetzgeberin muss korrelierende Eigenschaften wie Zusammenleben, Kinder, romantische Beziehung sowie Treue und Beistand heranziehen. Damit werden Kriterien geschaffen, die es für eine Ehe gerade nicht braucht. Unter aktuellem Recht zeigt sich das exemplarisch bei den Kriterien «Wohn-, Tisch- und Bettgemeinschaft» des qualifizierten Konkubinats, welches zum Untergang oder zur Sistierung des Unterhaltsanspruchs führt.⁵⁷

Eine gesetzliche Definition einer ehgleichen Gemeinschaft ist mit einer freiheitlichen Grundordnung nur schwer vereinbar: Ohne explizit geäusserten Willen werden Paare mit einer ehelichen Gemeinschaft gleichgesetzt, weil

54 So implizit der abgeänderte Motionstext, siehe Botschaft (Anm. 5), 5822.

55 Z.B.: JUNGO (Anm. 51), S.20-26; eine Opting-out-Lösung in Betracht ziehend: COTTIER (Anm. 29), S.17-18; KELLER (Anm. 38), S.162-164; zumindest für ein gesetzliches Erbrecht: PETER BREITSCHMID, Bericht zu den Konturen eines «zeitgemässen Erbrechts» zuhanden des Bundesamtes für Justiz zwecks Umsetzung der «Motion Gutzwiller» (10.3524 vom 17.06.2010), N 64.

56 KELLER (Anm. 38), S.154-155 m.w.H.

57 Vgl. BGE 138 III 97 E. 2.3.3; BGer, 5A_964/2018, 26. Juni 2019, E. 3.2.2.

ihre Beziehung Ähnlichkeiten zu einer typischen Ehe aufweist. Ein solches – letztlich paternalistisches – Staatsverständnis widerstrebt dem Grundsatz der Privatautonomie.

Das zweite Problem liegt bei den gewählten Kriterien. Bei den in der Lehre gemachten Vorschlägen wird mitunter auf eine Mindestdauer des Zusammenlebens, gemeinsame Kinder, das Leisten von Beistand oder auf eine wertende Gesamtbetrachtung abgestellt.⁵⁸ Die ersten beiden Kriterien können vergleichsweise einfach festgestellt werden. Allerdings kann zumindest aus dem Zusammenleben noch nicht auf einen eheäquivalenten, langfristigen Bindungswillen geschlossen werden. Ein ähnlicher Verpflichtungsgrad scheint jedoch notwendig, wenn die Beziehung funktionsgleich zur Ehe sein soll.⁵⁹ Aus diesem Grund muss auf weitere Kriterien zurückgegriffen werden, die zwangsläufig in die Privatsphäre des Paares eingreifen.⁶⁰ Im Streitfall müssen die überlebende Partnerin (allenfalls auch mehrere Partnerinnen) und die anderen gesetzlichen Erben über die Beziehung prozessieren. Die Parteien haben darzulegen, wie das Paar seine Beziehung gelebt hat und das Gericht muss darüber Beweise abnehmen. Schlussendlich entscheiden Richterinnen darüber, was für eine Qualität die Paarbeziehung aufgewiesen hat.

Wird die faktische Partnerschaft mit der Ehe gleichgestellt, muss in Kauf genommen werden, dass dem Staat die Deutungshoheit zukommt, was eine typische Ehe und eine dementsprechend funktionsgleiche Beziehung ist. Gerichte müssen im Streitfall über die Qualität der Beziehung entscheiden. Die Privatautonomie würde in dieser Hinsicht eingeschränkt. Insofern ist die Gesetzgeberin konsequent, wenn sie in der aktuellen, die Privatautonomie stärkenden Erbrechtsreform auf eine Gleichstellung der faktischen Partnerschaft mit der Ehe verzichtet.

58 Siehe z.B. die Vorschläge von COTTIER (Anm. 29), S.14-15; ALINE KRATZ-ULMER, Anknüpfungskriterien zu einer gesetzlichen Regelung für die faktische Lebensgemeinschaft und deren Auflösung infolge Todesfalls, *successio* 2018, 210-216, S.211-212; BREITSCHMID (Anm. 55), N. 26.

59 SABINE HOHL, Sollten nichteheliche Lebensgemeinschaften rechtlich geregelt sein?, *FamPra.ch* 2016, 637-656, S.642.

60 Ähnlich HOHL (Anm. 59), S.647.

Teil 4:

Gleichheit der Staaten

Lea Ina Schneider

State Consent in International Law—An Obstacle to Effective International Problem-Solving?

I. Introduction	198
------------------------	-----

II. The Principle of State Consent	199
1. Mapping the Terrain—Definition of State Consent	199
2. Origin of the Principle of State Consent	200
a) Equality, Sovereignty and Legitimacy	200
b) Compliance	202
3. Problematic Aspects of State Consent	202

III. Traditional Non-Consensual Forms of International Law	203
1. Customary International Law, Jus Cogens and UN Security Council Resolutions	204
2. Overriding Principles as Justification for the Traditional Forms of Non-Consensual International Law	205

IV. Development of State Consent—Questioning the Strict Commitment to State Consent	206
--	-----

V. Ways forward: Promoting Soft Law as A New Non-Consensual Form of International Law	208
--	-----

VI. Conclusion	209
-----------------------	-----

I. Introduction

International law is based on the foundation of state consent.¹ Some scholars have even gone so far as to claim that without consent a state cannot be bound by international law.² In practice, international legal obligations are never imposed on states without their consent.³

However, in today's globalised world with pressing global challenges, the strict commitment to state consent is double-edged. On the one hand, the principle of state consent protects sovereignty and the interests of states. On the other hand, it can present an obstacle to effective decision-making and cooperation in a world of vastly diversified opinions and priorities. Thereby, it can prevent the solving of the most pressing global challenges, such as climate change.⁴

This paper aims to delve deeper into the problematic aspects of this principle of state consent. In the literature, two opposing camps regarding the principle of state consent can be identified; while the first stresses that international obligations can result from state consent only, the second is characterised by a growing disregard for a strict commitment to state consent.⁵ This paper is dedicated to a mediating approach between these two opposing groups. I will argue that the critics of the consent principle are right in the sense that a strict understanding of the principle of state consent hinders the solving of today's global problems. Climate change, nuclear weapons and poverty require global cooperation which is almost made impossible when sticking to a strict concept of state consent. Therefore, I argue that the traditional non-consensual forms of international law along with soft law should be encouraged. However, both do not question the principle of state consent. In the case of traditional non-consensual forms of international law, there are overriding principles, explaining why they do not require consent. Also, soft law as the new form of non-consensual international law does not

1 ANTHONY AUST, *Handbook of International Law*, 2nd ed., Cambridge 2010, p. 3; LOUIS HENKIN, *International Law: Politics and Values*, The Hague 1995, p. 27.

2 ANTONIO CASSESE, *International Law in a Divided World*, Oxford 1986, p. 169; GENNADY MIKHAILOVICH DANILENKO, *Law-Making in the International Community*, Dordrecht/Boston 1993, p. 7; HENKIN (n. 1), p. 9, p. 27.

3 LIAM MURPHY, *What makes Law*, Cambridge 2014, p. 179.

4 ANDREW T. GUZMAN, *Against Consent*, *Virginia Journal of International Law* 52 2012, pp. 747-790, p. 749.

5 DANIEL BODANSKY / J. SHAND WATSON, *State Consent and the Sources of International Obligation*, *American Society of International Law Proceedings* 86 1992, pp. 108-113.

challenge the consensual approach of international law as it evolves at the periphery of the international legal order, especially through informal channels.⁶

This paper takes a mediating stance between the two opposing camps in the literature as it claims that consensual and traditional non-consensual forms of international law have always co-existed. The main reason for a strict state consent principle is the compliance deficit of international law, which is a result of the lack of centralised enforcement mechanisms in international law.⁷ Hence, weakening the principle of state consent weakens the compliance, stability and acceptance of international law and its legitimacy—showing that its underlying thoughts are too vital to be abandoned. Furthermore, I argue that there is no reasonable alternative to the principle of state consent.

First, I will state what is meant by state consent and outline the underlying thoughts and reasons for this principle which stress its importance. Then, I analyse its most vital challenges, such as its lack of effectiveness and that it promotes the self-interest of states. Third, I will analyse the traditional non-consensual forms of international law. Then, I will examine the development of state consent, showing that non-consensual forms of international law have become increasingly important. Subsequently, I will discuss soft law as a new form of non-consensual international law.

II. The Principle of State Consent

1. Mapping the Terrain—Definition of State Consent

As a starting point, it must be clear what is meant by state consent and international law. Defining consent is not a simple task; most international legal scholars do not state what they mean by it.⁸ “Consent” in international law

6 ARMIN STEINBACH, *The Trend towards Non-Consensualism in Public International Law: A (Behavioural) Law and Economics Perspective*, *European Journal of International Law* 27 2016, pp. 643–668, p. 645.

7 DAVID J. BEDERMAN, *Counterintuiting Countermeasures*, *American Journal of International Law* 96 2002, pp. 816–832, p. 818; LAURENCE R. HELFER, *Nonconsensual International Lawmaking*, *University of Illinois Law Review* 2008, pp. 71–125, p. 73; DUNCAN SNIDAL, *Coordination versus Prisoners’ Dilemma: Implications for International Cooperation and Regimes*, *American Political Science Review* 79 1985, pp. 923–942, p. 926.

8 E.g. GUZMAN (n. 4); HELFER (n. 6); DUNCAN B. HOLLIS, *Why Consent Still Matters—Non-State Actors, Treaties and the Changing Sources of International Law*, *Berkeley Journal of International Law* 23 2005, pp. 137–174; NICO KRISCH, *The Decay of Consent: International Law in the Age of Global Public Goods*, *American Journal of International Law* 108 2014, pp. 1–40.

refers to both; the “free will” of states and their “acceptance” of international law.⁹ One further conceptual point must be emphasised: the object of state consent which is usually reduced to consent regarding state interests and hence to self-interested consent.¹⁰ Second, this paper’s understanding of international law must be clear. For the purpose of this paper, a positivistic understanding of international law is applied; it is defined as the law originating from the sources described in Art. 38 (1) ICJ-Statute.

2. Origin of the Principle of State Consent

In a much-quoted passage of the *Lotus Case*, the Permanent Court of International Justice holds that rules binding states “[...] must emanate from their own free will”¹¹. The following section aims to examine the underlying ideas of the principle of state consent which are at the same time the strongest arguments in favour of this principle.

a) Equality, Sovereignty and Legitimacy

The concept of state consent can be traced back to three core ideas of which the first two are closely interlinked: the equality of states, their sovereignty and the legitimacy of international law.

The equality of states is protected by having their consent as a requirement in international law-making. Thereby, a way for small and weak states is provided to resist the domination of large and powerful states or coalition of states.¹² Furthermore, the states’ equal consent protects the individual members of those states’ right to an equal voice in the collective decision-making

9 P.C.I.J., Case of the S.S. *Lotus* (France versus Turkey), 7 September 1927 (ser. A) No. 10, p. 18; ICJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company* (Belgium versus Spain), 5 February 1970, Rep. 3, para. 47; ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* (Nicaragua versus The United States), 27 June 1986, Rep. 14, para. 135.

10 GUZMAN (n. 4), p. 747, pp. 754–5; HELFER (n. 6); JOEL P. TRACHTMAN, *The Future of International Law*, Cambridge 2013. However, BESSON argues that if consent is central to international law-making, it should apply to the whole range of objects of international law without restrictions, including moral-political issues such as human rights and climate justice, BESSON (n. 21), p. 296.

11 P.C.I.J., Case of the S.S. *Lotus* (France versus Turkey), 7 September 1927 (ser. A) No. 10, p. 18.

12 JAN KLABBERS, *Law-making and Constitutionalism*, in: Jan Klabbbers / Anne Peters / Geir Ulfstein (eds.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford 2012, pp. 81–125, p. 114; EYAL BENVENISTI / GEORGE W. DOWNS, *The Empire’s New Clothes, Political Economy and the Fragmentation of International Law*, *Stanford Law Review* 60 2007–2008, pp. 595–631.

process they are participating in through their states.¹³ The principle of equal consent underlines and reinforces the equality between states and postulates that a state cannot be bound by any law to which it has not given its consent.¹⁴

Additionally, the consent requirement is an important safeguard against encroachment on sovereign spheres and political priorities.¹⁵ The reason for a consent-based system builds on the understanding of the role of the state in the global system:¹⁶ states possess sovereign equality, meaning non-subordination to other states.¹⁷ They remain the most important political unit in today's world, act on behalf of their populations, enter into agreements and claim exclusive control over their territory.¹⁸ From these considerations, it follows that consent is necessary for them to be bound by international law.

Furthermore, the principle of state consent fosters the legitimacy and henceforth the stability of international law.¹⁹ State consent amounts to a justification for the legitimate authority of international law so produced.²⁰ In the case of democratic states, the democratic accountability to their people need to be taken into account in international law-making, especially in the circumstances of widespread and persistent reasonable disagreement that prevail among and within democratic states regarding international law. This is best done by respecting the sovereign equality of democratic states and hence their consent as the way to grant an equal voice to their people.²¹

13 THOMAS CHRISTIANO, *Climate Change and State Consent*, in: Jeremy Moss (ed.), *Climate Change and Justice*, Cambridge 2015, pp. 17-38; from a constitutional perspective JAN KLABBERS, *International legal positivism and constitutionalism*, in: Jörg Kammerhofer / Jean d'Aspremont (eds.), *International Legal Positivism in a Post-Modern World*, Cambridge 2014, pp. 264-290, p. 285.

14 ARNOLD D. MCNAIR, *Equality in international law*, *Michigan Law Review* 26 1927, pp. 131-152, p. 146, p. 152.

15 JUTTA BRUNNÉE, *Consent*, in: Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck encyclopedias of public international law*, Oxford 2010, para. 4.

16 ANDREW T. GUZMAN, *The Consent Problem in International Law*, *Berkeley Program in Law and Economics, Working Paper Series* 2011, pp. 4-63, p. 8.

17 JULIANE KOKOTT, *States, Sovereign Equality*, in: Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford 2011, para. 28.

18 GUZMAN (n. 17), p. 5.

19 BRUNNÉE (n. 16), para. 4; ASHLEY S. DEEKS, *Consent to the Use of Force and International Law Supremacy*, *Harvard International Law Journal* 54 2013, pp. 1-60, p. 49; MATTHEW J. LISTER, *The Legitimizing Role of Consent in International Law*, *Chicago Journal of International Law* 11 2011, pp. 663-691.

20 SAMANTHA BESSON, *State consent and disagreement in international law-making, Dissolving the Paradox*, *Leiden Journal of International Law* 29 2016, pp. 289-316, p. 300.

21 BESSON (n. 21), p. 316.

b) Compliance

One of the signature features of international law is its lack of enforcement mechanisms. This reality makes compliance with international law a matter of constant concern.²² Thus, the consent requirement aims to reduce the frequency of non-compliance by limiting international law rules to those that states have agreed to accept.²³ As international law lacks authoritative institutions to produce objectively valid rules, it is not in a position to adopt an approach to rule formation that might be at variance with the conclusions reached by the participants in the process.²⁴

3. Problematic Aspects of State Consent

Although, as shown, there are important reasons for the principle of state consent, it also faces criticism which will be examined next.

The most common critique depicts state consent as a tool fostering the state's own interests and welfare,²⁵ leading to international law-making which is not focused on promoting global public goods.

However, Besson argues against this by claiming that states are institutional constructs that can be designed to decide in a non-self-interested fashion.²⁶

Furthermore, the principle of state consent is criticised for its lack of efficiency, as multilateral treaty-making is a slow and cumbersome process. Especially when it requires the approval of the world's nearly two hundred nations.²⁷ A major difficulty consists in ensuring that all states affected by international problems become parties to international agreements that

22 ANDREW T. GUZMAN, *How International Law Works*, Oxford 2008.

23 BODANSKY/WATSON (n. 5), p. 110; GIORGIO GAJA, Discussion, in: Antonio Cassese / Joseph H.H. Weiler (eds.), *Change and Stability in International Law-Making*, Oldenbourg 2010, pp. 16-17, p. 16; GUZMAN (n. 4), p. 752; HELFER (n. 6), p. 73; ALAIN PELLET, *The Normative Dilemma: Will and Consent in International Law-Making*, *Australian Yearbook of International Law* 12 1988-1989, pp. 22-53, p. 37.

24 BODANSKY/WATSON (n. 5), p. 110.

25 JONATHAN I. CHARNEY, *Universal International Law*, *American Journal of International Law* 87 1993, pp. 529-551; BRUNO SIMMA, *From Bilateralism to Community Interests in International Law*, *Recueil des cours de l'Academie de droit international* 250 1997, pp. 217-384; CHRISTIAN TOMUSCHAT, *Obligations arising for states without or against their will*, *Recueil des cours de l'Academie du droit international* 241 1993, pp. 195-374.

26 BESSON (n. 21), p. 312.

27 GEOFFREY PALMER, *New Ways to Make International Environmental Law*, *American Journal of International Law* 86 1992, pp. 259-283.

seek to resolve those difficulties.²⁸ As this often does not work, international law is seen as increasingly incapable of providing much-needed solutions for the challenges of a globalised world. As countries become increasingly interdependent and vulnerable to global challenges, an international order that safeguards states' freedoms at the cost of common policies is often seen as anachronistic.²⁹

Insisting on the consent of states to the creation of new norms puts a rather strict limit on the degree of creativity available to commentators,³⁰ whereby creating an extremely conservative regime with a powerful preference for the *status quo*.³¹ Dissatisfaction with a consent-based order is perhaps strongest among those that focus on problems demanding large-scale collective action, as in the case of climate change, where the inability to proceed by majority rule is increasingly seen as untenable in light of the challenge.³² According to this view, what is needed is a turn to non-consensual law-making mechanisms.³³

III. Traditional Non-Consensual Forms of International Law

Given the importance and significance of the principle of state consent, the impression could be created that international law is always based on consent. However, some of the traditional pillars of international law, namely, customary international law, *jus cogens* and the resolutions of the UNSC cannot be fully explained on the basis of state consent.³⁴ In this section, it will be examined why these forms do not require consent.

28 GEORGE W. DOWNS et al., *Managing the Evolution of Multilateralism*, International Organization 52 1998, pp. 397-419, p. 398; SCOTT BARRETT, *Environment and Statecraft*, Oxford 2003, pp. 195-220.

29 KRISCH (n. 8), p. 1.

30 BODANSKY/WATSON (n. 5), p. 108.

31 GUZMAN (n. 17), p. 5, p. 14.

32 JUTTA BRUNNÉE /STEPHEN J. TOOPE, *Legitimacy and Legality in International Law*, Cambridge 2010, p. 215; DANIEL C. ESTY/ANTHONY L. I. MOFFA, *Why Climate Change Collective Action Has Failed and What Needs to Be Done Within and Without the Trade Regime*, Journal of International Economic Law 15 2012, pp. 777-791, p. 779.

33 See GUZMAN (n. 4); HELFER (n. 6); TRACHTMAN (n. 10).

34 CHARNEY (n. 27), pp. 536-542; J. PATRICK KELLY, *The Twilight of Customary International Law*, Virginia Journal of International Law 40 2000, pp. 449-544, pp. 508-516; TOMUSCHAT (n. 27), pp. 278-290; WEIL (n. 55), pp. 433-434; STEPHEN HALL, *The Persistent Spectre: Natural Law, International Order and the Limits of Legal Positivism*, European Journal of International Law 12 2001, pp. 269-307.

1. Customary International Law, Jus Cogens and UN Security Council Resolutions

By contrast to treaties, customary international law is often regarded as less “consensual”, at least to the extent that the practice and *opinio juris* need only be general and not unanimous for a custom to arise. Even though the two elements; convergent practice and *opinio juris*, are still consent-oriented,³⁵ consent does not need to be secured completely for custom to arise.

As a result, customary international law seems to bind some states without or even against their consent.³⁶ Importantly, however, this is only the case provided a state does not object expressly and persistently to the emerging consensus (*persistent objection*).³⁷ It may therefore dissent, and thereby can withdraw the consent it was otherwise giving tacitly.³⁸ Some scholars argue in favour of a consent-based understanding of *persistent objections* in the formation of customary international law.³⁹ Custom is thus more than just practice; it is tolerated practice, practice with the consent of other states.⁴⁰ However, the majority of scholars argue against this and see customary international law as an exception to a strict commitment to state consent.⁴¹

Ajus cogens norm is a norm that is thought to be so fundamental that no derogation from it is allowed, whether through state behaviour or treaty, and applies to all states regardless of their consenting to it.⁴² Hence, *jus cogens* norms present a real challenge to the state consent-based understanding of the authority of international law.⁴³ Unlike rules of customary international

35 PHILIP ALLOTT, *The Concept of International Law*, *European Journal of International Law* 31 1999, pp. 31-50, p. 39.

36 GUZMAN (n. 17), p. 32.

37 BESSON (n. 21), p. 315.

38 E.g. MICHAEL BYERS, *Custom, Power and the Power of Rules*, Cambridge 1999, pp. 142-146; JAMES CRAWFORD, *Chance, Order, Change: The Course of International Law*, Leiden 2014, p. 247; JAN KLABBERS, *The Concept of Treaty in International Law*, *The Hague u.a.* 1996, pp. 113 ff.; WEIL (n. 55), pp. 433-434.

39 BESSON (n. 21), p. 315; MICHAEL WOOD, *Special Rapporteur, Third Report on identification of customary law*, 27 March 2015, UN Doc. A/CN.4/682 paras. 61-69.

40 BODANSKY/WATSON (n. 5), p. 111.

41 GUZMAN (n. 4), pp. 775 ff.; JOHN TASIOLAS, *Custom, Jus Cogens and Human Rights*, in: Curtis Bradley (ed.), *Custom's Future*, Cambridge 2016, pp. 95-116; PATRICK DUMBERRY, *Incoherent and Ineffective: The Concept of Persistent Objector Revisited*, *International and Comparative Law Quarterly* 59 2010, pp. 779-802; HOLNING LAU, *Re-thinking the Persistent Objector Doctrine in International Human Rights Law*, *Chicago Journal of International Law* 6 2005, pp. 495-510.

42 DAN DUBOIS, *The Authority of Peremptory Norms in International Law: State Consent or Natural Law?*, *Nordic Journal of International Law* 78 2009, pp. 133-175, p. 135.

43 DUBOIS (n. 45), p. 134.

law, *jus cogens* norms do not acknowledge *persistent objectors*.⁴⁴ By definition, *jus cogens* norms apply to all states regardless of whether or not they object to being subject to its rule.⁴⁵

The United Nations Security Council (UNSC) with its 15 members has the authority under Chapter VII of the UN Charter to impose legally binding measures on all UN member states.⁴⁶ Hence, the UNSC has the authority to enact non-consensual yet binding rules on all UN member states.⁴⁷ However, the UNSC's authority is limited to actions taken to maintain international peace and security and has difficulties with its consent-based veto powers.⁴⁸

2. Overriding Principles as Justification for the Traditional Forms of Non-Consensual International Law

As examined in Chapter III.1, while consent still plays a role in the formation of customary international law, this is not true for *jus cogens* and UNSC resolutions. The last two both have a very narrow application range and are justified by overriding principles. I argue that both traditional forms of non-consensual international law do not require consent because they are justified by overriding principles:⁴⁹ human dignity in the case of *jus cogens*⁵⁰ and international security in the case of the UNSC resolutions. Only in these two cases, consent's underlying ideas as state sovereignty⁵¹ must take a back seat to these overriding principles and state consent is not required. Hence, both do not call into question the principle of state consent. Taking this thought further, one might wonder whether international law regulating climate change might also be justified by overriding principles and hence would not require state consent. However, it remains unclear who decides when the consent principle is not needed, as law-making in a certain area can be justified by overriding principles. Generally, in international law-making, especially when there is political flexibility, state consent is required as no overriding principles can be applied.

44 CHRISTOS ROZAKIS, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, Amsterdam 1976, p. 78.

45 DUBOIS (n. 45), p. 137.

46 GUZMAN (n. 17), pp. 39-40.

47 GUZMAN (n. 17), p. 40.

48 NEIL FENTON, *Understanding the UN Security Council*, Aldershot 2004.

49 GENNADY M. DANILENKO, *International Jus Cogens: Issues of Law-Making*, *European Journal of International Law* 2 1991, pp. 42-65, p. 42.

50 THOMAS WEATHERALL, *Jus Cogens*, Cambridge 2015, pp. 19-106.

51 Examined in Chapter II.2.

IV. Development of State Consent—Questioning the Strict Commitment to State Consent

To understand the significance of the principle of state consent today, it is helpful to look briefly at the development of the criticism of this principle.

Historically, international law has been viewed as a body of rules produced through a consent-based procedure.⁵² However, both in theory and in practice, this understanding of international law is changing. On the theoretical side, scholars have begun to question the negative implications of relying exclusively on consent-based mechanisms to produce international law.⁵³ In practice, the EU provides the most prominent example of an institution that produces non-consent-based supranational law.⁵⁴

Many international lawyers with an internationalist mind-set have harboured variants of the consent principle since the early twentieth century. This critique is strongly aligned with the idea of an international community, which was especially prominent in the 1990s.⁵⁵ However, the scepticism of the principle of state consent is also not universally shared. Anti-consensual arguments have themselves been under heavy critique from the perspective of national autonomy, democracy, and sovereign equality. For these critics, “[...] anything else [than a consent-like criterion] would be dictatorial”⁵⁶ as non-consensual international law-making is not seen as legitimate due to its non-democratic origins.⁵⁷ Critics of soft law also stress that soft law is mainly used as a means by powerful states to defend their interests.⁵⁸

However that may be, the attack on consent seems to have gained strength and salience through the increased urgency of global cooperation

52 REYNOLDS et al., Attitudes toward Consent-Based and Non-Consent-Based International Law in a Regional Power Context, *International Interactions* 44 2018, pp. 661-680, p. 662.

53 KRISCH (n. 8), p. 5.

54 REYNOLDS et al. (n. 51), p. 662.

55 CHARNEY (n. 27); SIMMA (n. 27); TOMUSCHAT (n. 27).

56 KLABBERS (n. 13), p. 114; PROSPER WEIL, Towards Relative Normativity in International Law?, *American Journal of International Law* 77 1983, pp. 413-442.

57 IAN JOHNSTONE, Legislation and Adjudication in the UN Security Council: Bringing down the Deliberative Deficit, *American Journal of International Law* 102 2008, pp. 275-308; JONAS TALLBERG, Delegation to Supranational Institutions: Why, How, and with What Consequences?, *West European Politics* 25 2002, pp. 23-46; MICHAEL ZÜRN, Global Governance and Legitimacy Problems, *Government and Opposition* 39 2004, pp. 260-287; MICHAEL ZÜRN / MATTHEW STEPHEN, The View of Old and New Powers on the Legitimacy of International Institutions, *Politics* 30 2010, pp. 91-101.

58 ABBOTT/SNIDAL (n 73), p. 63-65; MILES KAHLER, Conclusion: The Causes and Consequences of Legalization, in: Judith L. Goldstein et al. (eds.), *Legalization and World Politics*, Cambridge 2001, pp. 661-683, p. 672-674.

problems.⁵⁹ Hence, the classical, central place of consent in international law has been increasingly eroded by considerations of effectiveness.⁶⁰

To describe the diminishing importance of the principle of state consent, scholars refer to the decreasing number of treaties since the 1990s and to the fact, that a lot of the treaties concluded since then have third-party effects and that customary international law, judicial law, and international organisations' law are becoming more and more majoritarian and less consensual in the way they are produced.⁶¹ However, these changes identified are located at the periphery or arguably outside of international law, the way it is understood in this paper.⁶² It suffices to think of the development of soft law.⁶³ Thus, although there are new non-consensual means of international cooperation, none of them is (yet) regarded as sources of international law *stricto sensu*. The latter are all still consent-based.⁶⁴

At the same time, one witnesses a radical expansion of global regulation in general.⁶⁵ This expansion often comes in other forms than formal law—especially through informal norms and institutions, which by all accounts have grown rapidly over the last few decades.⁶⁶ The combined effect of a decrease in new multilateral treaties and a significant increase in informal regulation is certainly a shift away from classical, formal consent-based international law.⁶⁷

59 KRISCH (n. 8), p. 6.

60 KRISCH (n. 8), p. 6-7.

61 BESSON (n. 21), p. 293; KRISCH (n. 8), p. 35.

62 KRISCH (n. 8), p. 2, p. 26 ff., p. 34. International law was defined in Chapter II.1.

63 HELFER (n. 6); JOOST PAUWELYN / RAMSES A. WESSEL / JAN WOUTERS, Informal International Lawmaking: An Assessment and Template to Keep It Both Effective and Accountable, in: Joost Pauwelyn / Ramses Wessel / Jan Wouters (eds.), Informal International Lawmaking, Oxford 2012, pp. 500-537; ANNE PETERS, Global Constitutionalism Revisited, International Legal Theory 11 2005, pp. 39-68.

64 BESSON (n. 21), p. 293.

65 See e.g. JOHN BRAITHWAITE / PETER DRAHOS, Global Business Regulation, Cambridge 2000; WALTER MATTLI / NGAIRE WOODS, In Whose Benefit? Explaining Regulatory Change in Global Politics, in: Walter Mattli / Ngaire Woods (eds.), The politics of global regulation, Princeton/Oxford 2009, pp. 1-43.

66 MARIE-LAURE DJELIC, International Competition Network, in: Thomas Hale / David Held (eds.), Handbook of Transnational Governance, Cambridge/Malden 2011, pp. 80-87; PAUWELYN/WESSEL/WOUTERS (n. 61), pp. 39-68; ANNE-MARIE SLAUGHTER, A New World Order, Princeton/Oxford 2004; STEFAN VOIGT, The Economics of Informal International Law: An Empirical Assessment, in: Joost Pauwelyn / Ramses Wessel / Jan Wouters (eds.), Informal International Lawmaking, Oxford 2012, pp. 82-104.

67 KRISCH (n. 8), p. 36.

V. Ways forward: Promoting Soft Law as A New Non-Consensual Form of International Law

As examined in Chapter V, it is not new to international law that some parts of it are based on non-consensual law-making. Hence, by seeking to promote non-consensual forms of international law, one does not introduce a mechanism hitherto unknown to international law. Nevertheless, the suggestion proposed as alternative to these traditional forms of non-consensual international law, namely soft law, go further than these traditional non-consensual forms of international law. The latter are restricted to very limited areas.

Soft law is used here in juxtaposition with formal international law-making and not considered legally binding.⁶⁸ It is understood as law that dispenses with certain formalities traditionally associated with international law, as the consent-principle,⁶⁹ and thus is not readily cognizable as international law proper.⁷⁰ Soft law is used to describe principles, rules, and standards governing international relations which are not considered to stem from one of the sources of international law enumerated in Art. 38 (1) ICJ-Statute.⁷¹

Soft law has gained greater prominence in recent years as it allows for greater speed and flexibility in the establishment, design, and operation of rule-making processes.⁷² For states willing to act on global challenges yet facing obstacles in the formal paths of international law-making, these alternatives present opportunities for effective action.⁷³

68 EVA KASSOTI, *Beyond State Consent? International Legal Scholarship and the Challenge of Informal International Law-Making*, *Netherlands International Law Review* 63 2016, pp. 99-131, p. 102; JOOST PAUWELYN, *Informal international lawmaking: framing the concept and research questions*, in: Joost Pauwelyn / Ramses Wessel / Jan Wouters (eds.), *Informal International Lawmaking*, Oxford 2012, pp. 13-34, p. 16; DANIEL THÜRER, *Soft law*, in: Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford 2009, paras. 6, 9.

69 OLUFEMI ELIAS / CHIN LIM, "General Principles of Law", "Soft" Law and the Identification of International Law, *Netherlands Yearbook of International Law* 28 1997, pp. 3-49, pp. 3-6.

70 KASSOTI (n. 66), p. 102.

71 THÜRER (n. 68), para. 5.

72 KRISCH (n. 8), p. 8.

73 See e.g. KENNETH W. ABBOTT / DUNCAN SNIDAL, *Hard and Soft Law in International Governance*, *International Organization* 54 2000, pp. 421-456; ANDREW T. GUZMAN / TIMOTHY L. MEYER, *International Soft Law*, *Journal of Legal Analysis* 2 2010, pp. 171-225; KAL RAUSTIALA, *Form and Substance in International Agreements*, *American Journal of International Law* 99 2005, pp. 581-614; GREGORY C. SHAFFER / MARK A. POLLACK, *Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements and Antagonists in International Governance*, *Minnesota Law Review* 94 2010, pp. 706-799; SLAUGHTER (n. 64).

I argue that these new forms of non-consensual law-making do not present a formal challenge to the consent element in international law, as it takes place outside the classical international legal order, especially in the informal realm.⁷⁴ Hence, the status of consent as a vital principle in international law is not questioned by encouraging soft law as a new form of non-consensual law. As international law and soft law present two different regimes, whereby the latter lacks binding force, but produces significant legal effects nevertheless,⁷⁵ the lack of the consent-requirement of soft law neither presents an inconsistency with the principle of state consent in international law nor does it need to be explained by overriding principles.

The principle of state consent is crucial in terms of the sovereign equality between states, which reduces the ubiquity of power disparities between states,⁷⁶ and the legitimacy of international law. Furthermore, there is no reasonable and practicable alternative to the principle of state consent.⁷⁷ Therefore, the maintenance of the principle of state consent is essential. Also, as the potentially increased relevance of adapting and softening international law's insistence on consent is likely to come at the cost of losing its appeal for the many countries for whom consent and sovereign equality were precisely what distinguished international law from other forms of international politics.⁷⁸

Hence, to provide solutions to the pressing global challenge, such as climate change, and avoid the strong *status quo* bias of international law produced by consent, soft law as a new form of non-consensual law-making which acts outside of the traditional public international law framework should be encouraged.

VI. Conclusion

The principle of state consent is crucial as it is essential for the stability and legitimacy of international law. Henceforth, the principle is not questioned;

74 KRISCH (n. 8), p. 10.

75 THÜRER (n. 68), paras. 19-23, 37.

76 NICO KRISCH / BENEDICT KINGSBURY, Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order, *European Journal of International Law* 17 2006, pp. 1-13, p. 11.

77 FABIÁN AUGUSTO/CÁRDENAS CASTAÑEDA, A Call for Rethinking the Sources of International Law: Soft Law and the Other Side of the Coin, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 13 2013, pp. 355-403, pp. 363-367.

78 KRISCH (n. 8), pp. 39-40.

neither by the traditional non-consensual forms of international law which are justified by overriding principles nor by soft law which acts outside the periphery of the traditional international legal order.

Even though the principle of state consent remains untouched, due to its strong *status quo* bias and its lack of efficiency, the current global challenges will not be resolved when only sticking to consensual international law-making. Thus, soft law as a new form of non-consensual law-making should be encouraged, alongside the traditional non-consensual forms of international law.

Nachwort

Das Recht spielt ohne Zweifel eine zentrale Rolle bei der Regulierung von Gleichheitsverhältnissen in der Gesellschaft. Wie am Anfang dieses Bandes betont, wollten wir eine breite Perspektive einnehmen und über das Wechselspiel von Recht und Gleichheit aus dem Blickwinkel der verschiedenen Fachrichtungen der Rechtswissenschaft nachdenken. Dabei wurde klar, dass das Recht einerseits als Emanzipationsinstrument gegen ungerechte gesellschaftliche Machtstrukturen dient, andererseits auch selber zur Täterin bei der Zementierung oder gar der Erschaffung ungleicher Verhältnisse werden kann. In diesem Spannungsverhältnis ist mitnichten nur die rechtspolitische Auseinandersetzung um das aktive und passive Wahlrecht von Frauen* zu verorten. Wichtige Fragen der Gleichberechtigung und des Ausräumerens verschiedener gesellschaftlicher Machtpositionen stellen sich in allen Rechtsgebieten, bei jedem legislativen Projekt, bei jeder höchstrichterlichen Entscheidung sowie bei Fragen betreffend den Zugang zum Recht.

Die dreizehn Beiträge dieses Bandes haben alle ihren Teil dazu beigetragen, die komplexe Diskussion um Gleichheit und Recht von verschiedenen Seiten zu beleuchten. Nachfolgend lassen wir den Inhalt des Bandes noch einmal Revue passieren und akzentuieren dabei vier Perspektiven dieser Diskussion.

I. Gleichheit als Grundwert

Gleichheit *normiert* das Recht. Die rechtsphilosophische und ideengeschichtliche Erörterung des Gleichheitsbegriffs und des damit eng verbundenen Konzepts der Menschenwürde bildet dabei das unabdingbare Fundament für die normative Legitimierung demokratisch verfasster Rechtsordnungen. Gleichheit ist zunächst stets Bestandteil von grundsätzlichen Wertungsentscheidungen, welche dem Recht und somit jeder Rechtsordnung vorausgehen. Die Verbindung von Gleichheit mit Gerechtigkeitsvorstellungen, wie dies bspw. im klassisch aristotelischen Gleichheitsverständnis geschieht (vgl. Vorwort, S. V), ist keineswegs selbstverständlich, sondern bildet seit vielen Jahrhunderten eine der umstrittensten Fragen der juristischen Grundlagenforschung. Der Einbettung von Gleichheit in juristischen Systemen gehen grundsätzliche normative Diskussionen voraus, bspw. über das Verhältnis von Recht und Moral, konkrete Inhalte von Gerechtigkeit, die Frage nach universell gültigen Normen sowie die allgemeine Wertposition von individuellen Menschen. Vor allem letzterer Punkt ist von zentraler Bedeutung, denn die heute

geläufige Kategorie der «Rechtsgleichheit», der Gleichheit der Menschen vor dem Recht, bedingt zuerst einmal als Grundlage die generelle *Gleichwertigkeit* aller Menschen – ein Prinzip, welches vielen Rechtsordnungen implizit unterliegt aber dennoch oft infrage gestellt scheint.

Dieser grundsätzliche Wertungsentscheid zeigt sich in den meisten Beiträgen des Bandes, bspw. in MARISA BEIERS Ausführungen über die Wichtigkeit der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte zur Bekämpfung von Armut in der Schweiz (S. 49), oder im Beitrag von NEBOJSA MIJATOVIC, welcher den grundsätzlichen Zusammenhang zwischen Menschenwürde und Demokratie erläutert (S. 87). Dabei bewegt sich das Recht ständig in der schwierigen Landschaft von ungeklärten philosophischen und theoretischen Fragen, wie etwa den sozio-kulturellen Bedingungen autonomer Entscheidungen und Handlungen, welche je nach Kontext sehr ungleich sein können, wie der Beitrag von GIAN EGE und SELMA KURATLE aufzeigt (S. 117). Nicht zuletzt deshalb ist eine informierte Auseinandersetzung mit den Grundlagen des Rechts unerlässlich. Die Grenzen zwischen dem Juristischen, dem Philosophischen und dem Politischen drohen zu verwischen und das geltende Recht suggeriert oftmals eine Klarheit und Objektivität, welche in anderen Disziplinen keinesfalls als gegeben erscheint. Der Beitrag von IRINA LEHNER zeigt instruktiv, wie in gegenwärtigem Abstimmungsverhalten das Spannungsfeld von sozio-ökonomischen Überlegungen und der Wahrnehmung demokratisch-politischer Rechte sichtbar wird (S. 65) – was im Grunde genommen nichts anderes als eine neue Verkörperung des traditionellen Konfliktes zwischen Freiheit und Gleichheit darstellt. Und die Idee der Gleichwertigkeit beschränkt sich im Übrigen auch keinesfalls nur auf Individuen, da davon auch Menschengruppen und Völker erfasst werden können. Der Beitrag von LEA INA SCHNEIDER befasst sich dazu exemplarisch mit der dem Völkerrecht zugrunde liegenden Haltung, dass allen Staaten im internationalen System eine gleichwertige Stellung zukommen soll (S. 197).

Alle diese verschiedenen Dimensionen machen deutlich, um welche normative Aussage es im Endeffekt geht: Gleichheit *soll* dem Recht unterliegen. Doch was heisst dies in der Konsequenz? Ist Recht schlussendlich immer mit Gleichheit verbunden zu denken? Wird Recht, welches Gleichheitsgebote missachtet, in Anlehnung an die berühmte Radbruch'sche Formel, in der Folge zu Nicht-Recht und ist somit nicht mehr gültig? Auf welcher Basis werden Menschen, Staaten oder Völker mit Gleichwertigkeit versehen? Geht es dabei um die empirische Gleichheit ihrer Eigenschaften, die Verneinung einer zielorientierten Weltgeschichte oder doch eher um die soziale Konstruiertheit von gesellschaftlich-kulturellen Normvorgaben? Und lässt sich von einem empirisch untersuchten Gleichheitsbegriff – einem Sein – jemals auf einen

normativen Gleichheitsbegriff – ein Sollen – schliessen, ohne dabei einem naturalistischen Fehlschluss zu erliegen? Die meisten dieser Fragen sind für das Verhältnis von Recht und Gleichheit so unerlässlich, wie ihre Beantwortung bis jetzt in der Ideengeschichte unklar geblieben ist.

II. Gleichheit als Strukturprinzip

So vielfältig und spannungsreich die Auseinandersetzung mit dem Verhältnis von Gleichheit und Recht auch ausfallen kann und muss, lässt sich doch an dieser Stelle eine grundlegende Erkenntnis festhalten: Gleichheit *strukturiert* das Recht. Denn erst ein theoretisch reflektierter Gleichheitsbegriff erlaubt es, fundamentale Rechtsprinzipien und Rechtsgüter zu identifizieren und diese systematisch zueinander ins Verhältnis zu setzen. Dies ermöglicht im Rahmen der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen und abstrakten Rechtsnormen dogmatisch-systematische und somit prinzipiengeleitete, dem Erfordernis der (rechts-)wissenschaftlichen Methode genügende Rückgriffe auf sogenannte ausserrechtliche Prinzipien. Bei diesen Prinzipien handelt es sich um ethisch-moralische Normen, die auch das Gleichheitsgebot umfassen.

Die Idee der Gleichheit durchdringt auf diese Weise die gesamte Rechtsordnung als ein sowohl materiell als auch formal strukturgebendes, *strukturierendes* Prinzip. Sie gibt nicht nur der juristischen Methode und der Ausgestaltung rechtlicher Institute einen normativen Massstab vor, sondern fungiert gleichsam als materielle Grundlage von Rechtsnormen und Rechtsordnungen. Dass sich dabei die strukturelle Bedeutung von Gleichheit nicht nur auf einzelstaatliche Verfassungsordnungen beschränkt, sondern sich auch auf die internationale Ebene erstreckt, wird im Beitrag von LEA INA SCHNEIDER deutlich. In ihrem Aufsatz wirft die Autorin, ausgehend vom völkerrechtlichen Prinzip der souveränen Gleichheit aller Staaten, die komplexe Frage auf, inwiefern das damit verknüpfte Erfordernis des *state consent* ein Hindernis für die effektive Lösung völkerrechtlicher Probleme darstellen könnte (S. 197).

Auf der anderen Seite legen die Bezugnahmen auf die Idee der Gleichheit auch eine weitere wesentliche Eigenheit des Rechts offen. Das Rechtssystem als solches ist nämlich gekennzeichnet durch seine Abstraktheit, da es gerade durch die Festlegung generell-abstrakter Normen und Tatbestände die rechtsgleiche und somit gerechte Behandlung von gleich gelagerten Fällen und Lebenssachverhalten beabsichtigt. Dadurch entstehen bisweilen auch Regel-Ausnahme-Verhältnisse, um den spezifischen Fallkonstellationen in bestimmten Einzelfällen differenziert Rechnung tragen zu können. Jedoch erfolgt auch die Regelung solcher Regel-Ausnahme-Verhältnisse im dafür

vorgesehenen rechtlichen Rahmen und stellt insofern keine atypische Abweichung vom Rechtssystem dar. Es ist geradezu ein Merkmal rechtsstaatlicher Ordnungen, dass auch effektive Mechanismen zum Umgang mit ausserordentlich scheinenden Situationen vorhanden sind. Diese Beobachtung trifft daher nicht nur auf die Rechtsanwendung im engeren Sinne zu, sondern lässt sich auch für das komplexe Zusammenspiel von Recht und Politik machen. So erörtert CAROLINE RAUSCH in ihrem Aufsatz sehr aufschlussreich einige dieser vielschichtigen Schnittstellen – oder bisweilen auch Sackgassen. Dass die Verwirklichung von Gleichstellungsanliegen in einem föderalen Rechtsstaat wie die Schweiz kein verfassungsrechtlicher Selbstläufer ist, sondern vielmehr der aktiven (politischen) Mit- und Ausgestaltung seitens verschiedenen Akteurinnen bedarf, zeigt die Autorin anhand des Falles rund um das Zuger Gleichstellungsbüro anschaulich auf (S. 33).

Eine strukturierte, an Gleichheit orientierte Herangehensweise eröffnet schliesslich eine interdisziplinäre mehrdimensionale Sicht auf das Recht als eine komplexe und einzigartige Form gesellschaftlicher Ordnung. Vergewärtigt man sich die faktische Realität des Rechts und ihre Aus- und Wechselwirkungen auf soziale (Un-)Gleichheitsverhältnisse und Machtasymmetrien, werden einige strukturelle Merkmale des Rechts sichtbar. So gehen TONIA GRAF UND NINA LAUKENMANN in ihrem Beitrag der noch immer vorherrschenden geschlechtsabhängigen Lohnungleichheit in der Schweiz nach und stützen ihre Untersuchungen auf empirische Erhebungen, die sie kritisch reflektieren (S. 3).

III. Gleichheit als Argumentationsmuster

Wenn es zutrifft, dass Gleichheit sowohl zentrale Zielbestimmung als auch bedeutendes Strukturmerkmal von Recht ist, so verwundert es nicht, dass das Prinzip der Rechtsgleichheit auch eine bedeutende Rolle in der Praxis juristischer Argumentation und rechtswissenschaftlicher Analyse einnimmt. Das trifft insbesondere auf die intellektuell herausfordernde Stufe des rechtsdogmatischen Arbeitens und das tägliche Brot der Rechtswissenschaftlerin zu: die kritische Bewertung von Rechtsnormen und die Erarbeitung neuer Lösungen für offene Rechtsfragen. Die Beiträge des vorliegenden Bandes zeigen eindrücklich, in welchen unterschiedlichen Ausprägungen uns das methodische Denken in Gleichheitsverhältnissen in rechtswissenschaftlichen Arbeiten begegnet.

Eine naheliegende Herangehensweise besteht darin, die gesetzgeberische Entscheidung oder das richterliche Urteil mit den selbst entwickelten Vorstellungen von Gleichheit abzugleichen, um Diskrepanzen und potentielle

Schwachstellen in der Argumentation auszumachen – oder aber die jeweils getroffene Entscheidung zu bestärken. Eine ebensolche Herangehensweise wählen ADA SOFIE ALTOBELLI und ANNA KARCZEWSKI in ihrem patentrechtlichen Beitrag. Sie beschäftigen sich dort mit der Frage, ob KI-Maschinen nach geltendem Recht aus dem Kreis der im Patentrecht als Erfinderinnen benennbaren Personen ausgeschlossen werden und, darauf aufbauend, ob die bestehende Lösung de lege ferenda sachgerecht erscheint. Die Autorinnen kommen zu dem Schluss, dass einerseits KI-Maschinen nach schweizerischem und europäischem Recht nicht als Erfinderinnen genannt werden können (S. 135 ff.) und andererseits, dass diese Differenzierung zwischen natürlichen Personen und KI-Maschinen keine stossende Ungleichbehandlung darstelle. Die Entscheidung der Gesetzgeberin, nur natürliche Personen als Erfinderinnen anzuerkennen, sei als eine durchaus sachgerechte Differenzierung anzuerkennen (S. 140). Es handle sich schlicht nicht um ein «Gleiches», das eine «gleiche» Behandlung erfordere; bildlich gesprochen müssen die jeweiligen Waagschalen nicht ausbalanciert werden. Eine Ungleichbehandlung von Mensch und Maschine sei in dieser Frage durchaus angezeigt.

Entscheidend für das Denken in Gleichheitsverhältnissen ist zudem stets die Bestimmung der in die Waagschalen gelegten Vergleichsobjekte. Oftmals ist gerade die Kontroverse, auf welcher Ebene und zwischen welchen Aspekten überhaupt ein Gleichheitsband zu weben ist, die eigentlich entscheidende. Das zeigt CAROLE BRUTTIN sehr anschaulich in ihrem Text zur verfahrensrechtlichen Stellung von Kindern vor dem Familiengericht. Das Prinzip der Gleichheit der Parteien im Zivilprozess bedarf ihrer Ansicht nach in familienrechtlichen Verfahren eine gewisse Korrektur: Da die Bedürfnisse, Interessen und Perspektiven von Kindern als Parteien im klassisch «antagonistisch gepolte[n] Verfahren» (S. 148) nur unzureichend wahr- und aufgenommen werden können, müsse das familienrechtliche Gerichtsverfahren entsprechend adaptiert werden. Gleichheit im Sinne gleicher Verfahrensrechte im Prozess reiche nicht aus; eine situationsangepasste Lösung im Zivilverfahren müsse von einem ergebnisorientierten Verständnis von Gleichheit geprägt sein. Die «gleiche Berücksichtigung» (S. 150) verlange nach spezifischen gerichtlichen Instrumenten, die Kindern speziell zukommen könnten. Kinderbelange müssen hörbar gemacht werden, auch wenn ihre Positionen ungleich und verhältnismässig stärker in den Fokus gerückt werden müsste als etwa und insbesondere die Position der Eltern. Gleiche verfahrensrechtliche Bedingungen im eigentlichen Sinne bestünden dann zwar nicht mehr. Dafür wären im Ergebnis alle Stimmen gleich laut hörbar.

Gleichheitsüberlegungen sind stets auch von einem gedanklichen Abgleichen von in Gesetz gegossenen Ideen der (Un-)Gleichbehandlung mit

dem kulturellen, soziologischen und durchaus veränderlichen Hintergrund der Normen geprägt. Die stetige Überprüfung und Aktualisierung des im Recht abgebildeten Ausgleichs ist zwingend notwendig und verlangt nach einem interdisziplinären Ansatz, sowie einer besonderen Sensibilität für verschiedene Lebensrealitäten. Davon ist die gegenwärtige Gesetzesrevision im Erbrecht geprägt, die die Rechtslage mehr an gegenwärtige Lebensentwürfe und -realitäten anpassen möchte. CHRISTOPH METTLER debattiert in seinem Aufsatz den Beitrag der angestossenen Reformen zur Förderung der Gleichberechtigung der verschiedenen Erben. Gleichzeitig darf der – grundsätzlich nur zu begrüssende – Drang zur Förderung von Gleichheit in formeller und materieller Hinsicht nicht dazu führen, dass auch eine Angleichung in Fragen angestrebt wird, die gar nicht gleich zu lösen sind. Die sozialen Realitäten von Lebenspartnerschaften und in Ehe oder eingetragener Partnerschaft lebender Personen unterscheiden sich zu stark, um die gleichen erbrechtlichen Konsequenzen auszulösen (S. 190) Unverändert Ungleiches soll auch ungleich geregelt bleiben.

Zuletzt fordert das Prinzip der Gleichheit auch heraus: Will eine Ungleichbehandlung gleichwohl als sachgerecht und rechtmässig erkannt werden, müssen hohe argumentative Hürden übersprungen werden, um dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz gerecht zu werden (Art. 8 BV) und tatsächlich überzeugende Argumente zu finden. CHRISTOPH BURCKHARDT gelingt dies im Kontext des Aktienrechts und unter dem Druck des stark ausgeprägten aktienrechtlichen Gleichbehandlungsgebots. So erscheint ihm die Auszahlung einer erhöhten Loyalitätsdividende an Aktionärinnen mit einer langfristigen Beteiligung als durchaus zulässig. Die Förderung eines langfristigen Aktionariats stelle ein im Interesse der Gesellschaft liegendes Ziel dar, welches durch die Privilegierung bei der Verteilung der Dividende in geeigneter, milder und auch in verhältnismässiger Weise erreicht werden könne (S. 178). Hinter jedem Attribut dieses Satzes steckt ein aufwendig entwickelter Teil des geführten Arguments; jedes für sich muss dabei überzeugend sein, um den Schluss zuzulassen, eine bestimmte Ungleichbehandlung könne gleichwohl sachgerecht und gerechtfertigt sein. MARTIN WILHELM geht vergleichbar vor: Er stellt sich die Frage, welchen Einschränkungen die öffentliche Hand bei der Regelung des Zugangs Privater zu Verwaltungsvermögen unterworfen ist. Prämisse ist dabei die grundsätzliche Verpflichtung zur rechtsgleichen Regelung des Zugangs Privater (S. 107). Auch diese Verpflichtung verbietet aber nicht jede Differenzierung. Gleichwohl setzen der Gleichheitssatz und die übrigen Grundrechte dem hoheitlichen Handeln enge Grenzen, deren Auslotung feinfühligster Differenzierung und eines scharfen Blickes bedarf. Eine Herausforderung, der sich MARTIN WILHELM stellt und mit Bravour besteht.

IV. Gleichheit als Zukunftsvision

“We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal...” Dieser Satz in der Präambel der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung stellt die erste rechtliche Verankerung des Gleichheitsprinzips dar. Die Idee der formalen Gleichheit vor dem Recht wurde wenig später auch in der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1798 verankert und ab diesem Zeitpunkt war die Verbreitung dieser Idee nicht mehr aufhaltbar. In der Schweiz gehörte die Rechtsgleichheit – wenn auch in stark eingeschränkter Form – zu den ersten Grundrechten, die die Verfassung garantierte. In der geltenden Bundesverfassung gilt die Rechtsgleichheit für alle Menschen: «Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich» (Art. 8 Abs. 1 BV).

Die Tatsache, dass Gleichheit inzwischen den Charakter eines Menschenrechts erlangt hat und somit ihre Erfüllung von verschiedenen politischen Ordnungen auch in ihrer Programmatik verfolgt wird, soll aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Interpretation und die inhaltliche Gestaltung des Gleichheitsprinzips hart umkämpft waren und weiterhin sind. Beispielhaft ist die immer noch andauernde Bestrebung, die Geschlechtergleichheit zu realisieren. Meilensteine waren die Einführung des Frauenstimmrechts, die Verankerung eines Gleichstellungsartikels auf Verfassungsebene, die Gleichstellung der Ehegattinnen im Familien- und Eherecht und die Einführung des Gleichstellungsgesetzes. Mit diesen rechtlichen Änderungen ist zumindest die formelle Gleichstellung der Geschlechter heute hergestellt. Aus einer dem weiblichen Lebenszusammenhang entnommenen Perspektive kann jedoch festgestellt werden, dass das Recht den ungleichen sozialen Realitäten von Frau und Mann nur bedingt Rechnung trägt und somit die materielle Gleichheit zwischen den Geschlechtern noch nicht erreicht ist.

Die Forderung nach Gleichheit erschöpft sich jedoch nicht in der Forderung nach der Geschlechtergleichstellung, wie in diesem Band deutlich wurde. Fragen der Gleichheit stellen sich auch im Zusammenhang verschiedener weiterer Differenzierungsmerkmale, wie Herkunft, Ethnie, Religion, physische oder psychische Einschränkungen, sexuellen Orientierung oder Lebensform. Müssten den niedergelassenen ausländischen Staatsangehörigen aufgrund des Rechtsgleichheitsprinzips, welches ein Ausdruck der Menschenwürde sei, nicht das politische Stimm- und Wahlrecht zugestanden werden, wie zum Beispiel NEBOJSA MIJATOVIC in seinem Beitrag fragt? (S. 87) Die Aufsätze in diesem Band konnten zusätzlich aufzeigen, dass sich neben den oben genannten klassischen Merkmalen des Diskriminierungsschutzes bei näherem Hinschauen stets neue Merkmale der Differenzierung ergeben, die auf ihre innere Berechtigung hinterfragt werden. MARISA BEIER kritisiert in ihrem

Beitrag, dass armutsbetroffene Personen beziehungsweise Sozialhilfebezüglerinnen vom Bundesgericht bis heute nicht als verfassungsrechtlich geschützte Gruppe des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbots anerkannt sind. Daran anschliessend erkundet sie, inwiefern die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte zur Armutsbekämpfung beitragen können, wenn Armut nicht nur Mangel an finanziellen Ressourcen bedeute, sondern auch ein Ausdruck sozialer Ausgrenzung, Chancengleichheit und ungleicher Lebensbedingungen sei, die zu Diskriminierungen und Verletzung der Würde führen (S. 49).

Die Beiträge haben in ihrer Gesamtheit gezeigt, dass die Gleichheit, auch wenn sie in der Realität nicht oder zumindest nur beschränkt vorhanden ist, dennoch ein erstrebenswertes Ideal unserer Gesellschaft ist. Rechtswissenschaftlerinnen als Gesellschaftsakteurinnen tragen mit ihren Forschungsarbeiten zur Verwirklichung dieses Ideals bei, indem sie in einem evolutiven und andauernden Prozess stets neue gesellschaftsrelevante Fragen auf das Gleichheitsprinzip hin ergründen, erschliessen, verorten und verrechtlichen, aber auch Lösungen und Perspektiven anbieten, wie dieses Ideal erreicht werden kann. JULIA MEIER zeigt anhand des Beispiels der strategischen Prozessführung, welchen weiteren rechtlichen Instrumenten Juristinnen sich bedienen können, um das Ideal der tatsächlichen Geschlechtergleichheit zu verwirklichen und ergründet das Potential dieses Instruments im Kontext der schweizerischen Rechtsordnung (S. 17). Dieser Beitrag verdeutlicht einmal mehr, dass wir als Forschende keine Zuschauerinnenrollen einnehmen, sondern die zentralen Akteurinnen bei der Selbstfindung des Rechts und der immer weiter fortschreitenden Manifestierung von Gleichheitsrechten im Recht sind.

sui generis ist ein Verein, der sich der Förderung des freien Zugangs zu juristischer Literatur, Gerichtsurteilen, Behördenentscheidungen und Gesetzesmaterialien verschrieben hat. Unter dem Label *sui generis* erscheint seit 2014 eine juristische Open-Access-Fachzeitschrift. 2019 erfolgte die Gründung des *sui generis* Verlags.

sui generis Buchreihe

herausgegeben von Daniel Hürlimann und Marc Thommen

In dieser Reihe werden juristische Dissertationen und Habilitationen sowie Lehrbücher und Fachpublikationen einem breiten Publikum zugänglich gemacht. Die Bücher dieser Reihe erscheinen als gedruckte Werke und online. Die digitale Version ist weltweit kostenlos zugänglich (Open Access). Die Urheberrechte verbleiben bei den AutorInnen; die Werke werden unter einer Creative-Commons-Lizenz veröffentlicht.

Bisher in der *sui generis* Reihe erschienen:

- 001 – **Monika Simmler:** Normstabilisierung und Schuldvorwurf
- 002 – **Marc Thommen:** Introduction to Swiss Law
- 003 – **Silvio Hänsenberger:** Die zivilrechtliche Haftung für autonome Drohnen unter Einbezug von Zulassungs- und Betriebsvorschriften
- 004 – **Mais A.M. Qandeel:** Enforcing Human Rights of Palestinians in the Occupied Territory
- 005 – **Moritz Oehen:** Der Strafkörper im Strafbefehls- und im abgekürzten Verfahren
- 006 – **Jens Lehne:** Crisis at the WTO: Is the Blocking of Appointments to the WTO Appellate Body by the United States Legally Justified?
- 007 – **Lorenz Garland:** Waffengleichheit im Vorverfahren
- 008 – **Christoph Urwyler:** Die Praxis der bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug
- 009 – **Dominik Elser:** Die privatisierte Erfüllung staatlicher Aufgaben
- 010 – **David Henseler:** Datenschutz bei drohnengestützter Datenbearbeitung durch Private
- 011 – **Lorenz Raess:** Court Assistance in the Taking of Evidence in International Arbitration
- 012 – **Christoph Hurni/Christian Josi/Lorenz Sieber:** Das Verfahren vor dem Berner Kindes- und Erwachsenenschutzgericht
- 013 – **Emanuel Bittel:** Die Rechnungsstellung im schweizerischen Obligationenrecht

- 014 – **Stephan Bernard:** Was ist Strafverteidigung?
- 015 – **Frédéric Erard:** Le secret médical
- 016 – **Valentin Botteron:** Le contrôle des concentrations d'entreprises
- 017 – **Monika Pfyffer von Altshofen:** Ablehnungs- und Umsetzungsraten von Organtransplantationen
- 018 – **Kristin Hoffmann:** Kooperative Raumplanung: Handlungsformen und Verfahren
- 019 – **APARIUZ XXII:** Unter Gleichen

Dieses Werk ist erschienen in der Reihe *sui generis*, herausgegeben von Daniel Hürlimann und Marc Thommen.

1. Auflage 25. Juli 2021

© 2021 bei den Autorinnen

Dieses Werk wurde unter einer Creative Commons Lizenz als Open Access veröffentlicht, die bei Weiterverwendung nur die Nennung des Urhebers erfordert (CC BY 4.0 – <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>).



Die Druckvorstufe dieser Publikation wurde vom Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung unterstützt.

ISBN: 978-3-907297-19-3

DOI: 10.38107/019

Korrekturat: Christoph Meyer

Gestaltung: Müller+Hess, Basel

Druck: Ebner & Spiegel, Ulm

www.suigeneris-verlag.ch

019

APARIUZ XXII UNTER GLEICHEN

Die diesjährige XXII. Ausgabe der Schriftenreihe APARIUZ greift mit ihrem Titel «Unter Gleichen» programmatisch das 2021 anzusetzende fünfzigste Jubiläum eines der bedeutendsten rechtshistorischen und politischen Ereignisse der Schweiz auf: die Einführung des allgemeinen Frauenwahl- und Stimmrechts.

Ausgehend von diesem in seiner gesellschaftlichen und juristischen Tragweite kaum zu übertreffenden Meilenstein untersuchen die dreizehn Beiträge dieses Sammelbandes, verfasst von Nachwuchswissenschaftlerinnen aus allen juristischen Fachbereichen, verschiedenste Fragen zum komplexen und vielschichtigem Verhältnis von Recht, Gleichheit und Gerechtigkeit.

sui generis

ISBN 978-3-907297-19-3

DOI 10.38107/019