

Chancengleichheit zwischen Deregulierung und Regulierung

Astrid Epiney, Freiburg i.Ue.

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney, Chancengleichheit zwischen Deregulierung und Regulierung, in: Elisabeth Bühler/Elisabeth Maurer/Silvia Wyler (Hrsg.), Deregulierung und Chancengleichheit. Neue Herausforderungen an Staat und Gesellschaft, Zürich 1998, S. 83-126. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript Abweichungen enthält.

I. Problemstellung

„Gleichheit, Freiheit, Brüderlichkeit“: Die aus der Zeit der französischen Revolution stammende Forderung nach Gleichheit war ursprünglich in erster Linie insofern deregulierend ausgerichtet, als bestehende, auf Regelungen verschiedener Art beruhende Ungleichheiten abgebaut bzw. verhindert werden sollten. In diesem Sinn kennen die modernen Verfassungen heute in der einen oder anderen Form einen (*allgemeinen*) *Gleichheitssatz*, der eben dies garantiert. In der Schweiz ist dies Artikel 4 Absatz 1 der Bundesverfassung (Art. 4 Abs. 1 BV):

„Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich. Es gibt in der Schweiz keine Untertanenverhältnisse, keine Vorrechte des Ortes, der Geburt, der Familien oder Personen.“

Ursprünglich ging man davon aus, daß diese so garantierte Rechtsgleichheit die bestehenden Unterschiede abzubauen vermag. Im Laufe der Zeit wurde jedoch deutlich, daß diese Sicht insofern verkürzt ist, als auch die Garantie *gleicher Rechte* nicht unbedingt etwas an den fortbestehenden *faktischen Unterschieden* verschiedener Personengruppen zu ändern vermag. Dies führt insbesondere dazu, daß trotz einer effektiv garantierten *Rechtsgleichheit* die *Chancengleichheit* verschiedener Personen und Personengruppen nicht immer gewährleistet ist. Vielmehr bringen es faktische Bedingungen und Umstände unterschiedlicher Art (soziale Strukturen, bestimmte Verhaltensweisen, Rollenverteilung von Mann und Frau, unterschiedliche wirtschaftliche Verhältnisse o.ä.) mit sich, daß die tatsächlichen Chancen bestimmter Personen und Personengruppen auf Zugang zu bestimmten Berufen, Führungspositionen, Ämtern, politischen Mandaten, Ausbildungswegen o.ä. sehr unterschiedlich ausfallen. Häufig wird sich dies auch im Ergebnis niederschlagen in dem Sinn, daß bestimmte Bevölkerungsgruppen in bestimmten Positionen untervertreten sind.

Dies führt dann zu dem Ruf nach ausgleichenden (staatlichen) Maßnahmen, die die Rechtsgleichheit ergänzen, indem sie zum Abbau fortbestehender faktischer Unterschiede verschiedener Art beitragen. Sie können insofern als regulierend bezeichnet werden, als der Staat mit bestimmten Zielvorstellungen in das gesellschaftliche Geschehen, das ansonsten

vom Grundsatz der Rechtsgleichheit geprägt ist, eingreift. Ein besonderes Gewicht kommt hier Maßnahmen im Hinblick auf die Sicherstellung von *Chancengleichheit*¹ der verschiedenen gesellschaftlichen Gruppen zu. Ihnen ist gemeinsam, daß sie für bestimmte gesellschaftliche Gruppen, die aufgrund unterschiedlicher Umstände faktische Nachteile erleiden, Sondermaßnahmen vorsehen, die unterschiedlich ausgestaltet sein können. Denken kann man z.B. an Förderungsmaßnahmen, finanzielle Unterstützungen, aber auch sog. Quotenregelungen, die ihrerseits wieder sehr unterschiedliche Formen annehmen können. Deutlich wird damit aber auch die grundsätzliche Problematik derartiger Maßnahmen aus rechtlicher Sicht: Wenn ihnen gemeinsam ist, daß sie für bestimmte Personen oder Personengruppen Vergünstigungen vorsehen, also differenzieren, stehen sie grundsätzlich (zunächst) in einem gewissen Widerspruch zu dem Gebot der Rechtsgleichheit, das ja von der Gleichbehandlung aller Personen ausgeht.

Vor diesem Hintergrund setzt sich der vorliegende Beitrag zum Ziel aufzuzeigen, welchen Anforderungen derartige Maßnahmen aus verfassungsrechtlicher Sicht genügen müssen. Dabei erfolgt eine Beschränkung in dreierlei Hinsicht: Erstens sollen ausschließlich Maßnahmen behandelt werden, die die Erreichung einer *Chancengleichheit bzw. einer tatsächlichen Gleichstellung* verschiedener gesellschaftlicher Gruppen anstreben, zweitens geht es ausschließlich um *staatliche Maßnahmen zur Verwirklichung faktischer Gleichstellung*² und drittens werden spezifische Probleme im Zusammenhang mit der Zusammensetzung politischer Organe³ ausgespart. Der Schwerpunkt soll zudem auf den zur Zeit besonders diskutierten Maßnahmen⁴ zur Förderung der tatsächlichen Gleichstellung von Frauen liegen.

Zentraler verfassungsrechtlicher Anknüpfungspunkt ist Art. 4 BV. Daher erfolgen im Vorfeld zunächst einige Bemerkungen zur dogmatischen Struktur des Gleichheitssatzes (II.). Der Schwerpunkt der Ausführungen wird dann auf Art. 4 Abs. 2 BV liegen: Es fragt sich, unter welchen Voraussetzungen Maßnahmen zur Förderung der tatsächlichen Gleichstellung von Frauen zulässig sind (III.). Daran anschließend soll ein Blick auf die Art. 4 Abs. 1 BV zu entnehmenden Vorgaben für Förderungsmaßnahmen anderer Gruppen geworfen werden (IV.). Der Beitrag endet mit einer zusammenfassenden Schlußbetrachtung (V.).

II. Zur Dogmatik von Gleichheitssätzen

¹ Zum Begriff *Beatrice Weber Dürler*, Chancengleichheit und Rechtsgleichheit, FS Ulrich Häfelin, Zürich 1989, 205 ff.; *Paul Richli*, Chancengleichheit im Schul- und Ausbildungssystem als Problem des Staats- und Verwaltungsrechts, ZBl 1995, 197 (199 ff.).

² Ausgeklammert wird damit die Frage nach den positiven Ansprüchen einzelner.

³ Wie etwa die Frage der Wahlgleichheit.

⁴ Vgl. etwa *Kathrin Arioli*, Frauenförderungsmaßnahmen im Erwerbsleben, Zürich 1992; *Georg Müller*, Quotenregelungen - Rechtsetzung im Spannungsfeld von Gleichheit und Verhältnismäßigkeit, ZBl 1990, 306 ff.; *Andreas Auer*, Les mesures positives et l'art. 4 al. 2 Cst., AJP 1993, 1336 ff.; *Kathrin Arioli* (Hrsg.), Quoten und Gleichstellung von Frau und Mann, Basel/Frankfurt 1996.

Gleichheitssätzen ist gemeinsam, daß sie die Gleichbehandlung verschiedener Personen oder Personengruppen in vergleichbaren Situationen und im Falle des Vorliegens vergleichbarer Sachverhalte garantieren. Damit wird aber auch impliziert, daß Ungleichbehandlungen durchaus möglich sind, allerdings unter der Voraussetzung ihrer (verfassungsrechtlichen) Rechtfertigung. Im Vergleich zu Freiheitsrechten weist der Gleichheitssatz insofern eine besondere Struktur auf, als es nicht um den Schutz bestimmter *Bereiche menschlicher Tätigkeit* vor (staatlichen) Eingriffen, sondern um die Wahrung einer *Relation* zwischen verschiedenen Sachverhalten geht. Insofern weist der Gleichheitssatz also eine formale Struktur auf⁵. Deutlich wird damit auch, daß die gesetzgeberische Verwirklichung von „gesellschaftlicher Gleichheit“ in engem Zusammenhang mit den jeweiligen Vorstellungen über die Gerechtigkeit in der Gesellschaft steht⁶, so dass eine allgemeine Aussage darüber, was denn nun gleich oder vergleichbar ist, kaum möglich sein dürfte. Wenn dies aber so ist, muß dem Gesetzgeber bei der Verwirklichung gesellschaftlicher Gleichheit ein gewisser Gestaltungsspielraum eingeräumt werden, ist es doch in erster Linie seine Aufgabe, Gerechtigkeitsvorstellungen zu entwickeln und zu realisieren. Eingeschränkt wird dieser Gestaltungsspielraum jedoch immer dann, wenn grundrechtlich geschützte Positionen anderer Personen betroffen sind, geht in einem solchen Fall doch die Verwirklichung der Chancengleichheit mit einem Eingriff in Grundrechte anderer einher⁷.

Bei der damit notwendigen Prüfung von Ungleichbehandlungen am Maßstab des Art. 4 Abs. 1 BV greift die Rechtsprechung regelmäßig auf das Erfordernis eines „*sachlichen Grundes*“ zurück. Danach ist das Gebot der Rechtsgleichheit dann verletzt,

„wenn Gleiches nicht nach Maßgabe seiner Gleichheit gleich oder Ungleiches nicht nach Maßgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird“⁸.

Bei dieser Prüfung ist einmal danach zu fragen, ob die so vorgenommenen Differenzierungen in sich schlüssig sind und mit dem verfolgten Zweck übereinstimmen; zum anderen darf der angestrebte Zweck nicht im Gegensatz zu den grundlegenden Wertvorstellungen der Verfassung stehen. Durch diese Vorgehensweise wird sicherlich insofern Charakter und Anliegen des Gleichheitssatzes Rechnung getragen, als es angesichts der erwähnten formalen Struktur des Gleichheitssatzes darum gehen muß, nur durch einen „sachlichen“ Grund

⁵ Hierzu etwa *Georg Müller*, in: Jean-François Aubert/Kurt Eichenberger/Jörg Paul Müller/René A. Rhinow/Dietrich Schindler (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Loseblatt, Art. 4 (Stand Mai 1995), Rdnr. 19; *Stefan Huster*, Rechte und Ziele. Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes, Berlin 1993, 15 ff.; *Friedrich Schoch*, Der Gleichheitssatz, DVBl 1988, 863 (873 f.); s. auch schon *Astrid Epiney*, Umgekehrte Diskriminierungen, Köln u.a. 1995, 438 ff.

⁶ Zum Zusammenhang von Gleichheit und Gerechtigkeit *Müller*, Art. 4 (Fn. 5), Rdnr. 1 ff.; *Gerhard Robbers*, Gerechtigkeit als Rechtsprinzip. Über den Begriff der Gerechtigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Baden-Baden 1980, 90; *Michael Kloepfer*, Gleichheit als Verfassungsfrage, Berlin 1980, 11 ff., 45 ff.; *Christoph Gusy*, Der Gleichheitssatz, NJW 1988, 2505 (2506); *Schoch*, DVBl 1988 (Fn. 5), 863 (864 f.).

⁷ Hierzu schon *Epiney*, Umgekehrte Diskriminierungen (Fn. 5), 456 ff.

⁸ BGE 110 Ia 13; s. auch BGE 107 Ia 228; BGE 100 Ia 322; zu dieser Methode der Prüfung *Müller*, Art. 4 (Fn.), Rdnr. 31 f.; umfassend schon *Beatrice Weber-Dürler*, Die Rechtsgleichheit in ihrer Bedeutung für die Rechtsetzung, Zürich 1973, 53 ff.

gerechtfertigte Differenzierungen zuzulassen. Gleichwohl weist sie jedoch insofern Unzulänglichkeiten auf, als sie eher allgemein nach einem vernünftigen Grund für eine Differenzierung fragt, ohne jedoch die verschiedenen hier eine Rolle spielenden Erwägungen und Elemente zueinander in eine (rational möglichst transparente) Beziehung zu setzen. Dies ist insbesondere immer dann ebenso sinnvoll wie notwendig, wenn verschiedene Interessen bzw. Rechtspositionen miteinander kollidieren, wie das auch in der Regel bei den im vorliegenden Beitrag zur Debatte stehenden Maßnahmen zur Verwirklichung einer tatsächlichen Gleichstellung der Fall ist.

Vor diesem Hintergrund bietet sich in Anknüpfung an das *Verhältnis von Differenzierungskriterium und Differenzierungsziel* der Rückgriff auf den auch sonst in der Grundrechtsdogmatik zur Anwendung kommenden Grundsatz der *Verhältnismäßigkeit* an⁹: Jede Gleich- oder Ungleichbehandlung zeichnet sich zunächst - aus formaler Sicht - dadurch aus, daß zwischen zwei grundsätzlich¹⁰ vergleichbaren Personen(gruppen) bzw. Sachverhalten auf der Grundlage eines *Differenzierungskriteriums* unterschieden wird. Dieses bildet die Begründung und den Ausgangspunkt der an sein Vorliegen geknüpften Ungleichbehandlung. Jede Differenzierung und damit die Wahl des Differenzierungskriteriums verfolgt aber auch eine bestimmte Zielsetzung, das *Differenzierungsziel*. Beide müssen selbstverständlich mit den verfassungsrechtlichen Grundvorstellungen in Einklang stehen¹¹. Allerdings dürfen sie auch nicht - soll den verfassungsrechtlichen Anforderungen Rechnung getragen werden - zusammenhanglos nebeneinander stehen. Aufgrund des dem Gesetzgeber bei der Wahl von Differenzierungskriterium und -ziel eingeräumten weiten Ermessensspielraums wird dieses Verhältnis zwischen Differenzierung bzw. Differenzierungskriterium und Differenzierungsziel regelmäßig entscheidend sein. An dieser Stelle kommt nun der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zum Zuge, steht doch auch hier eine Mittel-Zweck-Relation zur Debatte, so daß kein Grund ersichtlich ist, warum der allgemein die Rechtsordnung prägende Grundsatz der Verhältnismäßigkeit keine Anwendung finden soll. Vielmehr geht es auch im Rahmen des Gleichheitssatzes um die „Ausgewogenheit“ des Stellenwerts des verfolgten (staatlichen) Ziels mit der Beeinträchtigung bestimmter Personengruppen durch die Ungleichbehandlung auf der Grundlage des gewählten Differenzierungskriteriums. Übrigens dürfte die Frage nach dem „sachlichen Grund“ in vielen Fällen zu einem ähnlichen Ergebnis kommen; der Vorteil des Rückgriffs auf eine

⁹ Vgl. ähnlich Müller, Art. 4 (Fn. 5), Rdnr. 32a; Huster, Rechte und Ziele (Fn. 5), 61 ff., 225 ff.; Klopfer, Gleichheit als Verfassungsfrage (Fn. 6), 54 ff.; ausführlich auch schon Epiney, Umgekehrte Diskriminierungen (Fn. 5), 438 ff.; kritisch jedoch Gerhard Robbers, Der Gleichheitssatz, DÖV 1988, 749 (752).

¹⁰ Im Hinblick auf ein gemeinsames Drittes, vgl. zu diesem Erfordernis des „tertium comparationis“, d.h. des gemeinsamen Oberbegriffs, etwa Schoch, DVBl 1988 (Fn. 5), 873; Robbers, DÖV 1988 (Fn. 9), 749 f.

¹¹ Hierzu Epiney, Umgekehrte Diskriminierungen (Fn. 5), 450 ff., mit weiteren Nachweisen (m.w.N.).

Verhältnismäßigkeitsprüfung ist aber in ihrer größeren Rationalisierung und damit Transparenz der Anforderungen des Art. 4 BV an den Gesetzgeber zu sehen.

Damit können für die Prüfung von Gleichheitssätzen folgende Prüfungsschritte unterschieden werden:

- Das *Differenzierungskriterium* muß festgestellt werden und auf seine verfassungsrechtliche Zulässigkeit untersucht werden¹².
- Das *Differenzierungsziel* ist - wenn notwendig durch Auslegung - zu ermitteln. Kommen mehrere Ziele in Betracht, sind sie alle zu berücksichtigen. Auch dieses muß verfassungsrechtlich zulässig sein¹³.
- Schließlich ist die *Relation* von Differenzierungskriterium bzw. Differenzierung und Differenzierungsziel auf ihre *Verhältnismäßigkeit* zu überprüfen. Diese Prüfung umfaßt drei Schritte: Die Differenzierung auf der Grundlage des gewählten Kriteriums muß *geeignet* sein, um das angestrebte Ziel zu erreichen, sie muß in diesem Sinne *erforderlich* sein, also das mildeste Mittel in bezug auf die Beeinträchtigung von Rechten anderer darstellen, und das Interesse an der Verwirklichung des Differenzierungsziels muß in einem *angemessenen Verhältnis* zu der Beeinträchtigung der Rechte der Betroffenen stehen.

III. Rechtsgleichheit und tatsächliche Gleichstellung in Art. 4 Abs. 2 BV

Art. 4 Abs. 2 BV sind verschiedene Bedeutungsschichten zu entnehmen¹⁴. In bezug auf die hier näher verfolgte Fragestellung ist in erster Linie das Verhältnis von Art. 4 Abs. 2 S. 1 und Art. 4 Abs. 2 S. 2 BV von Interesse¹⁵. Während Art. 4 Abs. 2 S. 1 den allgemeinen Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau aufstellt - der unmittelbar anwendbar und justiziabel ist¹⁶ -, gibt Art. 4 Abs. 2 S. 2 BV dem Gesetzgeber auf, für die (tatsächliche) Gleichstellung von Mann und Frau zu sorgen. Damit wird die Frage aufgeworfen, ob und inwieweit staatliche Maßnahmen, die auf die Herstellung tatsächlicher Gleichstellung insbesondere der Frauen ausgerichtet sind, den Grundsatz der „absoluten“ Gleichstellung von Art. 4 Abs. 2 S. 1 BV zu durchbrechen vermögen. Auszugehen ist dabei von einigen

¹² Unzulässig ist insbesondere aufgrund der ausdrücklichen Regelung in Art. 4 Abs. 1 S. 2 BV der Rückgriff auf die dort genannten Kriterien.

¹³ Vgl. zur diesbezüglichen Debatte zu „Chancengleichheit“ und „Ergebnisgleichheit“ unten III.2.b).

¹⁴ Vgl. zur Entstehungsgeschichte *Luzius Mader*, Das Gleichstellungsgesetz - Entstehung, Ziele und Instrumente, in: Ivo Schwander/René Schaffhauser (Hrsg.), Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann, St. Gallen 1996, 9 (12 ff.).

¹⁵ Ausgeklammert werden soll daher im folgenden der Grundsatz der Lohngleichheit in Art. 4 Abs. 2 S. 3 BV, hierzu etwa *Alexandre Berenstein*, Der Lohn für gleichwertige Arbeit, ZBJV 1984, 489 ff.; *Antoine Campiche*, L'égalité de rémunération entre travailleurs masculins et féminins, Lausanne 1986; *Isabell Mahrer*, Zum Problem der Gleichwertigkeit der Arbeit im Sinne von Art. 4 Abs. 2 S. 3 BV, SJZ 1989, 37 ff.

¹⁶ Vgl. nur *Müller*, Art. 4 (Fn. 5), Rdnr. 135 m.w.N. Dagegen entfaltet er nach herrschender Lehre (h.L.) keine Drittwirkung, vgl. BGE 117 Ia 265; BGE 114 Ia 330 f.

grundsätzlichen Bemerkungen zu dem Verhältnis von Art. 4 Abs. 2 S. 1 und Art. 4 Abs. 2 S. 2 BV (1.), um sodann auf das spezifische Problem sog. positiver Maßnahmen einzugehen (2.)¹⁷.

I. Ausgangspunkt: Struktur des Art. 4 Abs. 2 BV

a) Art. 4 Abs. 2 S. 1 BV - Grundzüge

Art. 4 Abs. 2 S. 1 BV statuiert zunächst ein unmißverständliches und in gewissem Sinn kompromißloses Verbot der Differenzierung aufgrund des Geschlechts. Dieses Verbot ist aber gleichwohl nicht absolut. Einschränkungen ergeben sich zunächst aus einigen anderen verfassungsrechtlichen Bestimmungen, so bei der Wehr- und Zivildienstschutzpflicht und der Mutterschaftsversicherung¹⁸. Sodann sind Differenzierungen nach dem Geschlecht nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung immer dann zulässig, wenn sie auf *biologischen Unterschieden* beruhen, die dazu führen, daß eine Gleichbehandlung von vornherein nicht in Betracht kommt¹⁹. Dabei genügt es nicht, daß das Geschlecht einen sachlichen Grund darstellt, würde doch ansonsten das ausdrückliche Differenzierungsverbot des Art. 4 Abs. 2 S. 1 BV relativiert²⁰. Zieht man das hier vertretene Prüfungsraster heran, so ist die Einschränkung einmal auf der Ebene der Zulässigkeit des Differenzierungskriteriums anzusiedeln: Grundsätzlich darf das Geschlecht kein Differenzierungskriterium darstellen; eine Ausnahme gilt nur dann, wenn die Unterscheidung nicht auf dem Geschlecht selbst, sondern auf damit einhergehenden bestimmten biologischen Unterschieden beruht²¹; diese müssen zudem dergestalt sein, daß eine Gleichbehandlung vernünftigerweise nicht in Betracht kommt (Ebene des Verhältnisses von Differenzierung und Differenzierungsziel, Einschränkung des Beurteilungsspielraumes im Rahmen der Erforderlichkeit).

Im einzelnen lassen auch diese Kriterien jedoch noch einige Fragen offen, so etwa danach, ob auf die durchschnittliche physische Konstitution oder das durchschnittliche Lebensalter abgestellt werden darf²². Zumindest die jüngste Rechtsprechung²³ dürfte hier im Ergebnis

¹⁷ Vgl. zusammenfassend zur Diskussion auch *Tomas Poledna*, Geschlechterquoten im Wahl- und Parlamentsrecht, in: Kathrin Arioli (Hrsg.), *Frauenförderung durch Quoten*, Basel/Frankfurt 1997, 135 (140 ff.).

¹⁸ Art. 18, 22bis, 34quiquies Abs. 4 BV. Zum Verhältnis von Art. 4 Abs. 2 S. 1 BV und Art. 74 Abs. 4 BV BGE 116 Ia 367.

¹⁹ BGE 116 V 208; BGE 108 Ia 29.

²⁰ *Beatrice Weber-Dürler*, Aktuelle Aspekte der Gleichberechtigung von Mann und Frau, ZBJV 1992, 357 (361). Der spezifische Aussagegehalt des Art. 4 Abs. 2 S. 1 BV im Vergleich zu Art. 4 Abs. 1 BV ist denn (u.a.) darin zu sehen, daß grundsätzlich das Geschlecht eben gerade kein Unterscheidungsmerkmal darstellen soll, *Denise Buser*, Verfassungskonforme Quoten für Volkswahlmandate, in: Kathrin Arioli (Hrsg.), *Frauenförderung durch Quoten*, Basel/Frankfurt 1997, 187 (189).

²¹ Vgl. zu den sog. funktionalen Unterschieden noch sogleich die Bemerkungen im Text.

²² Vgl. *Müller*, Art. 4 (Fn. 5), Rdnr. 137.

²³ Vgl. insgesamt die Zusammenfassung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei *Marianne Schwander Claus*, Bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Artikel 4 Absatz 2 der Bundesverfassung und die Frage

eher zurückhaltend sein, wie etwa die Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Feuerwehrdienstpflicht zeigt²⁴. Schon früher hielt das Erfordernis höherer Prüfungsleistungen für Mädchen beim Eintritt in eine weiterführende Schule mit dem Argument, sie seien im fraglichen Alter in der Entwicklung weiter fortgeschritten, der bundesgerichtlichen Prüfung nicht stand²⁵.

Eine andere Frage ist die danach, ob und inwieweit es zulässig ist, über eine Differenzierung aufgrund des Geschlechts tatsächlich bestehende Ungleichheiten „zu kompensieren“²⁶. Beispiele hier sind das Nachtarbeitsverbot für Frauen oder aber ein früheres Rentenalter für Frauen²⁷. Die Rechtfertigung könnte hier in einem *funktionalen Unterschied* der Geschlechter erblickt werden. Die Gefahr dieses Kriteriums ist darin zu sehen, daß die Eingrenzung dessen, was ein solcher funktionaler Unterschied ist, ausgesprochen schwierig ist²⁸ und eine Heranziehung der „Funktionen“ von Frauen oder Männern die Gefahr der Zementierung bestimmter Rollen mit sich bringt²⁹.

Jedenfalls dürfte Art. 4 Abs. 2 S. 1 BV auch das Verbot *materieller oder indirekter Diskriminierungen* umfassen, worunter solche Maßnahmen zu verstehen sind, die zwar formell auf ein anderes Kriterium als das Geschlecht abstellen, in ihren tatsächlichen Wirkungen jedoch in erster Linie ein bestimmtes Geschlecht bevorzugen bzw. benachteiligen³⁰. Insbesondere die praktische Wirksamkeit dieser Bestimmung impliziert

der Verfassungsmäßigkeit von Frauenquoten, AJP 1997, 963 (966 ff.); Margrith Bigler-Eggenberger, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 4 Abs. 2 BV, recht 1994, 1 ff.

²⁴ Vgl. jüngst BGer, AJP 1997, 1036, mit Bemerkungen von Yvo Hangartner.

²⁵ BGE 108 Ia 24. Allerdings weist die Begründung im Urteil m.E. Lücken auf: Entscheidend dürfte doch weniger die Tatsache sein, daß bei absolut gleichen Bedingungen die Individuen die gleichen Chancen haben (dies wäre im Falle eines Entwicklungsrückstandes der Knaben übrigens ja möglicherweise auch tatsächlich nicht gegeben), sondern daß das in Frage stehende Quotensystem eben kein geeignetes Mittel zur Erreichung des angestrebten Ziels (im besten Fall: eine Zulassung nach der individuellen Eignung) ist, läßt sich doch gerade die psychische Entwicklung durch verschiedene Faktoren beeinflussen. Zudem dürfte es zumindest nicht das mildeste Mittel sein, da etwa die Möglichkeit des späteren Übertritts in die weiterführende Schule oder eine Wiederholung der Prüfung zu einem späteren Zeitpunkt in Frage gekommen wären, so daß auch das Merkmal der Erforderlichkeit nicht erfüllt ist.

²⁶ Müller, Art. 4 (Fn. 5), Rdnr. 137b, behandelt dieses Problem im Zusammenhang mit der faktischen Gleichstellung. Problematisch erscheint dies aber insofern, als es hier ja weniger um eine faktische Gleichstellung (in der Gesellschaft), denn um den Ausgleich ggf. erlittener Nachteile - die als solche hingenommen werden - geht.

²⁷ Sofern man hier nicht schon biologische Unterschiede annimmt, was aber wohl zunehmend schwieriger zu begründen sein dürfte.

²⁸ S. auch Müller, Art. 4 (Fn. 5), Rdnr. 137.

²⁹ Die Möglichkeit der Rechtfertigung einer Unterscheidung nach dem Geschlecht aufgrund funktionaler Unterschiede wird denn auch von einigen Autoren abgelehnt, vgl. etwa Jörg Paul Müller, Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung, 2. Aufl. Bern 1991, 229 f.; Arioli, Frauenförderungsmaßnahmen (Fn. 4), 84 ff. Eher zurückhaltend auch Weber-Dürler, ZBJV 1992 (Fn. 20), 357 (363), der jedoch zuzugeben ist, daß es Gegebenheiten gibt, bei denen die funktionalen Unterschiede denkbar sind, wie etwa die Mitwirkung mindestens einer Frau in Vergewaltigungsprozessen. Ihr folgend Schwander Claus, AJP 1997 (Fn. 23), 965.

³⁰ BGE 113 Ia 107, 116; implizit auch BGE 116 V 322; Arioli, Frauenförderungsmaßnahmen (Fn. 4), 94 ff.; Kathrin Arioli, Die Rechtsfigur der indirekten Diskriminierung, AJP 1993, 1327 ff.; allerdings ist es nicht immer einfach zu bestimmen, nach welchen Kriterien denn bestimmt werden soll, ob eine derartige indirekte Diskriminierung vorliegt, vgl. hierzu Nora Refaeil/Karine Siegwart, Das Konzept der mittelbaren Diskriminierung im europäischen und schweizerischen Recht, in: Astrid Epiney/Nora Refaeil (Hrsg.), Die Gleichbehandlung von Mann und Frau im europäischen und schweizerischen Recht.

diese Einbeziehung auch indirekter Diskriminierungen, wären doch ansonsten Maßnahmen, die genau parallele Wirkungen wie ein direktes Abstellen auf das Geschlecht entfalten, dies aber unter Rückgriff auf ein anderes Kriterium erreichen, nicht durch Art. 4 Abs. 2 S. 1 BV erfaßt.

Zusammenfassend führt Art. 4 Abs. 2 S. 1 BV jedenfalls dazu, daß der Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers bei Differenzierungen nach dem Geschlecht erheblich eingeschränkt ist; nach der hier vertretenen Ansicht sollten sogar nur biologisch begründete Unterschiede zwischen Männern und Frauen, die eine Differenzierung unausweichlich machen, zugelassen werden; zumindest aber ist bei den sog. funktionalen Unterschieden größte Zurückhaltung geboten³¹.

b) Art. 4 Abs. 2 S. 2 BV

Der schon in Art. 4 Abs. 2 S. 1 BV statuierte Grundsatz der Gleichheit der Geschlechter ist jedoch nicht in allen Bereichen als solcher operationell, sondern muß in zahlreichen Gebieten noch im einzelnen verwirklicht werden, so etwa im Familien- oder Erbrecht oder auch in der Rentenversicherung. Zudem ist Hintergrund des Art. 4 Abs. 2 S. 2 BV der schon eingangs erwähnte Gedanke, daß eine bloße rechtliche Gleichstellung die aufgrund der faktischen Situation weiterhin fortbestehenden Ungleichheiten beider Geschlechter nicht zu beseitigen vermag³²; zur Herstellung einer auch tatsächlichen Gleichstellung sind vielmehr ergänzende Maßnahmen notwendig. Übrigens dürfte insoweit denn auch Einigkeit bestehen. Die Ansichten gehen jedoch dann auseinander, wenn es darum geht, welche Art kompensierender Maßnahmen denn ergriffen werden sollen bzw. dürfen³³.

Auf dieser Grundlage ist der in Art. 4 Abs. 2 S. 2 BV enthaltene Gesetzgebungsauftrag - diese Bestimmung ist nicht unmittelbar anwendbar³⁴ und gewährt insbesondere den einzelnen keinen individualrechtlichen Anspruch auf ein Tätigwerden³⁵ - umfassend in dem Sinn zu verstehen, daß er nicht (nur) den Erlass derjenigen Bestimmungen verlangt, die zur Verwirklichung einer *rechtlichen Gleichheit* notwendig sind, sondern auch diejenigen, die

Ausgewählte Fragen, Bern 1997, 5 ff.; *Kathrin Arioli*, Die Rechtsfigur der indirekten Diskriminierung, AJP 1993, 1327 ff.

³¹ Art. 4 Abs. 2 S. 1 BV steht insoweit in einem Verhältnis der Spezialität zu Art. 4 Abs. 1 BV, vgl. *Arioli*, Frauenförderungsmaßnahmen (Fn. 4), 73 ff. m.w.N.

³² Vgl. hierzu *Heide Pfarr*, Quoten und Grundgesetz. Notwendigkeit und Verfassungsmäßigkeit von Frauenförderung, Baden-Baden 1988, 82, 119 ff.; *Sibylle Raasch*, Frauenquoten und Männerrechte, Baden-Baden 1991, 68 ff.; *Robert Francke/Bettina Sokol/Elke Gurlit*, Frauenquoten in öffentlicher Ausbildung. Zur Verfassungsmäßigkeit von geschlechterbezogenen Quotenregelungen in öffentlichen Berufsausbildungen, Baden-Baden 1991, 3 ff., 17 ff.; s. auch die Zusammenfassung der bestehenden tatsächlichen Ungleichheiten bei *Arioli*, Frauenförderungsmaßnahmen (Fn. 4), 2 ff.; *Buser*, in: Frauenförderung durch Quoten (Fn. 20), 190 f.

³³ Vgl. unten III.2.b).

³⁴ BGE 114 Ia 331; BGE 116 Ia 371 Erw. 6c; BGE 117 Ia 265; BGE 117 II 528.

³⁵ *Arioli*, Frauenförderungsmaßnahmen (Fn. 4), 96 ff., m.w.N.

einer *faktischen Gleichstellung* förderlich sind; der Auftrag zur Gleichstellung in Art. 4 Abs. 2 S. 2 BV ist also nicht formell, sondern materiell zu verstehen³⁶. Nun dürften es die bisherigen Erfahrungen mit der Garantie der rechtlichen Gleichheit nahelegen, daß diese allein keine faktische Gleichstellung herzustellen vermag bzw. dies unverhältnismäßig lange dauern würde³⁷. Allein über weder direkt noch indirekt nach dem Geschlecht differenzierende Maßnahmen dürfte eine faktische Gleichstellung kaum zu erreichen sein. Dann muß es dem Gesetzgeber auf der Grundlage dieser Bestimmung - im Rahmen seines weiten Gestaltungsspielraums - durchaus offenstehen, auch solche Maßnahmen zu ergreifen, die im Hinblick auf die Verwirklichung der faktischen Gleichstellung das Differenzierungsverbot des Art. 4 Abs. 2 S. 1 BV insofern beeinträchtigen, als sie dem faktisch benachteiligten Geschlecht bestimmte Vergünstigungen einräumen³⁸. Insofern ist Art. 4 Abs. 2 S. 1 BV eine Ermächtigung zur Durchbrechung des „absoluten Grundsatzes“ der Gleichstellung zu entnehmen³⁹, die letztlich impliziert, daß im Rahmen des Art. 4 Abs. 2 BV nicht nur individualrechtliche Gesichtspunkte, sondern auch die angesprochenen Interessen der Frauen als faktisch benachteiligte Bevölkerungsgruppe zu berücksichtigen sind. Fraglich könnte allerdings sein, ob die Verfassung selbst hier bestimmte gleichheitsdurchbrechende Maßnahmen ausschließt⁴⁰.

- c) Zusammenfassung: Komplementarität und Spannungsverhältnis von Art. 4 Abs. 2 S. 1 und Art. 4 Abs. 2 S. 2 BV

Art. 4 Abs. 2 S. 1 BV und Art. 4 Abs. 2 S. 2 BV ergänzen sich einerseits: Dem Differenzierungsverbot des Satzes 1 wird in Satz 2 ein Gesetzgebungsauftrag zur Seite gestellt, dies im Hinblick auf die Verwirklichung der Gleichstellung der Geschlechter in allen gesellschaftlichen Bereichen. Darüber hinaus ist der Gesetzgebungsauftrag in Art. 4 Abs. 2 S. 2 BV aber auch insofern materiell zu verstehen, als auch eine faktische Gleichstellung - unter Einschluß diskriminierender Maßnahmen - erfaßt wird. Damit stehen diese beiden Sätze des Art. 4 Abs. 2 BV aber insoweit in einem Spannungsverhältnis, stehen doch nach dem Geschlecht unterscheidende Maßnahmen grundsätzlich in Widerspruch zu dem Diskriminierungsverbot des Art. 4 Abs. 2 S. 1 BV. In einem solchen Fall sind die Prinzipien

³⁶ Vgl. etwa Müller, Grundrechte (Fn. 29), 231 ff.; Claudia Kaufmann, Die Gleichstellung von Mann und Frau in der Familie gemäß Art. 4 Abs. 2 Bundesverfassung, Basel 1985, 30 ff.; Müller, ZBl 1990 (Fn. 4), 308 f.; Weber-Dürler, FS Häfelin (Fn. 1), 206; Arioli, Frauenförderungsmaßnahmen (Fn. 4), 101 ff.

³⁷ Vgl. die Nachweise in Fn. 32. Eindringlich zur Notwendigkeit von Quoten Heide Pfarr, Die Frauenquote, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1995, 809 (810 f.).

³⁸ Eine andere Frage ist diejenige, ob der Gesetzgeber durch den Auftrag in Art. 4 Abs. 2 S. 2 BV auch zur Ergreifung von Frauenförderungsmaßnahmen verpflichtet ist, hierzu Arioli, Frauenförderungsmaßnahmen (Fn. 4), 101 ff.

³⁹ Müller, Art. 4 (Fn. 5), Rdnr. 137b f.; Müller, ZBl. 1990 (Fn. 4), 311; Auer, AJP 1993 (Fn. 4), 1342; Müller, Grundrechte (Fn. 29), 232.

⁴⁰ Hierzu unten III.2.b).

der „praktischen Konkordanz“⁴¹ heranzuziehen, die insbesondere auf die Verhältnismäßigkeit der in Frage stehenden Maßnahmen abstellen. Damit ist eine gleichheitsdurchbrechende Maßnahme im Hinblick auf die Herstellung faktischer Gleichstellung immer nur unter der Voraussetzung ihrer Verhältnismäßigkeit zulässig⁴².

Aus der Verfassung läßt sich dagegen keine grundsätzliche „Rangordnung“ der beiden zur Debatte stehenden Interessen - einerseits der individualrechtlich geprägte Grundsatz der Gleichheit der Geschlechter, andererseits das öffentliche Interesse an einer tatsächlichen Gleichstellung der Frauen - ableiten; nichts deutet darauf hin, daß der Stellenwert der „absoluten Gleichstellung“ in Art. 4 Abs. 2 S. 1 BV grundsätzlich höher ist als das in Art. 4 Abs. 2 S. 2 BV zum Ausdruck gekommene Anliegen der faktischen Gleichstellung⁴³. M.E. ist es aber auch nicht zutreffend, von den zweifellos weiterhin fortbestehenden großen Defiziten bei der Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung der Frauen auf einen relativen Vorrang dieses Anliegens zu schließen⁴⁴. Denn die fehlende kollektive Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung vermag a priori nicht das Gewicht der Individualinteressen der betroffenen Männer zu beeinflussen, ist dieses doch durch die Verfassung - ebenso wie das Anliegen der tatsächlichen Gleichstellung - ohne entsprechende Vorbehalte garantiert. Aus der fehlenden Verwirklichung eines verfassungsrechtlichen Ziels auf das relativ geringere Gewicht eines anderen verfassungsmäßigen (Individual-) Rechts zu schließen, ist m.E. nicht zulässig. Allerdings dürfte die Tatsache der Existenz eines ausdrücklichen Gesetzgebungsauftrags in der Verfassung bei der Abwägung im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit eine Rolle spielen⁴⁵.

⁴¹ Hierzu *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 19. Aufl., Heidelberg 1993, Rdnr. 73.

⁴² Ebenso *Arioli*, Frauenförderungsmaßnahmen (Fn. 4), 125 ff.; *Auer*, AJP 1993 (Fn. 4), 1343; *Marianne Schwander Claus*, Verfassungsmäßigkeit von Frauenquoten, Bern 1995, 70 ff.; *Denise Buser*, Die Zulässigkeit der Quotierung von Parlamentsmandaten, AJP 1994, 330 (333); *Schwander Claus*, AJP 1997 (Fn. 23), 976 f.; *Müller*, ZBl 1990 (Fn. 4), 309 f., der allerdings im Ergebnis bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit und damit der letztlichen Zulässigkeit von differenzierenden Frauenförderungsmaßnahmen eher zurückhaltend ist. S. auch BGE 116 Ib 283 Erw. 7a, wo das Bundesgericht davon spricht, daß die beiden ersten Sätze des Art. 4 Abs. 2 BV „zum Ausgleich gebracht werden“ müßten; s. auch BGE 116 Ib 297; BGE 117 V 196. Zur Rechtslage in Deutschland *Juliane Kokott*, Zur Gleichstellung von Mann und Frau - Deutsches Verfassungsrecht und europäisches Gemeinschaftsrecht, NJW 1995, 1049 ff.

⁴³ Andere Ansicht (a.A.) wohl *Yvo Hangartner*, Bemerkungen, AJP 1997, 1037 (1038), der davon spricht, daß der „hohe Stellenwert der grundsätzlich absoluten Gleichbehandlung gemäß Art. 4 Abs. 2 erster Satz BV gebührend zu beachten“ ist. Im Erg. wie hier *Denise Buser/Tomas Poledna*, Politische Quoten auf dem Schafott - Reflexionen zum Bundesgerichtsurteil zur « Solothurner Quoteninitiative », AJP 1997, 981 (982 f.), die zutreffend darauf hinweisen und kritisieren, daß auch das Bundesgericht in dem Urteil zur „Solothurner Quoteninitiative“ (Fn. 62) zumindest implizit von einem Vorrang der formalen Gleichbehandlung der Geschlechter ausgeht.

⁴⁴ In diese Richtung aber wohl *Buser*, in: Frauenförderung durch Quoten (Fn. 20), 206 f.

⁴⁵ Vgl. unten III.2.c). S. in diesem Zusammenhang aber auch die Bemerkungen von *Auer*, AJP 1993 (Fn. 4), 1340 ff., der Art. 4 Abs. 2 BV insgesamt als Ausdruck der „promotion de la cause des femmes“ sieht. Dies ist vor dem Hintergrund des Sinns und Zwecks dieser Vorschrift jedenfalls zutreffend; es vermag jedoch m.E. nicht dazu führen, daß dem Gleichstellungsauftrag grundsätzlich ein größeres Gewicht beizumessen ist als dem Individualrecht auf Gleichbehandlung. Denn damit wird der verfassungsrechtliche Anspruch der Männer auf Gleichbehandlung nicht tangiert; es dürfte nicht vertretbar sein, den Männern aus Art. 4 Abs. 2 S. 1 BV grundsätzlich weniger weitgehende Rechte

Allerdings kommen die Grundsätze der praktischen Konkordanz regelmäßig von vornherein nur dann zur Anwendung, wenn die der tatsächlichen Gleichstellung dienende Maßnahme auch gleichheitsdurchbrechend ist; ist dies nicht der Fall⁴⁶, liegt von vornherein kein Konflikt mit Art. 4 Abs. 2 S. 1 BV vor. Falls auch ansonsten keine Beeinträchtigung von Grundrechten anderer oder sonstigen Verfassungsgrundsätzen ersichtlich ist, dürften solche Maßnahmen daher problemlos zulässig sein⁴⁷. Zu beachten ist allerdings, daß Art. 4 Abs. 2 S. 1 BV auch indirekten Diskriminierungen entgegensteht⁴⁸.

Hingewiesen sei darüber hinaus darauf, daß diese für das Verhältnis von Art. 4 Abs. 2 S. 2 BV und Art. 4 Abs. 2 S. 1 BV entwickelten Grundsätze auch dann Anwendung finden, wenn der in Art. 4 Abs. 2 S. 2 BV enthaltene Auftrag zur Gleichstellung mit anderen Grundrechten in Konflikt gerät, wie etwa der Handels- und Gewerbefreiheit, der persönlichen Freiheit aber auch dem Grundsatz allgemeiner, gleicher und freier Wahlen⁴⁹.

2. Insbesondere: zur Zulässigkeit „positiver Maßnahmen“

Auf dieser Grundlage kann nun der Zulässigkeit sog. „positiver Maßnahmen“ nachgegangen werden. Darunter sind solche Maßnahmen zu verstehen, die im Interesse der Verwirklichung der faktischen Gleichheit der Geschlechter Frauen im Vergleich zu Männern zusätzliche oder weitergehende Rechte einräumen. Entscheidend sind also zwei Merkmale: Einerseits wird (direkt oder indirekt)⁵⁰ im Hinblick auf eine unterschiedliche Behandlung an das Geschlecht einer Person angeknüpft, um, andererseits, die faktische Stellung der Frauen zu verbessern⁵¹. Als Beispiel kann hier auf die Weisungen des Bundesrates vom 18. Dezember 1991 über die Verbesserung der Vertretung und der beruflichen Stellung des weiblichen Personals in der allgemeinen Bundesverwaltung, BB1 1992 II 604, verwiesen werden, die vorsieht, daß im

zuzugestehen wollen als den Frauen. Die Berücksichtigung der Existenz eines ausdrücklichen Gesetzgebungsauftrages kommt jedoch nicht einer generellen, irgendwie gearteten « Vorrangstellung » gleich.

⁴⁶ Z.B. bei der vermehrten Zurverfügungstellung von Kindergartenplätzen o.ä.

⁴⁷ Jedenfalls ist aber bei der Gewährung staatlicher Leistungen der Gleichheitssatz in seiner Ausprägung als Teilhaberecht zu beachten, hierzu *Müller*, Art. 4 (Fn. 5), Rdnr. 21 m.w.N.

⁴⁸ Vgl. Fn. 30.

⁴⁹ *Poledna*, in: *Frauenförderung durch Quoten* (Fn. 17), 144 f.

⁵⁰ Vor diesem Hintergrund hilft der Hinweis von *Yvo Hangartner*, *Bemerkungen*, AJP 1997, 1037 (1038), man solle doch vermehrt auf Maßnahmen zurückgreifen, die das andere Geschlecht nicht ausdrücklich benachteiligen, könnte dadurch doch dem Anliegen des Art. 4 Abs. 2 S. 1 BV Rechnung getragen werden, nicht weiter: Art. 4 Abs. 2 S. 1 BV erfaßt nämlich auch indirekte Diskriminierungen (vgl. die Nachweise in Fn. 30), so daß auch Maßnahmen, die zwar nicht ausdrücklich an das Geschlecht anknüpfen, jedoch faktisch in erster Linie Angehörige eines Geschlechts benachteiligen, grundsätzlich verboten sind. Dann aber stellt sich auch bei ihnen die Problematik der Zulässigkeit positiver Maßnahmen.

⁵¹ *Auer*, AJP 1993 (Fn. 4), 1337; *Arioli*, *Frauenförderungsmaßnahmen* (Fn. 4), 139 f., 203 ff.; *Claudia Kaufmann*, *Gleichberechtigung und Sonderrechte für Frauen - (k)ein Widerspruch?*, FS Margrith Bigler-Eggenberger, Basel/Frankfurt 1993, 157 (164 f.).

Falle der gleichen Eignung und der Unterrepräsentation von Frauen in dem betroffenen Bereich der Bewerberin der Vorzug zu geben ist⁵².

Im einzelnen können derartige Maßnahmen aber sehr unterschiedliche Formen annehmen⁵³. Es ist in diesem Rahmen nicht möglich, umfassend alle Formen auf ihre verfassungsrechtliche Zulässigkeit zu untersuchen. Allerdings können im folgenden auf der Grundlage der oben⁵⁴ entwickelten Schritte zur Prüfung, ob eine Maßnahme den Anforderungen des Gleichheitssatzes entspricht, einige sich stellende grundsätzliche Fragen beantwortet werden und damit Eck- und Ansatzpunkte für ihre Lösung entwickelt werden.

a) Differenzierungskriterium

Das Differenzierungskriterium bei den hier zur Debatte stehenden Maßnahmen ist das Geschlecht. Zwar ist dies grundsätzlich verboten (Art. 4 Abs. 2 S. 1 BV); Art. 4 Abs. 2 S. 2 BV läßt hier jedoch - wie gezeigt⁵⁵ - durchaus Ausnahmen zu, sofern die übrigen noch darzustellenden Anforderungen erfüllt sind. Das Differenzierungskriterium ist also nicht als solches unzulässig.

b) Differenzierungsziel - Zur Reichweite des Gleichstellungsauftrags

Das Differenzierungsziel ist durch die verfassungsrechtlichen Vorgaben eingegrenzt: Art. 4 Abs. 2 S. 2 BV läßt nur solche (nach dem Geschlecht differenzierende) Maßnahmen zu, die ihre (faktische) Gleichstellung bezwecken⁵⁶. Fraglich könnte dabei sein, ob die inhaltliche Tragweite dieser Bestimmung insofern beschränkt ist, als bestimmte Zielsetzungen nicht erfaßt werden. Angesprochen wird damit die Frage, ob Gleichstellung auch so weit geht, daß eine gleichmäßigere Verteilung bestimmter Positionen oder Vergünstigungen an Frauen und

⁵² Dies hat übrigens zwar dazu geführt, daß auf der Ebene der wissenschaftlichen MitarbeiterInnen eine Verbesserung der Vertretung von Frauen eingetreten ist; bei den Führungspositionen jedoch ist es nur zu minimalen Änderungen gekommen, wie ein Blick in den „Bundeskalendar“ zeigt. S. auch *Margrith Bigler-Eggenberger*, Quoten als notwendiges Mittel zur Gleichstellung, NZZ vom 16.2.1996, 15, die darlegt, daß in der Bundesverwaltung auf der untersten Besoldungsstufe 81 % Frauen, in den mittleren und oberen Chargen aber nur noch 10,8 % und in der Überklasse gar nur 3,2 % Frauen beschäftigt sind.

⁵³ Vgl. die verschiedenen Unterscheidungen bei *Arioli*, Frauenförderungsmaßnahmen (Fn. 4), 139 ff.; *Raasch*, Frauenquoten (Fn. 4), 107 ff.; s. auch *Michel Rossinelli*, Actions positives et égalité des sexes en droit suisse, in: Charles-Albert Morand (Hrsg.), L'égalité entre hommes et femmes, Lausanne 1988, 253 ff.; *Claudia Kaufmann*, Les quotas valent mieux que leur réputation, in: Charles-Albert Morand (Hrsg.), L'égalité entre hommes et femmes, Lausanne 1988, 271 (274 ff.); speziell zu Quoten im politischen Bereich *Poledna*, in: Frauenförderung durch Quoten (Fn. 17), 138 ff.; *Buser*, in: Frauenförderung durch Quoten (Fn. 20), 192 ff.

⁵⁴ II.

⁵⁵ S.o. III.1.

⁵⁶ Schon auf der Grundlage des Art. 4 Abs. 2 S. 1 BV ist allerdings ein Rückgriff auf die schon erwähnten biologischen Merkmale möglich, s.o. III.1.a).

Männer angestrebt werden darf. Diese Problematik wird unter dem Stichwort „Ergebnis- und/oder Chancengleichheit“ diskutiert⁵⁷.

In der gerichtlichen Praxis ist diese Problematik zuerst vor dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) relevant geworden⁵⁸: In diesem Fall ging es um die nicht erfolgte Beförderung von Herrn Kalanke aufgrund einer Bestimmung des Gleichstellungsgesetzes des Landes Bremen, die vorsieht, daß Frauen bei gleicher Eignung so lange bevorzugt einzustellen sind, wie sie unterrepräsentiert sind. Der EuGH erachtete diese Regelung nicht mit Art. 2 Abs. 1, 4 Richtlinie (RL) 76/207 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen⁵⁹ vereinbar: Diese Bestimmungen sehen einerseits vor, daß grundsätzlich keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts erfolgen darf. Allerdings steht es den Mitgliedstaaten offen, « Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit, insbesondere durch Beseitigung der tatsächlichen Ungleichheiten » zu ergreifen. Der EuGH erachtete die in Frage stehende Bestimmung als nicht in den Anwendungsbereich dieser Ausnahmebestimmung fallend, da diese nur Maßnahmen zur Förderung der *Chancengleichheit*, nicht aber solche, die ein bestimmtes *Ergebnis* sicherstellen wollen, erfaßten. Diese Sicht stößt schon aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht aus verschiedenen Gründen auf erhebliche Bedenken⁶⁰. Jedenfalls aber kann sie nicht auf die Rechtslage auf der Grundlage von Art. 4 Abs. 2 BV übertragen werden: Der EuGH legte (nur) eine Richtlinienbestimmung aus, deren Wortlaut zudem anders gefaßt ist, als derjenige des Art. 4 Abs. 2 BV: In der RL 76/207 wird auf die « Chancengleichheit » Bezug genommen, während Art. 4 Abs. 2 S. 2 BV allgemein von der « Gleichstellung » spricht. Für die Schweiz ist dies aber als Nichtmitglied der EU nicht verbindlich. Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, daß die Europäische Kommission einen Vorschlag zur Änderung der in Frage stehenden Richtlinienbestimmungen unterbreitet hat, der es den Mitgliedstaaten sehr wohl erlauben wird, sollte der Vorschlag so verabschiedet werden, eine « Ergebnisgleichheit » zu verfolgen, wenn nur die Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls möglich ist⁶¹.

Darüber hinaus und letztlich im Sinne dieses Vorschlages der Kommission hat der EuGH die Unterscheidung zwischen Chancen- und Ergebnisgleichheit zumindest in der im Kalanke-Urteil entwickelten Form wohl aufgegeben: Im Urteil *Marschall* hielt der Gerichtshof eine Bevorzugungsregel, die derjenigen im Fall Kalanke entsprach, mit dem (einzigen) Unterschied, daß insofern eine « Öffnungsmöglichkeit » gegeben war, daß in der Person des

⁵⁷ Vgl. aus der Literatur hierzu Yvo Hangartner, Gleicher Zugang von Männern und Frauen zu öffentlichen Ämtern, AJP 1995, 1554 ff.; Bigler-Eggenberger, NZZ vom 16.2.1996 (Fn. 52), 15; Astrid Epiney/Nora Refaeil, Chancengleichheit: ein teilbarer Begriff?, AJP 1996, 179 ff.; Auer, AJP 1993 (Fn. 4), 1336 ff.

⁵⁸ EuGH, Rs. C-450/93, Kalanke/Hansestadt Bremen, Slg. 1995, I-3501; zu diesem Urteil Epiney/Refaeil, AJP 1996 (Fn. 57), 179 ff.; Hangartner, AJP 1995 (Fn. 57), 1554 ff.; Christine Fuchsloch, Kalanke und die Folgen - zugleich Anmerkung zu den Urteilen des EuGH vom 17.10.1995 und des BAG vom 5.3.1996 -, FuR 1996, 87 ff.

⁵⁹ ABl. 1976 L 39, 40.

⁶⁰ Vgl. ausführlich Epiney/Refaeil, AJP 1996 (Fn. 57), 179 ff.

⁶¹ ABl. 1996 C 179, 8. Es fehlt also jeder Anhaltspunkt dafür, aus diesem Urteil Schlüsse für die schweizerische Rechtslage ziehen zu wollen, in diese Richtung aber Hangartner, AJP 1995 (Fn. 57), 1554 ff.; wie hier dagegen Buser/Poledna, AJP 1997 (Fn.), 988.

männlichen Bewerbers liegende überwiegende Gründe dessen Anstellung ermöglichen, mit Art. 2 RL 76/207 vereinbar. Der EuGH griff dabei nicht mehr auf die Unterscheidung zwischen Chancen- und Ergebnisgleichheit zurück - was wohl zur Unzulässigkeit der Maßnahme hätte führen müssen, war sie doch auch auf das Ergebnis ausgerichtet -, sondern betonte, daß aufgrund gewisser faktischer Gegebenheiten im Ergebnis häufig eine Tendenz bestünde, männliche Bewerber zu bevorzugen. Da zudem für « Härtefälle » eine Ausnahmemöglichkeit gegeben war, trage eine derartige Bestimmung den Vorgaben des Art. 2 RL 76/207 Rechnung⁶².

Das Bundesgericht hat aber nun gleichwohl die Unterscheidung zwischen Ergebnis- und Chancengleichheit aus dem Kalanke-Urteil des EuGH bei der Auslegung des Art. 4 Abs. 2 BV zugrundegelegt (oder übernommen?), allerdings in einem Urteil vor Erlass des Marschall-Urteils des EuGH: In seinem Urteil vom 19.3.1997⁶³ - in dem es um eine Solothurner Initiative ging, die in verschiedenen kantonalen Behörden eine gleichmäßige Vertretung von Männern und Frauen, also Quoten, vorsah⁶⁴ - hielt das Gericht fest, daß sich die Tragweite des Gebots des Art. 4 Abs. 2 S. 2 BV darauf beschränke, eine

*« tatsächliche Gleichstellung bzw. Chancengleichheit von Mann und Frau in der sozialen Wirklichkeit zu schaffen, um die rechtliche und faktische Möglichkeit eines jeden, seine Stellung in der Gesellschaft ohne den Einfluß geschlechtsspezifischer Hemmnisse zu gestalten »*⁶⁵

zu gewährleisten. Es ginge also ausschließlich um die Gleichheit der Chancen und nicht um eine solche des Ergebnisses. Quotenregelungen jedoch, die eine paritätische Vertretung der Geschlechter vorschreiben oder anstreben, zielten auf eine Ergebnisgleichheit ab und gingen damit über das Ziel der Chancengleichheit hinaus. Zur Unterstützung seiner Sicht beruft sich das Gericht auch auf das erwähnte Urteil des EuGH⁶⁶. Interessant ist dabei, daß das Bundesgericht durchaus davon ausgeht, daß grundsätzlich auch gleichheitsdurchbrechende Maßnahmen von Art. 4 Abs. 2 S. 2 BV erfaßt werden können: Denn das individualschützende Diskriminierungsverbot des Art. 4 Abs. 1 BV stehe in einem gewissen Gegensatz zu dem « Egalisierungsgebot »⁶⁷ des Art. 4 Abs. 2 S. 2 BV, das als Auftrag, materielle Chancengleichheit zu schaffen, zu verstehen sei.

Die Sicht des Bundesgerichts führt zur Unzulässigkeit aller Maßnahmen, die (auch) eine sog. Ergebnisgleichheit im Auge haben, werden sie doch nicht vom Anwendungsbereich des Art. 4

⁶² EuGH, Rs. C-409/95, Urteil vom 11.11.1997, Rn. 21 ff., noch nicht veröffentlicht (Marschall/Land Nordrhein-Westfalen).

⁶³ Zusammenfassung in AJP 1997, 1030 f., mit Bemerkungen von Yvo Hangartner, AJP 1997, 1031 ff., und Astrid Epiney, AJP 1997, 1033 ff.; s. auch die ausführliche Besprechung von Buser/Poledna, AJP 1997 (Fn. 43), 981 ff.

⁶⁴ Vgl. Wortlaut und Anliegen der Initiative bei Buser/Poledna, AJP 1997 (Fn. 43), 981.

⁶⁵ Zu bemerken ist dabei noch, daß das Bundesgericht diesen Punkt unter der Geeignetheit der Maßnahme abhandelt, was insofern verwirrend ist, als es letztlich schon die Zulässigkeit des Zieles an sich verneint, hierzu kritisch Epiney, AJP 1997 (Fn. 63), 1034.

⁶⁶ « Kalanke », Fn. 58.

⁶⁷ BG, Erw. 3a, am Ende.

Abs. 2 S. 2 BV erfaßt. Diese Sicht ist jedoch schon im Ansatz problematisch⁶⁸: Sie suggeriert nämlich, daß Maßnahmen, die (auch) das « Ergebnis », also eine angemessene Vertretung von Frauen in bestimmten Positionen oder Gremien, anstreben, a priori ein « gesellschaftspolitisches Leitbild⁶⁹ », nämlich eine bestimmte zahlenmäßige Vertretung von Frauen, anstreben, was nichts mit tatsächlicher Gleichstellung zu tun habe. Ausgeblendet werden damit aber die Ursachen der Untervertretung von Frauen in bestimmten Positionen und Gremien: Sie dürfte weniger darauf beruhen, daß Frauen nicht willens oder fähig sind, derartige Positionen einzunehmen, denn darauf, daß die gesellschaftliche, soziale und politische Wirklichkeit so ausgestaltet ist, daß diese Positionen für Frauen weniger zugänglich sind. Die Chancen beider Geschlechter sind auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung schon im Ansatz nicht gleich⁷⁰. Wenn dies aber so ist und wenn über eine rein rechtliche Gleichstellung keine genügenden Fortschritte erzielt werden können, ist kein Grund ersichtlich, warum es dem Gesetzgeber verwehrt sein sollte, auch auf der Ebene der Ergebnisse anzusetzen. Denn über ihre Beeinflussung können durchaus auch faktische Nachteile der Frauen auf der Ebene der Chancengleichheit ausgeglichen oder zumindest abgemildert werden. So formuliert denn auch Generalanwalt Tesauero, der die Anträge in der erwähnten Rechtssache *Kalanke* vor dem EuGH formuliert hatte,

„daß allein die gleiche Ausgangssituation als solche nicht gleiche Ergebnisse gewährleistet, da diese nicht nur von der Qualifikation und den individuellen Anstrengungen der einzelnen Betroffenen abhängen, sondern auch durch eine bestimmte Sozialstruktur beeinflusst werden können, die Frauen benachteiligen, insbesondere wegen ihrer Doppelrolle und aufgrund der Diskriminierungen in der Vergangenheit, die ihre Anwesenheit in bestimmten Sektoren, vor allem in Leitungspositionen, noch zu einer Randerscheinung machen“⁷¹.

Wenn dies aber so ist und angesichts des Umstandes, daß Art. 4 Abs. 2 S. 2 BV auch eine materielle Gleichstellung im Auge hat, können gerade auch Maßnahmen, die auf das Ergebnis, also auf eine gleichberechtigte Teilnahme von Frauen in gewissen Positionen, abzielen, die tatsächliche Gleichstellung bzw. die materielle Chancengleichheit fördern, indem sie über eine Pflicht (im Ergebnis) zur Berücksichtigung von Frauen wegen ihres Geschlechts den immer noch bestehenden Benachteiligungen von Frauen auch in bezug auf die Ausgangsposition entgegentreten. Daß hierbei selbstverständlich auch gewisse Typisierungen notwendig sind, dürfte im Hinblick auf die Beachtung des Gleichheitssatzes

⁶⁸ S. auch *Buser/Poledna*, AJP 1997 (Fn. 43), 983 f., die darauf hinweisen, daß der Ansatz, daß Quoten, also eine „Ergebnisgleichheit“ a priori zu einer Diskriminierung führten, insofern fehl ginge, als eine materielle Gleichstellung eben zwingend mit dem Abbau der Privilegien des jeweils anderen (Geschlechts) einherginge. Sie berücksichtigen m.E. jedoch nicht genügend den Aspekt der Verletzung des individuellen Rechts jedes Mannes, grundsätzlich im Vergleich zu jeder Frau gleich behandelt zu werden.

⁶⁹ So *Hangartner*, AJP 1997 (Fn. 62), 1031.

⁷⁰ Vgl. die Nachweise in Fn. 32.

⁷¹ GA *Tesauero*, EuGH, Slg. 1995, I-3501, Rdnr. 14 der Schlussanträge.

nichts besonderes darstellen; der Gesetzgeber darf und muß in bestimmtem Ausmaß - d.h. unter Beachtung insbesondere des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit - typisieren⁷².

Nur am Rande sei darauf hingewiesen, daß über diese grundsätzlichen Probleme hinaus mit einer derartig strikten Unterscheidung von Chancen- und Ergebnisgleichheit auch große Abgrenzungsschwierigkeiten einhergehen dürften; es sind Fallgestaltungen denkbar, bei denen es gerade nicht klar sein wird, was nun genau die Ausgangsposition - bei der ja (auch) nach Ansicht des Bundesgerichts diskriminierende Maßnahmen grundsätzlich möglich sind - und was das Ergebnis ist⁷³.

Art. 4 Abs. 2 S. 2 BV ist daher keine Begrenzung des Differenzierungsziels über die erwähnte grundsätzliche Richtung hinaus - Verwirklichung der faktischen Gleichstellung der Frauen - zu entnehmen. Die vom Bundesgericht zugrundegelegte Unterscheidung von Maßnahmen, die eine „Ergebnisgleichheit“, und solchen, die eine „Chancengleichheit“ im Auge haben und die Verfassungswidrigkeit der ersteren erweist sich als zu undifferenziert und an der realen Problematik vorbeigehend. Sachgerecht ist es vielmehr, nicht eine bestimmte, dazu noch sehr schwer abzugrenzende Kategorie von Maßnahmen von vornherein aus dem Anwendungsbereich des Art. 4 Abs. 2 S. 2 BV auszuschließen, sondern dem oben⁷⁴ dargelegten Spannungsfeld zwischen der zweifellos stattfindenden Diskriminierung der betroffenen Männer in den fraglichen Fällen und der Verwirklichung einer tatsächlichen Chancengleichheit über die Heranziehung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu begegnen, dem auf dieser Grundlage eine entscheidende Bedeutung zukommt.

c) Kriterien zur Prüfung der Verhältnismäßigkeit

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt, daß die Maßnahme geeignet, erforderlich (d.h. das „mildeste Mittel“) und angemessen sein muß. Im einzelnen können diese Kriterien für die hier zur Debatte stehenden positiven Maßnahmen wie folgt präzisiert werden⁷⁵:

Geeignetheit: Entsprechend ihrer Zielsetzung muß die in Aussicht gestellte Benachteiligung der Männer jedenfalls geeignet sein, die tatsächliche Gleichstellung der Frauen zu fördern.

⁷² Zudem dürfte Art. 4 Abs. 2 S. 2 BV durchaus auch insofern ein „verfassungsrechtliches Leitbild“ zu entnehmen sein, das eben - im Sinne einer materiell verstandenen Gleichheit - auch auf eine angemessene Vertretung der Frauen in den verschiedenen gesellschaftlichen Bereichen ausgerichtet ist, vgl. *Margrith Bigler-Eggenberger*, Quoten als notwendiges Mittel zur Gleichstellung, NZZ vom 16.2.1996, 15; *Buser/Polledna*, AJP 1997 (Fn. 43), 984.

⁷³ Als Beispiel könnte man etwa an Stipendien im Rahmen der Nachwuchsförderung des Bundes denken.

⁷⁴ III.1.b), c).

⁷⁵ Allerdings sei darauf hingewiesen, daß das Ergebnis der Verhältnismäßigkeitsprüfung auch sehr stark von einer Reihe faktischer Gegebenheiten abhängt, die auf dem Weg politologischer oder soziologischer Studien in Erfahrung gebracht werden müssen, *Polledna*, in: *Frauenförderung durch Quoten* (Fn. 17), 157, 168. Im Zweifel sollte allerdings dem Gesetzgeber ein gewisser Beurteilungsspielraum eingeräumt werden. Vgl. ansonsten zur Verhältnismäßigkeit von Quoten im politischen Bereich *Buser*, in: *Frauenförderung durch Quoten* (Fn. 20), 211 ff.; allgemein zur Verhältnismäßigkeit von Frauenquoten *Schwander Claus*, AJP 1997 (Fn. 23), 976 ff.; *Auer*, AJP 1993 (Fn. 4), 1345 ff., der der praktischen Nützlichkeit dieses Prinzips bei positiven Maßnahmen eher skeptisch gegenübersteht.

Dies setzt zunächst voraus, daß Frauen in den betreffenden Positionen tatsächlich keine faktische Gleichstellung zukommt. Entsprechend dem hier vertretenen weiten Ansatz bei der Bestimmung des Begriffs Gleichstellung ist dies nicht nur dann gegeben, wenn Frauen unterschiedliche Voraussetzungen tatsächlicher Art beim Zugang zu bestimmten Positionen vorfinden, sondern auch dann, wenn sie im Ergebnis zahlenmäßig untervertreten sind, dürfte dies doch Ausdruck faktischer Ungleichstellung sein, so daß letztlich auch die angemessene Vertretung beider Geschlechter in bestimmten Berufen und/oder Positionen Teil des Zieles der faktischen Gleichstellung ist. Geeignet sind damit all diejenigen Maßnahmen, die die faktische Situation der Frauen beim Zugang zu bestimmten Positionen oder Vergünstigungen verbessern. Bei positiven Maßnahmen dürfte dies in der Regel der Fall sein, führen sie doch regelmäßig zu einer Erhöhung des Anteils von Frauen in einem bestimmten Bereich.

Erforderlichkeit: Das Erfordernis des „mildesten Mittels“ kann in unserem Zusammenhang dahingehend präzisiert werden, daß die jeweilige Maßnahme den Grundsatz der Gleichstellung der Geschlechter so wenig wie möglich beeinträchtigt, d.h. es darf keine Maßnahme ersichtlich sein, die das gleiche Ziel⁷⁶ mit - in bezug auf das Differenzierungsverbot - weniger einschneidenden Mitteln zu erreichen vermag. Zu beachten ist allerdings in diesem Zusammenhang, daß dem Gesetzgeber bei der Festlegung des Ziels grundsätzlich ein weiter Beurteilungsspielraum zusteht; Gegenstand der Erforderlichkeitsprüfung ist nur die Frage, ob das gewählte Mittel zur Verwirklichung des festgelegten Ziels das mildeste darstellt. Die Zielfestlegung selbst jedoch wird an dieser Stelle nicht überprüft⁷⁷. Häufig wird es allerdings nicht möglich sein nachzuweisen, daß die gewählte Maßnahme tatsächlich die mildeste darstellt, bestehen doch über Wirkungsweisen von Gleichstellungsmaßnahmen noch große Unsicherheiten. Hier wird man dem Gesetzgeber daher einen weiten Beurteilungsspielraum einräumen müssen.

Angemessenheit: Bei den positiven Maßnahmen werden die Erfordernisse der Geeignetheit und Erforderlichkeit häufig erfüllt sein, ist doch der Gesetzgeber bei der Definition der angestrebten Ziele relativ frei. In diesem Maß wird die Angemessenheit ausschlaggebend für die letztliche Zulässigkeit einer Maßnahme sein. Konkret geht es an dieser Stelle darum, daß der Fortschritt, den die geplante Maßnahme für die tatsächliche Gleichstellung der Frauen mit sich bringt, nicht außer Verhältnis zu den Nachteilen steht, die sie für die betroffenen Männer impliziert. Abzuwägen ist also zwischen dem *öffentlichen Interesse* an einem Fortschritt auf dem Weg zur faktischen Gleichstellung der Frauen und dem *individuellen Interesse* der betroffenen Männer an einer Gleichbehandlung⁷⁸.

Fraglich könnte an dieser Stelle sein, auf welches individualrechtliche Interesse bei den Männern letztlich abzustellen ist: Geht es hier um den individuellen Nachteil für den von

⁷⁶ In dieses ist auch der zeitliche Rahmen einzuschließen.

⁷⁷ Vgl. eingehend hierzu *Pfarr*, Quoten und Grundgesetz (Fn. 32), 208 ff., die die Erforderlichkeit grundsätzlich bejaht, weil sonstige Fördermaßnahmen nicht die gleiche Wirkung zeitigten.

⁷⁸ S. auch *Arioli*, Fraueförderungsmaßnahmen (Fn. 4), 132; *Auer*, AJP 1993 (Fn. 4), 1340 ff.

einer Maßnahme betroffenen Mann⁷⁹ oder aber um eine eher gesamthaft vorzunehmende Bewertung der Folgen positiver Maßnahme für den „typischen“ Betroffenen? Die erste Variante führte dazu, daß jede positive Maßnahme potentiell verfassungswidrig wäre, ist es doch in keinem Fall ausgeschlossen, daß ein individueller Mann auf ihrer Grundlage - wenn auch möglicherweise im Zusammenhang mit anderen Faktoren - besonders hart betroffen sind. Dann aber könnten positive Maßnahmen - obwohl sie zur Erreichung eines verfassungsmäßigen Ziels sinnvoll bzw. notwendig sind - kaum jemals zulässig sein. Damit werden auch die Einwände gegen diese Sichtweise deutlich: Sie verunmöglicht eine Typisierung, wie sie der Gesetzgeber bei zahlreichen Entscheidungen vornehmen muß, und stellte ausschließlich auf eine Einzelfallsituation ab. Dies kann für die Verfassungsmäßigkeit gesetzlicher Regelungen aber nicht ausschlaggebend sein. Entscheidend muß somit die Frage der „typischen Betroffenheit“ der Männer sein. Allerdings kann die flexible Ausgestaltung einer Regelung - etwa durch die Eröffnung der Möglichkeit, besonderen « Härtefällen » gerecht zu werden - im Rahmen der Beurteilung der Angemessenheit durchaus von Bedeutung sein.

Zu berücksichtigen ist bei dieser Abwägung jedenfalls, daß der Auftrag der Gleichstellung ausdrücklich in Art. 4 Abs. 2 S. 2 BV figuriert, so daß ihm ein besonderer Stellenwert einzuräumen ist. Hiergegen kann auch nicht geltend gemacht werden, Art. 4 Abs. 2 S. 1 BV gehe ja davon aus, daß das Geschlecht eben gerade kein Anknüpfungspunkt für Differenzierungen sei, womit das auf Art. 4 Abs. 2 S. 2 BV beruhende größere Gewicht des Zieles der faktischen Gleichstellung quasi wieder „kompensiert“ werden würde. Eine solche Sicht widerspräche der Zielsetzung des Art. 4 Abs. 2 BV: Diese Vorschrift wollte und will die rechtliche und tatsächliche Situation der Frauen verbessern. Es geht also um die „promotion de la cause des femmes“⁸⁰. Dann aber kann das sich auf Art. 4 Abs. 2 S. 2 BV gründende besondere verfassungsrechtliche Gewicht der Gleichstellung von Mann und Frau durch den dieselbe Zielsetzung verfolgenden Art. 4 Abs. 2 S. 1 BV nicht „neutralisiert“ werden.

Ansonsten hängt das Ergebnis davon ab, wie hoch etwa Quoten festgesetzt werden und wie flexibel sie ausgestaltet sind bzw. ob Ausnahmen vorgesehen sind. Auch eine zeitliche Beschränkung derartiger Maßnahmen spielt hier eine Rolle⁸¹.

Auf dieser Grundlage würde etwa eine Maßnahme, die im Falle gleicher fachlicher Eignung die regelmäßige Bevorzugung der Frau vorsieht (etwa für eine Stelle oder ein Stipendium) dem Erfordernis der Angemessenheit entsprechen, steht doch hier den Männern jedenfalls die Möglichkeit offen, durch ihre höhere Qualifikation zu überzeugen. Dies muß auch dann gelten, wenn ein bestimmter Mann ganz besonders hart von der Maßnahme betroffen ist. Dagegen verstieße ein Quotensystem etwa für UniversitätsprofessorInnen, das vorsieht, daß

⁷⁹ Etwa, weil er eine bestimmte Stelle nicht antreten kann oder ein Stipendium nicht bekommt.

⁸⁰ So *Auer*, AJP 1993 (Fn. 4), 1340 f. Allerdings hat Art. 4 Abs. 2 diesen Zweck nicht erreicht; vielmehr geht die Verfassungswirklichkeit in eine andere Richtung, vgl. *Auer*, AJP 1993 (Fn. 4), 1340 f.; *Müller*, Grundrechte (Fn. 29), 228.

⁸¹ Vgl. hierzu etwa *Müller*, ZBl 1990 (Fn. 4), 314 f.

bis zur Erreichung eines Frauenanteils von 40 % Lehrstühle nur von Frauen besetzt werden dürften, gegen Art. 4 Abs. 2 BV: Sie wäre deshalb nicht angemessen, weil sie praktisch eine Generation von Männern von der Ergreifung dieses Berufes ausschliesse und damit typischerweise eine besondere Härte für die betroffenen Männer darstelle.

IV. Rechtsgleichheit und Chancengleichheit im Rahmen des Art. 4 Abs. 1 BV

Die Problematik der Förderung der Chancengleichheit oder tatsächlichen Gleichstellung stellt sich nicht nur im Zusammenhang mit Frauenförderungsmaßnahmen, sondern auch in bezug auf die Förderung von aus verschiedenen Gründen benachteiligten oder schwächer gestellten gesellschaftlichen Gruppen. Die Feststellung, daß allein eine rechtliche Gleichstellung nicht unbedingt auch zu einer faktischen Gleichstellung führt, sondern daß diese aufgrund verschiedener sozialer, politischer oder gesellschaftlicher Verhaltensweisen bzw. Rollen nicht gewährleistet werden kann, kann natürlich auch bei anderen Gruppen zutreffen. Zudem kann es auch Situationen geben, bei denen bestimmte Bedingungen für verschiedene Personen unterschiedliche Wirkungen zeitigen.

Als Beispiele kann man hier etwa an besondere Förderungsmaßnahmen im Zusammenhang mit der Ausbildung - z.B. im Falle der Einführung eines numerus clausus für gewisse Studiengänge ein niedrigerer Schnitt für bestimmte soziale Gruppen⁸² oder ein Quotensystem nach dem Muster der „affirmative action“⁸³. Eine etwas anders gelagerte Form ist diejenige der Erleichterungen bei Prüfungen für Personen, die bestimmten Nachteilen ausgesetzt sind. So stehen an der Juristischen Fakultät der Universität Freiburg i.Ue. Kandidaten, die nicht deutscher bzw. französischer Muttersprache sind und eine schriftliche Prüfung in der jeweils anderen Sprache ablegen, 20 Minuten mehr Prüfungszeit zur Verfügung.

Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit solcher „Förderungsmaßnahmen zugunsten Schwächerer“ wird selbstverständlich letztlich auch von der konkreten Ausgestaltung der verschiedenen Maßnahmen abhängen. Allerdings können auch hier auf der Grundlage der erörterten Schritte zur Prüfung der Vereinbarkeit einer Maßnahme mit Art. 4 BV⁸⁴ einige Anhaltspunkte entwickelt werden:

Differenzierungskriterium: Der Grund für die unterschiedliche Behandlung der verschiedenen Personen oder Personengruppen ist durchweg die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe, die sich sozial, gesellschaftlich oder auch sprachlich definiert. Bei den hier zur Debatte

⁸² Z.B. Kinder von Nichtakademikern.

⁸³ In den USA wurden derartige Maßnahmen in erster Linie zur Verbesserung der tatsächlichen Gleichstellung der Rassen ergriffen. In der Regel bestehen sie darin, daß ein bestimmter Anteil an Ausbildungs- oder Studienplätzen für Schwarze reserviert ist, die dann ggf. geringere Anforderungen im Hinblick auf die Qualifikation erfüllen müssen als Weiße. Vgl. hierzu *Walter Haller*, „State Action“ and „Affirmative Action“ in der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court zum Gleichheitssatz, FS Ulrich Häfelin, Zürich 1989, 97 ff.

⁸⁴ Oben II.

stehenden Maßnahmen wird also nicht etwa auf die individuelle Situation abgestellt, sondern allein auf die Gruppenzugehörigkeit. So kommt es etwa bei dem Beispiel der Freiburger Prüfungen nicht darauf an, wie gut die betreffende Person die deutsche bzw. französische Sprache beherrscht, sondern allein darauf, daß sie deutscher bzw. französischer Muttersprache ist.

Es besteht kein Anhaltspunkt dafür, daß das Abstellen auf derartige Kriterien generell unzulässig wäre. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch darauf, daß es bezüglich derartiger Differenzierungskriterien auch kein ausdrückliches verfassungsrechtliches Differenzierungsverbot gibt; die Situation ist hier insofern anders gelagert als bei Art. 4 Abs. 2 BV. Dies führt dazu, daß dem Gesetzgeber hier ein größerer Ermessensspielraum zusteht als bei einer Differenzierung aufgrund des Geschlechts⁸⁵. Grundsätzlich zulässig sind auch Typisierungen, also das Anknüpfen an bestimmte Merkmale, bei deren Vorliegen typischerweise auf andere Umstände geschlossen werden kann. So beherrscht sicherlich ein frankophoner Studierender die deutsche Sprache in der Regel weniger gut als ein deutschsprachiger Studierender. Mit anderen Worten erlaubt Art. 4 BV (grundsätzlich) sowohl das Abstellen auf den individuellen Einzelfall⁸⁶ als auch die Differenzierung nach der Gruppenzugehörigkeit.

Differenzierungsziel: Das Ziel der Unterscheidung ist regelmäßig der Ausgleich bestimmter tatsächlicher Nachteile. Diese können darin bestehen, daß von den Deutschsprachigen angenommen wird, sie beherrschen die französische Sprache weniger gut als ihre frankophonen Kollegen, oder daß davon ausgegangen wird, daß Nichtakademikerkinder aufgrund der schwierigeren sozialen und gesellschaftlichen Ausgangssituation weniger leicht die Voraussetzungen für ein Hochschulstudium erfüllen. Diese tatsächlichen Nachteile sollen dann durch die jeweilige « Vorzugsbehandlung » (teilweise) kompensiert werden.

Auch hier ist nicht ersichtlich, daß derartige Zielsetzungen an sich schon unzulässig sind. Hiergegen könnte man allenfalls einwenden, daß der Verfassung in dieser Hinsicht - im Gegensatz zu Art. 4 Abs. 2 S. 2 BV - kein ausdrücklicher Auftrag zur Gleichstellung der betroffenen Personengruppen entnommen werden kann und daher derartige Differenzierungen vor dem Hintergrund des Grundsatzes „Alle Schweizer sind (...) gleich“ nicht standhalten könne. Der Rechtsgleichheit käme auf dieser Grundlage ein (fast) absoluter Stellenwert zu. Damit werden auch schon die Einwände gegen diese Sicht deutlich: Art. 4 Abs. 1 BV verbietet ja nicht allgemein die unterschiedliche Behandlung von Personen oder Personengruppen, sondern stellt (nur) bestimmte Anforderungen an Differenzierungen. Hier wird denn auch der enge Zusammenhang zwischen Gleichheit und Gerechtigkeit und der formale Charakter des Art. 4 BV relevant: Da die Frage danach, was gleich und was ungleich

⁸⁵ Vgl. etwa *Arioli*, Frauenförderungsmaßnahmen (Fn. 4), 73 ff., die darauf hinweist, daß der Ermessensspielraum bei der Beurteilung geschlechtsspezifischer Ungleichbehandlungen auf der Grundlage von Art. 4 Abs. 2 BV stärker eingeschränkt ist. Ebenso *Buser*, in: Frauenförderung durch Quoten (Fn. 20), 189; *Weber-Dürler*, ZBJV 1992 (Fn. 20), 361.

⁸⁶ Wie es etwa bei der Steuerprogression der Fall ist, bei der das individuelle Einkommen ausschlaggebend ist.

zu behandeln ist, auch und gerade von den jeweiligen Wertvorstellungen abhängt, muß dem Gesetzgeber bei der Festlegung des Differenzierungsziels ein großer Spielraum eingeräumt werden, obliegt es doch ihm, Gerechtigkeitsvorstellungen zu entwickeln, verwirklichen und zu konkretisieren⁸⁷. Auch das Abstellen auf ein bestimmtes Ergebnis (etwa ein bestimmter Anteil an Kindern von Nichtakademikern unter den Studierenden) ist als solches nicht verfassungswidrig, jedenfalls unter der Voraussetzung, daß das Ziel einer solchen Maßnahme die Verbesserung der tatsächlichen Gleichstellung der betroffenen Personen ist⁸⁸. Hiergegen kann auch nicht eingewandt werden, bei solchen Maßnahmen ginge es um „Gruppenrechte“, nicht aber um die Sicherstellung tatsächlicher Chancengleichheit für Individuen. Denn ebenso wie bei der Wahl des Differenzierungskriteriums muß dem Gesetzgeber hier eine gewisse Typisierungsmöglichkeit offenstehen; zudem ist kein Grund ersichtlich, warum die tatsächliche Gleichstellung bestimmter Bevölkerungsgruppen nicht ein öffentliches Interesse darstellen können soll, das der Gesetzgeber verfolgen darf.

Hinzuweisen ist darüber hinaus darauf, daß sich bestimmte Aspekte der Verwirklichung der Chancengleichheit auch aus dem Sozialstaatsprinzip ergeben und daß durchaus gute Gründe dafür sprechen, in Art. 4 Abs. 1 BV auch ein an den Gesetzgeber gerichtetes Egalisierungsgebot zu sehen, so daß Art. 4 Abs. 1 BV allgemein - über das Gebot der Rechtsgleichheit hinaus - auch auf die Verwirklichung faktischer Gleichheit ausgerichtet ist⁸⁹. Allerdings dürfte die Ableitung eines diesbezüglichen Anspruchs jedoch problematisch sein, so daß dem Gebot der Verwirklichung faktischer Gleichstellung als Teilgehalt des allgemeinen Gleichheitssatzes allenfalls ein programmatischer Charakter zukommt⁹⁰.

Verhältnismäßigkeit: Vor diesem Hintergrund wird auch im Rahmen des Art. 4 Abs. 1 BV in der Regel das Verhältnis zwischen Differenzierung und Differenzierungsziel und damit die Prüfung der Verhältnismäßigkeit für die letztliche Zulässigkeit einer Maßnahme entscheidend sein.

Geeignetheit: In den Fällen, in denen die unterschiedliche Behandlung bestimmte, typischerweise angenommene Nachteile (nur) ausgleichen soll, so daß ansonsten für die verschiedenen Personengruppen übereinstimmende Bedingungen zur Anwendung kommen, sind jedenfalls keine grundsätzlichen Gründe gegen die Geeignetheit derartiger Maßnahmen ersichtlich⁹¹. So dürfte etwa die Verlängerung der Prüfungszeit für die Studierenden, die die

⁸⁷ Vgl. auch Müller, Art. 4 (Fn. 5), Rdnr. 4. Müller, Grundrechte (Fn. 29), 218, spricht allgemein davon, daß „zulässige Ungleichbehandlungen positiver Art (...) ferner darin begründet sein (können), daß eine faktisch benachteiligte Gruppe gezielter Förderung bedarf, um reale, historisch verwurzelte und nachwirkende Diskriminierungen in der gesellschaftlichen Wirklichkeit zu kompensieren“.

⁸⁸ Es erscheint aber auch nicht ausgeschlossen, daß allein die anteilmäßige Vertretung einer bestimmten Bevölkerungsgruppe ein verfassungsmäßiges Ziel sein kann, etwa im Falle einer gleichmäßigen Vertretung verschiedener Sprachgruppen oder einer Mindestvertretung bestimmter Minderheiten in politischen Gremien.

⁸⁹ Vgl. z.B. Weber-Dürler, FS Häfelin (Fn. Fn. 1), 206; s.hierzu auch Georg Müller, Der Gleichheitssatz, VVDStRL 47 (1989), 37 (53 ff.); Müller, ZBl 1990 (Fn. 4), 306 (308) m.w.N.

⁹⁰ Richli, ZBl 1995 (Fn. 1), 201.

⁹¹ Selbstverständlich ist es dagegen nicht ausgeschlossen, daß sich aufgrund der Situation des Einzelfalls eine andere Beurteilung ergibt.

Prüfung in einer Fremdsprache ablegen, grundsätzlich geeignet sein, den typischerweise gegebenen sprachlichen Schwierigkeiten Rechnung zu tragen⁹². Entscheidend ist hier, daß der Nachteil mit der Gewährung eines Vorteils in demselben Bereich ausgeglichen wird.

Problematisch könnten jedoch diejenigen Fallgestaltungen sein, bei denen ein faktischer Nachteil (etwa die Zugehörigkeit zu einer sozialen Schicht) mit einem Vorteil auf einer anderen Ebene (z.B. ein Hochschulzugang zu erleichterten Bedingungen) ausgeglichen wird: Dies könnte insofern gegen die Geeignetheit der jeweiligen Maßnahmen sprechen, als ein bestimmter Nachteil eben gerade nicht durch Maßnahmen in einem völlig anderen Bereich ausgeglichen werden kann. Ebenso wie im Bereich der Frauenförderungsmaßnahmen verkennt eine solche Sicht jedoch den gleichwohl in der Regel bestehenden Zusammenhang zwischen bestimmten sozialen, gesellschaftlichen oder sonstigen faktischen Nachteilen und der Unterrepräsentation der betroffenen Gruppen in bestimmten Positionen oder Ausbildungsgängen. Eine Aktion auf der Ebene der letzteren kann daher durchaus Nachteile auf der erstgenannten Ebene ausgleichen⁹³. Dann aber kann nicht von vornherein die Geeignetheit von Maßnahmen, die auf einer anderen Ebene ansetzen als die auszugleichenden Nachteile, verneint werden. Vielmehr obliegt es nach dem Sinn und Zweck des Art. 4 BV dem Gesetzgeber, hier sinnvolle Entscheidungen zu treffen. Es ist kein Grund ersichtlich, warum eine ganze Palette potentiell geeigneter Maßnahmen hier nicht zur Verfügung stehen sollte.

So ist es durchaus nicht von vornherein ausgeschlossen, daß etwa Quotenregelungen zugunsten sozial und gesellschaftlich benachteiligter Gruppen deren ungünstigere Chancen zum Zugang zu bestimmten Einrichtungen auszugleichen vermögen. Ebenso können a priori weniger hohe Anforderungen zum Zugang zu bestimmten Positionen oder Ausbildungsstätten durchaus erlittene Nachteile - die ggf. zu schlechteren Resultaten in der Schule führen - kompensieren. Allerdings dürfte die Geeignetheit jedenfalls dann zu verneinen sein, wenn die kompensatorischen Maßnahmen insofern über das zu erreichende Ziel hinausgehen, als sie nicht nur die erlittenen sozialen, gesellschaftlichen oder sonstigen Benachteiligungen ausgleichen, sondern darüber hinausgehende Begünstigungen einräumen. Dies dürfte z.B. bei sehr hohen einzuhaltenden Quoten oder aber einer zu großen Abweichung der Anforderungen an die persönliche Befähigung für eine bestimmte Ausbildung gegeben sein.

Erforderlichkeit: An dieser Stelle ist zu prüfen, ob die Maßnahme das mildeste Mittel zur Erreichung des angestrebten Ziels darstellt. Dies kann nur im Hinblick auf die möglicherweise beeinträchtigten anderen Rechtsgüter oder (Grund-) Rechte geschehen. Durch die hier angesprochenen Sondermaßnahmen zugunsten Schwächerer können verschiedene Rechte und Rechtsgüter beeinträchtigt werden. Zu erwähnen sind zunächst die Grundrechte

⁹² Ein anderes Problem ist jedoch die Gleichbehandlung der sog. „Bilingue-Studierenden“ mit Studierenden einer anderen Muttersprache, wie etwa spanisch oder türkisch. Diesen steht nämlich nach der Freiburger Regelung keine verlängerte Prüfungszeit zu. Allenfalls könnte man hier aber auf die grundsätzliche Schwierigkeit eines zweisprachigen Studiums abstellen.

⁹³ Wobei eine andere Beurteilung im Einzelfall selbstverständlich vorbehalten bleibt.

der nicht begünstigten Personen: Betroffen ist hier jedenfalls der aus Art. 4 Abs. 1 BV fließende Grundsatz der rechtsgleichen Behandlung. Darüber hinaus können je nach Fallgestaltung noch andere Grundrechte einschlägig sein. Bei Fragen des Hochschulzugangs ist etwa an die Handels- und Gewerbefreiheit zu denken⁹⁴; allerdings ist die diesbezügliche Tragweite dieses Grundrechts umstritten⁹⁵. Daneben können auch noch öffentliche Interessen - wie etwa die Qualität der Schul- und Hochschulausbildung - betroffen sein.

Grundlegende Einwände gegen das Vorliegen der Erforderlichkeit in solchen Fällen sind nicht ersichtlich. Maßgeblich ist, daß zur Erreichung *desselben Ziels* kein milderes Mittel zur Verfügung steht. Allerdings ist hier jedenfalls die Beurteilung des Einzelfalls entscheidend.

Angemessenheit: Hier ist ein Ausgleich zwischen dem verfolgten Ziel und den erwähnten öffentlichen oder individuellen Interessen, die nicht übermäßig beeinträchtigt werden dürfen, zu suchen. Bei dieser Abwägung ist zu berücksichtigen, daß die Gleichstellung der betroffenen Gruppen gerade nicht Gegenstand eines ausdrücklichen Verfassungsauftrages ist und ihr somit in diesem Zusammenhang aus verfassungsrechtlicher Sicht ein geringeres Gewicht als die tatsächliche Gleichstellung der Frau zukommt.

Letztlich sind hier die Umstände des Einzelfalls entscheidend. In bezug auf die am Anfang dieses Abschnittes erwähnten Beispiele kann immerhin festgehalten werden, daß jedenfalls eine 20-minütige Verlängerung der Prüfungszeit für die Kandidaten anderer Muttersprache das Kriterium der Angemessenheit erfüllen dürfte; die Beeinträchtigung des Interesses der anderen Kandidaten auf Gleichbehandlung ist hier denkbar gering. Bei den Zulassungsmaßnahmen zu Hochschulen wird es auf die konkrete Ausgestaltung der Noten bzw. Quoten ankommen. Zudem wäre eine zeitliche Begrenzung zu prüfen.

V. Schlußbemerkung

Als Ergebnis der Untersuchungen kann festgehalten werden, daß die rechtlichen Grenzen für eine « Regulierung » im Hinblick auf die Verwirklichung faktischer Gleichstellung benachteiligter Gruppen eher weit sind, wenn auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hier Grenzen aufzuzeigen vermag. Dies überrascht denn auch nicht vor dem eingangs erwähnten Hintergrund, daß die Herstellung von « Gleichheit » in weitem Maß von Gerechtigkeitsvorstellungen abhängig ist, so daß rechtliche Kriterien hier nur bedingt Anhaltspunkte liefern können. Es ist denn auch in der rechtswissenschaftlichen Diskussion in diesem Bereich auffallend, daß sie hier sehr emotional geführt wird, so daß der Eindruck nicht von der Hand zu weisen ist, manche Gegner, aber auch ProtagonistInnen insbesondere von Frauenförderungsmaßnahmen benutzen « rechtlich gefärbte » Argumente, um ihren politischen Meinungen ein größeres Gewicht zu verleihen.

⁹⁴ Vgl. auch Müller, ZBl 1990 (Fn. 4), 311.

⁹⁵ Hierzu Richli, ZBl 1995 (Fn. 1), 203 f., m.w.N.

Die Debatte kann daher nur an Rationalität gewinnen, wenn deutlich wird, daß die Fragestellungen in erster Linie politischer Natur sind. Es ist aus den dargelegten Gründen sehr zu bedauern, daß der EuGH und das Bundesgericht hier den m.E. politischen Ermessensspielraum der Entscheidungsträger durch nicht überzeugende rechtliche Grenzen oder besser durch die Rechtsprechung gesetzte Grenzen eingeschränkt haben. Letztlich muß auch den faktischen Nachteilen von Bevölkerungsgruppen in der einen oder anderen Form begegnet werden, soll ein gewisser sozialer Friede gewahrt bleiben. Das eigentlich zu lösende Problem ist denn auch das der Wahl der effizienten Mittel; eine Problematik, bei der noch große, auch wissenschaftliche Unsicherheiten bestehen.

Literatur - eine Auswahl

Kathrin Arioli, Frauenförderungsmaßnahmen im Erwerbsleben, Zürich 1992.

Kathrin Arioli (Hrsg.), Quoten und Gleichstellung von Frau und Mann, Basel/Frankfurt 1996.

Andreas Auer, Les mesures positives et l'art. 4 al. 2 Cst., AJP 1993, 1336 ff.

Margrith Bigler-Eggenberger, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 4 Abs. 2 BV, recht 1994, 1 ff.

Denise Buser, Die Zulässigkeit der Quotierung von Parlamentsmandaten, AJP 1994, 330 ff.

Denise Buser/Tomas Poledna, Politische Quoten auf dem Schafott - Reflexionen zum Bundesgerichtsurteil zur « Solothurner Quoteninitiative », AJP 1997, 981 ff.

Astrid Epiney/Nora Refaeil, Chancengleichheit: ein teilbarer Begriff?, AJP 1996, 179 ff.

Astrid Epiney/Nora Refaeil (Hrsg.), Die Gleichbehandlung von Mann und Frau im europäischen und schweizerischen Recht. Ausgewählte Fragen, Bern 1997.

Claudia Kaufmann, Gleichberechtigung und Sonderrechte für Frauen - (k)ein Widerspruch?, FS Margrith Bigler-Eggenberger, Basel/Frankfurt 1993, 157 ff.

Michael Klopfer, Gleichheit als Verfassungsfrage, Berlin 1980.

Georg Müller, Quotenregelungen - Rechtsetzung im Spannungsfeld von Gleichheit und Verhältnismäßigkeit, ZBl 1990, 306 ff.

Paul Richli, Chancengleichheit im Schul- und Ausbildungssystem als Problem des Staats- und Verwaltungsrechts, ZBl 1995, 197 ff.

Marianne Schwander Claus, Verfassungsmäßigkeit von Frauenquoten, Bern 1995.

Marianne Schwander Claus, Bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Artikel 4 Absatz 2 der Bundesverfassung und die Frage der Verfassungsmäßigkeit von Frauenquoten, AJP 1997, 963 ff.

Ivo Schwander/René Schaffhauser (Hrsg.), Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann, St. Gallen 1996.

Beatrice Weber-Dürler, Die Rechtsgleichheit in ihrer Bedeutung für die Rechtsetzung, Zürich 1973.

Beatrice Weber Dürler, Chancengleichheit und Rechtsgleichheit, FS Ulrich Häfelin, Zürich 1989, 205 ff.

Beatrice Weber-Dürler, Aktuelle Aspekte der Gleichberechtigung von Mann und Frau, ZBJV 1992, 357 ff.

