

Margrith Bigler-Eggenberger

Justitias Waage - wagemutige Justitia?

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts
zur Gleichstellung von Frau und Mann



Eidg. Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann
Bureau fédéral de l'égalité' entrefemmes et hommes
Ufficio federale per l'uguaglianza fra donna e uomo
Uffizi federal per l'egualitad tranter dunna ed um

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Literaturverzeichnis	XVII
Materialienverzeichnis	XXXI
Abkürzungsverzeichnis	XXXV

Einleitung.	1
------------------------------	----------

1. Kapitel: Der alte Art. 4 BV und die Rechtsprechung zur Geschlechtergleichheit vor 1981.	5
---	----------

§7 <i>Allgemeines.</i>	5
§2 <i>Einige Bereiche offenkundiger Diskriminierungen von Frauen nach 1.874.</i>	7
§3 <i>Das Prinzip der «Einheit der Familie» als Quelle von Diskriminierungen.</i>	18
§4 <i>Die Geschlechtergleichheit gerät in Bewegung.</i>	19

2. Kapitel: Die allgemeine Rechtsgleichheit und die Gleichbehandlung der Geschlechter: Zusammenspiel und Abgrenzung in der bundesgerichtlichen Praxis; Grundsätze der Anwendung und des Verfahrens	27
---	-----------

§1 <i>Einleitung.</i>	27
§2 <i>Die Gebote rechtlicher Gleichstellung von Frau und Mann und die Schwierigkeiten in ihrer Umsetzung.</i>	29
§3 <i>Abgrenzung des allgemeinen und des geschlechtsbezogenen Gleichheitssatzes in der Rechtsprechung.</i>	46
§4 <i>Anwendungsfragen.</i>	55
#5 <i>Verfahrensfragen.</i>	71

3. Kapitel: Die Konkretisierung des Gebots der Geschlechtergleichstellung durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts.	89
---	-----------

§7 <i>Satz 1: «Mann und Frau sind gleichberechtigt».</i>	89
§2 <i>Satz 2: «Das Gesetz sorgt für ihre rechtliche und tatsächliche Gleichstellung, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit».</i>	237
§3 <i>Satz 3: «Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit»: Der Lohngleichheitssatz und das Gleichstellungsgesetz</i> 265	

Inhaltsübersicht

4. Kapitel: Zusammenfassende Würdigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und Ausblick	321
§7 <i>«Ebenso neu als kühn»?</i>	321
§ 2 <i>Bundesgerichtliche Mittel und Wege zur Durchsetzung des Gleichstel- lungsgebots.</i>	345
§ 3 <i>Zusammenfassung und Ausblick.</i>	353
§ 4 <i>Hoffnung: Eine sehende Justitia.</i>	356
 Nachwort und Dank	 363
 Stichwortregister.	 365

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Literaturverzeichnis	XVII
Materialienverzeichnis	XXXI
Abkürzungsverzeichnis	XXXV

Einleitung 1

**1. Kapitel: Der alte Art. 4 BV und die Rechtsprechung zur
Geschlechtergleichheit vor 1981 5**

§ 1 <i>Allgemeines</i>	5
I. Der Grundsatz der Rechtsgleichheit von 1848/1874	5
II. Und die Frauen?	6

§ 2 *Einige Bereiche offenkundiger Diskriminierung von Frauen
nach 1874* 7

I. Gerichtliches Verständnis des Gleichbehandlungsgebots	7
1. Zulassung zum Beruf	7
2. Der Begriff der Rechtsgleichheit in der bundes- gerichtlichen Rechtsprechung	8
3. Verfassungsrechtlicher Einbezug der Frauen in den Begriff «Schweizer»	9
4. Erster Gleichstellungsprozess	10
II. Erste Fortschritte - 1.	11
III. Über die Schwierigkeit, den Schweizerinnen zum Aktiv- bürgerrecht zu verhelfen	14
1. Ausgangslage	14
2. Frage der Neuinterpretation des Begriffs «Schweizer»	14
3. Vorgehen des Schweizerischen Verbandes für Frauenrechte	15
4. Beschwerde von Waadtländer Frauen	16
5. Ein weiterer Versuch	17

§ 3 *Das Prinzip der «Einheit der Familie» als Quelle von Diskriminierung* 18

§ 4 <i>Die Geschlechtergleichheit gerät in Bewegung</i>	19
I. Der mühsame Weg	19
II. • Der erste Lohnleichheitsprozess	22
III. Bemerkung	25

Inhaltsverzeichnis

2. Kapitel: Die allgemeine Rechtsgleichheit und die Gleichbehandlung der Geschlechter: Zusammenspiel und Abgrenzung in der bundesgerichtlichen Praxis; Grundsätze der Anwendung und des Verfahrens	27
<i>§ 1 Einleitung.</i>	27
<i>§ 2 Die Gebote rechtlicher Gleichstellung von Frau und Mann und die Schwierigkeiten in ihrer Umsetzung.</i>	29
I. Das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot	29
1. Grund- und Menschenrecht: Diskriminierungsverbot.	29
2. Relativität des allgemeinen Gleichheitsgebots: Willkürverbot	29
3. Beachtung konkreter Lebenssituationen und der tatsächlichen Ungleichheit der Menschen	30
4. Exkurs: Grundsätze des allgemeinen Gleichheits- satzes.	31
5. Fehlende Drittwirkung	32
II. Die drei besonderen, auf das Verhältnis der Geschlechter be- zogenen Gleichstellungsgebote.	34
III. Bedeutung der geschlechtsbezogenen Rechtsgleichheit	36
1. Zweck und Ziel der geschlechtsbezogenen Rechtsgleichheit	36
2. Konkretisierung des Gleichheitsgebots.	36
3. Gleichheit in der sozialen Realität	36
4. Zulässigkeit von Unterschieden	37
5. Chancengleichheit	39
IV. Rechtsgleichheit, rechtliche Gleichbehandlung und tatsäch- liche Gleichstellung	40
V. Probleme um die allgemeine und geschlechtsbezogene Dis- kriminierung	42
1. Begriff der Diskriminierung	42
2. Willkürverbot und Differenzierungsgebot	42
3. Das Diskriminierungsverbot des geschlechtsbezogenen Gleichstellungsgebots.	43
a) Persönlicher Geltungsbereich	43
b) Unmittelbare oder direkte Diskriminierung	44
c) Mittelbare oder indirekte Diskriminierung.	44
<i>§ 3 Abgrenzung des allgemeinen und des geschlechtsbezogenen Gleichheits- satzes in der Rechtsprechung.</i>	46
I. Rechtliche Ungleichbehandlung gleicher Lebensverhältnisse und Geschlechterdiskriminierung.	46
II. Familienrechtliche Überlegungen im staatlichen Leistungs- recht	48
1. Das eheähnliche Verhältnis als der Ehe «vergleichbares Lebensverhältnis».	48

1. Beitragspflicht von Ehepaaren und Paaren in eheähnlichem Verhältnis in AHV und IV.	49
3. ... und weitere Problembereiche.	50
III. Das Problem der Gleichbehandlung der Geschlechter im Bereich kantonaler Familien- und Kinderzulagenordnungen	51
IV. Ein weiterer Problembereich.	53
V. Problematik des Zusammenwirkens der beiden Gleichheitsbestimmungen.	54
 §4 <i>Anwendungsfragen.</i>	 55
I. Bewertung von Gleichheit und Ungleichheit: Unterschiedliche Massstäbe, Willkür.	55
II. Zur Kognitionsbefugnis des Bundesgerichts.	57
III. Ermessensspielraum.	58
IV. Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung	61
V. Exkurs: Lückenfüllung.	63
VI. Konnexität von Verordnungsrecht des Bundes sowie von kantonalem Verfassungs- und Gesetzesrecht mit Bundesgesetzrecht.	64
VII. Das Problem der Übergangsfrist und beschränkte Möglichkeiten bundesgerichtlichen Eingreifens.	66
VIII. Die verfassungsrechtliche Schranke der Art. 113 Abs. 3 und 1.14 ^{bis} Abs. 3 aBV/Art. 191 BV.	70
 § 5 <i>Verfahrensfragen.</i>	 71
I. Rechtsmittel.	71
1. Staatsrechtliche Beschwerde.	71
2. Exkurs: Die Besonderheit der Beschwerdelegitimation der privatrechtlichen Arbeitgeberschaft.	73
3. Verwaltungsgerichtsbeschwerde.	74
II. Eintretensvoraussetzungen	74
III. Exkurs: Legitimation der Gleichstellungsbüros zur Erhebung von Beschwerden gegen gleichstellungswidrige Rechtserlasse?	76
IV. Richterliche Prüfungspflicht und die allgemeine Lebenserfahrung	77
V. Exkurs: Das internationale Recht und seine Auswirkungen auf die Geschlechtergleichbehandlung.	81
1. Verfassungsrang internationaler Normen über die Gleichstellung der Geschlechter.	81
2. Anwendungsbeispiele.	83

3. Kapitel: Die Konkretisierung des Gebots der Geschlechtergleichstellung durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts.	89
#7 Satz 1: «Mann und Frau sind gleichberechtigt».	89
I. Das formale Verständnis des Gebots der Gleichberechtigung von Frau und Mann	89
1. Die Gleichstellung im Erziehungswesen	90
2. Politische Betätigung und formale Gleichstellung	95
a) Das Stimmrecht der Frauen von Appenzell Innerrhoden	95
b) Politische Rechte und ihre Verlustmöglichkeiten zum Nachteil von Frauen.	96
3. Die öffentliche Dienstpflicht und das Gebot der Geschlechtergleichbehandlung.	98
4. Formale Betrachtungsweise und Rechtsgleichheit bezüglich der Witverrente in AFIV und BVG.	104
5. Das Renten- und Pensionierungsalter für Frau und Mann	111
6. Die Mutterschaft als besonderes Problem der rechtlichen Gleichstellung	119
7. Anspruch auf Mutterschaftsurlaub: Eine reine Frauensache?	122
II. Das Problem der indirekten Diskriminierung	127
III. Ohne Ausnahmen geht es nicht	133
IV. Zivilstand: Ein Problem für Rechtsgleichheit zwischen Frau und Mann	142
1. Das Namensrecht der Ehegatten im Spannungsfeld zwischen Einheit der Familie und Gleichberechtigung.	142
2. Bürgerrecht als Problem der Gleichberechtigung von Frau und Mann	149
a) Allgemeines	149
b) Wiedereinbürgerung	150
c) Einbürgerung von ausländischen Ehemännern von Schweizerinnen	152
d) Weitere Bürgerrechtsprobleme im Zusammenhang mit der Gleichstellung der Geschlechter.	153
3. Ehelicher Wohnsitz und das Gebot geschlechtsunabhängiger Gleichbehandlung.	157
a) Die Frage des eigenen politischen Domizils der Ehefrau	157
b) Abgeleiteter Wohnsitz als Anknüpfung für die Unterstellung unter das System der Sozialversicherung und für Sozialversicherungsansprüche.	158
4. Das partnerschaftliche Eherecht und die Beistandspflichten	162
a) Die Rechtslage	162
b) Rechtsprechung	163
c) Nachehelicher Unterhaltsanspruch, nacheheliche Solidarität und das Postulat der Gleichstellung der Ehegatten	173

d)	Die Besonderheit der Verteilung eines Überschusses und eines Fehlbetrags und der Gedanke der Gleichberechtigung der Ehegatten	180
e)	Kinderzuteilung - ein unlösbares Problem der Gleichstellung der Eltern?	187
5.	Auswirkungen des Zivilstands auf sozialversicherungsrechtliche Sachverhalte	190
a)	Beitragspflicht für Hausfrauen und Hausmänner	190
b)	Vorrangstellung des Ehemannes in der Anspruchsberechtigung von Altersleistungen	194
c)	Eigener Rentenanspruch der Frau - vorwiegender Anspruch des Ehemannes	200
d)	Besondere Auswirkungen des Zivilstandes beim Zusammentreffen verschiedener Sozialversicherungsansprüche: Kürzungsbestimmungen	200
6.	Hausarbeit - Erwerbsarbeit: Gleichstellung in der Rechtsprechung	208
a)	Das Problem	208
b)	Gleichstellung der Haus- mit der Berufsarbeit im Eherecht?	210
c)	Ausfall der Hausfrau, ihre Stellung als Versorgerin und die Bewertung ihrer Arbeitsleistung in der Haftpflichtversicherung	212
d)	Die Gleichstellung von Haus- und Erwerbsarbeit im Recht der Invalidenversicherung	216
aa)	Anspruch auf Hilfsmittel	217
bb)	Exkurs: Die Schadenminderungspflicht in der Invalidenversicherung	221
cc)	Eingliederungsmassnahmen wie Umschulung als Problem der Gleichstellung	222
dd)	Bemessung der Invalidität in Erwerbs- und Familienarbeit	226
§ 2 Satz 2:	«Das Gesetz sorgt für ihre rechtliche und tatsächliche Gleichstellung, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit»	237
I.	Gleichstellung als Aufgabe der Gesetzgebung	237
1.	Gesetzgeberische Gleichheitsbestrebungen	238
2.	Konkrete Massnahmen	240
II.	Die Bedeutung des Satzes 2 in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	245
1.	Allgemeines	245
2.	Geschlechtsneutralität verdeckt Diskriminierung	246
3.	Einzelprobleme: Gleichstellungs- und Förderungsmassnahmen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	247
4.	Im Besonderen die Quotenfrage als gleichstellungsfördernde Massnahme	254

Inhaltsverzeichnis

III.	Exkurs: Das Bundesgericht und das Gleichstellungsgesetz . . .	260
1.	Allgemeines	260
2.	Das Bundesgericht und das Gleichstellungsgesetz	261
§ 3 Satz 3:	«Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit»: Der Lohngleichheitssatz und das Gleichstellungsgesetz	265
I.	Ausgangspunkt	265
II.	Die tatsächliche Situation.	266
1.	Statistische Wahrheiten	266
2.	Ursachen	268
3.	Berufsgattungen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Lohngleichheit	270
III.	Der Lohngleichheitssatz in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	271
1.	Doppelnorm	271
2.	Geltungsbereich des Lohngleichheitsgebots.	272
a)	In persönlicher Hinsicht	272
b)	In sachlicher Hinsicht	276
c)	In zeitlicher Hinsicht	277
d)	In örtlicher Hinsicht	278
3.	Gleichheit und Gleichwertigkeit der Arbeit	280
4.	Exkurs: Vergleichbarkeit der verschiedenen Lehrberufe	283
5.	Prüfungspflicht der Gerichte, Arbeitsbewertung und Diskriminierung in der Lohnfestsetzung	284
6.	Die Rechtfertigungsgründe.	292
IV.	Folgen einer verfassungswidrigen Lohndiskriminierung	300
1.	Anspruch auf den «geschuldeten Lohn».	300
2.	Nachforderungen.	302
V.	Verfahrensfragen.	310
1.	Möglichkeit einer gerichtlichen Durchsetzung des Lohngleichheitsgebots (fehlende Justiziabilität?).	310
2.	Verbandsklagen.	313
3.	Beweislast	315
4.	Verfahrenskosten.	316
VI.	Erfolg?.	318
4. Kapitel:	Zusammenfassende Würdigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und Ausblick	321
£7	«Ebenso neu als kühn»?	321
I.	Der mühsame Weg zur Anerkennung der Rechtsgleichheit und der tatsächlichen Gleichstellung der Frauen	321
II.	Wandelbarkeit des Gleichstellungsgebots.	323

III.	Das Verständnis des Bundesgerichts zur Gleichstellungsbestimmung: Formale Betrachtungsweise führt nicht zu materieller Gleichstellung	324
	1. Keine formale Ungleichbehandlung von Frau und Mann mehr	324
	2. Gleichsetzung nach der Formel «Frau = Mann; Mann allenfalls = Frau»?	325
	3. Sinn und Zweck von Art. 4 Abs. 2 aBV/Art. 8 Abs. 3 BV	325
	4. Formale Gleichheit und Rollendenken	326
IV.	Das Verständnis von Satz 2: Verwirklichung tatsächlicher Gleichheit in der sozialen Wirklichkeit	329
	1. Komplementäres Verhältnis von Satz 2 zu Satz 1.	329
	2. Funktion von Satz 2: Aufgabe des Staates, für materielle Gleichheit zu sorgen	330
	3. Dennoch Bezugspunkte von Satz 1 und Satz 2?	330
	4. Exkurs: Noch einmal zum Problem der indirekten Diskriminierung und zur Gleichstellung durch Chancengleichheit und Ergebnisgleichheit	332
V.	Gleichstellungsfördernde Massnahmen und «umgekehrte Diskriminierung».	333
	1. Möglichkeiten ausgleichender und gleichstellungsfördernder Massnahmen	333
	2. Lösung des Spannungsfeldes; Verbot «umgekehrter Diskriminierung».	334
VI.	Grundsatz «pro femina»?	335
VII.	Das Verständnis von Satz 3 oder: Die Schwierigkeit, Lohngleichheit herzustellen	337

§ 2 *Bundesgerichtliche Mittel und Wege zur Durchsetzung des*

	<i>Gleichstellungsgebots.</i>	345
I.	Auslegung	345
	1. Vielfalt von Auslegungsmethoden	345
	2. Unterschiedliche Auswirkungen	346
	3. Differenzierung als Folge der Auslegung?	347
	4. Auslegung gegen den Wortlaut	348
	5. Weite, ausgedehnte Auslegung?	349
II.	Berufung auf den Gerechtigkeitsgedanken als Entscheidungskriterium	350
III.	Das Ermessen als ein die Gleichstellung einschränkendes Moment	352

§ 3 *Zusammenfassung und Ausblick* 353

I.	Kritik an der bisherigen Praxis.	353
II.	Ausweitung des Gleichheitsverständnisses in Satz 1 unter Einbezug von Satz 2.	354

Inhaltsverzeichnis

§ 4 <i>Hoffnung: Eine sehende Justitia</i>	356
I. Justitia mit der Augenbinde?	356
II. Eine sehende Justitia ist gewünscht	360
Nachwort und Dank	363
Stichwortregister	365