



Schweizerische Juristen-Zeitung
Revue Suisse de Jurisprudence

www.sjz.ch

Redaktion
Prof. Dr. Pascal Pichonnaz
Dr. Meinrad Vetter

Erscheint jeden Monat am 1. und 15.
Paraît le 1^{er} et le 15 de chaque mois

1

1. Januar 2020, 116. Jahrgang

3

Auf dem Weg zur Gleichstellung der Geschlechter?
Dr. Sandra Hotz

19

**Entwicklungen im Bank- und Kapitalmarktrecht /
Le point sur le droit bancaire et des marchés des capitaux**
Prof. Peter Nobel

27

Gedanken zu einer zeitgemässen Justiz
Prof. Ulrich Meyer

32

**Aktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung /
Jurisprudence récente du Tribunal fédéral**
Urteil 2C_161/2019 vom 8. Oktober 2019
Von der Mehrwertsteuer ausgenommene Bildungsleistungen
**Neue zur amtlichen Publikation vorgesehene Urteile des Bundesgerichts /
Nouveaux arrêts du Tribunal fédéral destinés à la publication dans le
Recueil officiel**
Kantonale Rechtsprechung / Jurisprudence cantonale
Aargau, Obergericht, Verwaltungsgericht
(WBE.2018.358) 1. Mai 2019
§ 70 Abs. 1 lit. a StG/AG

Simple, précis, pragmatique

Avec e-Book pour PC, Mac et tablette



Le trust en Suisse
La pratique du droit
Guillaume Grisel
janvier 2020
PrintPlus
978-3-7255-8758-2
env. 400 pages, broché
env. 108.00 CHF

Auteur:
Guillaume Grisel, docteur en droit,
avocat, TEP



En Suisse, les trusts pèsent des milliards et touchent des milliers de gens, mais restent mal connus des praticiens, des autorités et du public. Pour la première fois, tous les aspects importants sont traités en un seul ouvrage, simple, précis et pragmatique: 1. Introduction complète au droit des trusts; 2. Droit international privé, coexistence avec le droit privé suisse et exécution forcée; 3. Fiscalité des trusts en Suisse (impôts directs, successions et donations, LIA, LT, TVA, entraide

internationale); 4. Compliance et réglementation des trustees en Suisse (LEFin, LBA, CRS, FATCA). Formé en droit des trusts à l'Université de Cambridge, l'auteur est vice-président de la Swiss & Liechtenstein STEP Federation et consacre sa pratique d'avocat à tous ces domaines depuis plus de dix ans.

PrintPlus: Vous recevez l'ouvrage sous format papier et e-book, à consulter sur votre PC, Mac ou tablette!

Auf dem Weg zur Gleichstellung der Geschlechter?

Bedeutung und Herausforderungen des Gleichstellungsgesetzes von Frau und Mann oder die Frage, ob wir ein Recht ohne Geschlecht brauchen

PD Dr. iur. Sandra Hotz, Rechtsanwältin (Zürich)*, Lehrbeauftragte der Universitäten Zürich und Basel

I. Einleitung

Der Frauenstreik vom 14. Juni 2019 wird vermutlich als die grösste politische Demonstration in die Schweizer Geschichte eingehen.¹ Er war ein deutliches Zeichen für die Forderung nach rechtlicher und tatsächlicher Chancengleichheit in Familie, Berufsleben sowie in der Politik. Die Solidarität zwischen den Generationen und Geschlechtern war so gross wie nie. Der Frauenstreik ist denn auch Anlass, das geltende Recht zu hinterfragen.² Dieses ist zwar ein Instrument, um gegen bestehende Geschlechterungleichheiten vorzugehen, kann aber gleichzeitig dazu beitragen, bestehende Verhältnisse zu verfestigen. Vor diesem Hintergrund fragt dieser Beitrag, ob sich das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24. März 1995 (GIG)³ bewährt hat oder ob nicht ein grundlegender Reformbedarf besteht, weil es das «Geschlecht» festschreibt. Er widmet sich der Geschichte und Bedeutung des Gleichstellungsgesetzes, das am 1. Juli 1996 mit dem Ziel in Kraft getreten ist, die tatsächliche Gleichstellung von Frau und Mann im Arbeitsmarkt zu gewährleisten, und dessen Evaluationen Zweifel an ihm respektive seiner Umsetzung nähren. Zudem wird auf jüngere Leitentscheide des Bundesgerichts eingegangen. Das führt weiter zur Diskussion über die gegenwärtige Umsetzung des Gleichstellungsauftrags und des Diskriminierungsschutzes von Menschen jeden Geschlechts, jeder Geschlechtsidentität, jedes Geschlechts-

Das Schweizer Gleichstellungsgesetz von Frau und Mann war 1995 zweifellos ein Meilenstein. Aufgrund der mittelmässigen Erfolgsbilanz fragt man sich nach einem Vierteljahrhundert, ob es im Zeitalter von Diskriminierungen aufgrund von Geschlecht, Geschlechtsidentität und sexueller Ausrichtung nicht an der Zeit wäre für einen Perspektivenwechsel. Warum tun wir uns so schwer mit der Geschlechtergleichstellung? Die Gründe sind vielfältig. Verbesserungsvorschläge gibt es.

L'entrée en vigueur de la Loi sur l'égalité entre femmes et hommes de 1995 était sans doute une étape importante. Le bilan mitigé après un quart de siècle suscite la question de savoir si, dans une période marquée par des discriminations à raison du sexe, de l'identité du genre et de l'orientation sexuelle, il ne faudrait pas songer à un changement de perspective. Pourquoi rencontre-t-on tant de difficultés dans l'égalité des sexes? Les raisons sont diverses. Mais il existe des propositions d'amélioration.

P.P.

* Herzlicher Dank für gewinnbringende Kommentare geht an Nils Kapferer und Alecs Recher. Fabian Naumer danke ich für das Lektorieren.

¹ Historikerinnen gehen davon aus, ein offizieller Eintrag steht derzeit noch aus, s. aber *Brigitte Studer* zum Frauenstreik 1991 in: Historisches Lexikon der Schweiz, Eintrag vom 12.6.2019 (*sic!*), <<https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/058286/2019-06-12/>> zuletzt besucht am 7.9.2019.

² Gender Law Newsletter 2/2019 zum Thema Frauenstreik und Recht <<https://mailchi.mp/77ca85584dab/gender-law-newsletter-2017-949>> zuletzt besucht am 7.9.2019.

³ SR 151.10; *Studer* (Fn. 1).

ausdrucks und jeder sexuellen Orientierung, unter Beizug der internationalen Rechtsgrundlagen. Die hierfür allenfalls notwendigen Reformschritte, letztlich also auch die Überlegung, ob eine Überwindung der «Kategorie Geschlecht» im Recht längerfristig nicht der zukunftsweisendere Ansatz ist als die Geschlechtergleichstellung, bilden den Schluss.

II. Bedeutung des Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24. März 1995

A. Entstehung des Gleichstellungsgesetzes

Am 14. Juni 1981 wurde Art. 4 Abs. 2 aBV (Gleichstellungsartikel) vom Volk und den Ständen klar angenommen. Er lautet «Mann und Frau sind gleichberechtigt» und umfasst den Verfassungsauftrag, Mann und Frau sowohl in allen Rechtsbereichen als auch in allen Lebensbereichen auf allen drei staatlichen Ebenen «absolut» gleichzubehandeln.⁴ Seither ist gemäss Verfassung die tatsächliche Chancengleichheit von Frauen und Männern zu fördern und es besteht ein direkt anrufbarer Anspruch auf Lohngleichheit.⁵

Als aber auch nach der Verankerung des Gleichstellungsartikels die gesellschaftlichen Rechtsungleichheiten⁶ und namentlich die Lohnungleichheiten weiterhin bestehen blieben, reichte Nationalrätin Yvette Jaggi 1985 eine parlamentarische Initiative zu «Gleicher Lohn für Frau und Mann» ein, die u.a. ein öffentlich-rechtliches Monitoring forderte, beispielsweise konkrete Instanzen, welche die Einhaltung von Lohngleichheit systematisch überwachen.⁷ – Ähnliches wird heute, 30 Jahre später, mit der Revision des GIG umgesetzt (s. nächster Abschnitt). – Die parlamentarische Initiative (1985) wurde abgelehnt, das EJPD setzte stattdessen eine Arbeitsgruppe ein, um rechtspolitische Vorschläge auszuarbeiten.⁸ Einer davon betraf die Einführung eines Gleichstellungsgesetzes. Es verstrichen Jahre ohne wesentliche Änderungen, bis sich 1991 eine Gruppe von Uhrenarbeiterinnen aus dem *Vallée de Joux* erhob und es am 14. Juni zu einer Massenbewegung

kam, dem Frauenstreik 1991.⁹ Dieser trug wesentlich dazu bei, dass der Gesetzesentwurf und die Botschaft zum Gleichstellungsgesetz am 14. Februar 1993 veröffentlicht wurden.¹⁰ Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz: GIG) wurde am 24. März 1995 verabschiedet.¹¹ Es stellt eine Konkretisierung des Gebots der Gleichstellung von Frau und Mann nach Art. 8 Abs. 3 BV dar¹² und will nach Art. 1 GIG nichts weniger als die tatsächliche Gleichstellung von Frau und Mann.¹³

Das Gesetz wurde seither einige Male revidiert, da die Realität immer noch von einer Ungleichbehandlung geprägt ist:¹⁴ Nach harzigen Beratungen im Parlament wurden am 14. Dezember 2018 die Art. 13a-i E-GIG verabschiedet, sodass Betriebe *ab 100* Arbeitnehmenden (ohne Lernende) nun eine transparente, vollständige und nach einer wissenschaftlichen und rechtskonformen Methode vorgenommene *Lohnanalyse* durchzuführen haben; allerdings nur dann regelmässig alle vier Jahre, wenn einmal Probleme erkannt worden sind. Die Verordnung über die Überprüfung der Lohngleichheitsanalyse vom 21. August 2019 legt dabei eine *Ausbildungspflicht* der durchführenden Revisorinnen und Revisoren mit wenigen Eckpunkten fest (Art. 2 und 3).¹⁵ Der Bundesrat ist sodann künftig explizit «für die Evaluation der Wirksamkeit der Analysen» verantwortlich und hat dem Parlament spätestens neun Jahre nach Inkrafttreten der Gesetzesänderung Bericht zu erstatten (Art. 17b E-GIG).

⁹ Studer (Fn. 1): Der Frauenstreik 1991 hat schon mehr als hunderttausend Menschen mobilisiert.

¹⁰ Botschaft zum Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz GIG) vom 24.2.1993, BBl 1993 I 1248.

¹¹ SR 151.10; Studer (Fn. 1).

¹² Thomas Geiser/Roland Müller, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, 3. A., Bern 2015, 102; BGE 142 II 49 E. 6.2 m.w.H.

¹³ Claudia Kaufmann, Art. 1 GIG N 23 in: Claudia Kaufmann/Sabine Steiger-Sackmann (Hrsg.), *Kommentar zum Gleichstellungsgesetz*, 2. A., Basel 2009.

¹⁴ Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GIG), BBl 2017 5507, 5508, 5539; die neuen Art. 13a-f GIG, vom 14.12.2018, BBl 2018, 7875; die Lohnanalysen sind gesetzlich auf 12 Jahre beschränkt (Art. 13 nGIG).

¹⁵ Die Verordnung wird am 1.7.2020 in Kraft treten.

⁴ BGE 108 I 22; BGE 116 Ia 359 E. 5.b.

⁵ Claudia Kaufmann, *Hintergrund und Entstehung des Gesetzes*, in: Margrith Bigler-Eggenberger/Claudia Kaufmann (Hrsg.), *Kommentar zum Gleichstellungsgesetz*, Basel/Frankfurt 1997, Rz. 1.

⁶ Auch der Rechtsweg war für Frauen nur wenig förderlich: *Beatrice Weber-Dürler*, *Auf dem Rechtsweg zur Gleichberechtigung – vom Fall Kempin bis heute*, VSH-Bulletin Nr. 1, April 2008, 3.

⁷ AB NR 195, 1795 ff.

⁸ Andrea Büchler/Michelle Cottier, unter Mitarbeit von Sandra Hotz, *Legal Gender Studies, Rechtliche Geschlechterstudien*, 2012, 142 ff.

B. Geltungsbereich und wichtigste Rechtsschutzinstrumente des Gleichstellungsgesetzes

1. Gleichstellungsarbeit in allen Lebensbereichen, Rechtsschutz beschränkt auf den Arbeitsmarkt

Das Gleichstellungsgesetz will nach seinem Zweckartikel (Art. 1 GIG) die tatsächliche Gleichstellung von Frau und Mann und hat programmatischen Charakter für alle Rechts- und Lebensbereiche.¹⁶ Entsprechend betrifft der Auftrag des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann nach Art. 16 GIG die Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern *in allen Lebensbereichen*. Gemäss Art. 8 Abs. 3 BV kann und soll es sich entsprechend mit den Themenbereichen Familie, Ausbildung und Arbeit usw. beschäftigen.¹⁷

Der *sachliche Geltungsbereich des konkreten Rechtsschutzes* ist gemäss Art. 2 GIG auf die Gleichstellung im *Arbeitsmarkt* beschränkt. Die Einschränkung wurde bereits bei der Entstehung des Gesetzes bedauert.¹⁸ Das heisst etwa, dass Diskriminierungen aufgrund von Mutterschaft oder im Steuer-, Invaliden- oder Familienrecht sowie sexuelle Belästigungen und verbale Diskriminierungen «auf der Strasse» nicht Gegenstand des Gleichstellungsgesetzes (Art. 5 ff. GIG) sind. Das bedeutet nicht, dass kein anderer Rechtsschutz bestünde, beispielsweise im Strafrecht, im Obligationenrecht¹⁹ oder aus allgemeinem Persönlichkeitsschutz (Art. 5 Abs. 5 GIG).

2. Anwendung des Gleichstellungsgesetzes von Amtes wegen

Umgekehrt kann es aber nicht angehen, dass gegenwärtig sexuelle Belästigungen am Arbeitsplatz einzig unter strafrechtlichen Aspekten diskutiert werden²⁰ oder Kündigungen bei einem Diskriminierungsverdacht aufgrund des Geschlechts nur nach obligationenrechtlichen Aspekten abgehandelt

werden (s. Ziff. 5). Das Gleichstellungsgesetz ist bei jedem Diskriminierungsverdacht im Erwerbsleben vielmehr *von Amtes wegen* anzuwenden.²¹ Sexuelle Belästigung ist dabei eine der häufigen und spezifischen Formen von Diskriminierung (Art. 4 GIG),²² wobei es nicht darauf ankommt, ob die vorgesezte Person mit oder ohne sexuelle Absicht gehandelt hat. Entscheidend ist, dass ihr Verhalten als sexuelle Belästigung qualifiziert werden kann. Es sei ebenfalls irrelevant, welchem Geschlecht die belästigende Person angehört.²³ Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hat am 3. Juli 2019 einen Entscheid²⁴ betreffend eine Lehrerin gefällt, deren Stellenumutmasslich wegen angezeigter Schwangerschaft und künftigen Mutterschaftsurlaubs reduziert worden war, und das GIG von Amtes wegen angewendet.

3. Direkte und indirekte Diskriminierungen nach Art. 3 GIG

Nach Art. 3 Abs. 1 GIG dürfen Arbeitnehmer*innen aufgrund ihres «Geschlechts» weder direkt noch indirekt benachteiligt werden, namentlich nicht unter Berufung auf den Zivilstand, die familiäre Situation oder bei Arbeitnehmerinnen auf die Schwangerschaft.²⁵ Unbestrittenermassen ist diese Aufzählung nicht abschliessend. Bereits die Botschaft von 1993 zum GIG erwähnt als weiteren denkbaren Diskriminierungsgrund «die sexuelle Orientierung», soweit diese – wie alle anderen Kriterien auch – geeignet ist, eine grössere Gruppe von Personen «des anderen Geschlechts» zu diskriminieren.²⁶ Schwangere Arbeitnehmerinnen können gegenüber nicht schwangere

²¹ Kathrin Arioli, Art. 13 GIG N 18, in: Claudia Kaufmann/Sabine Steiger-Sackmann (Hrsg.), *Kommentar zum Gleichstellungsgesetz*, 2. A., Basel 2009.

²² Zum aktuellen Ausmass der sexuellen Belästigungen die aktuelle Studie «Sexuelle Gewalt» von Cloé Jans/Lukas Goldner/Aaron Venetz/Noah Herzog, Institut gfs Bern vom April 2019, im Auftrag von Amnesty International, diese zeigt bei einer schweizweit repräsentativ gewichteten Stichprobe von Frauen ab 16 Jahren, N = 4495, dass die persönlich erlebten sexuellen Belästigungen bei 64% der Befragten liegen, wobei 33% am Arbeitsplatz stattfinden, <<https://cockpit.gfs-bern.ch/de/cockpit/sexuelle-gewalt-in-der-schweiz/>> zuletzt besucht am 7.9.2019.

²³ Die Vorgesetzte hat sich wiederholt herabsetzend über die Gewichtszunahme der Angestellten geäussert, vgl. Schlichtungsstelle bewilligt Klage, 2.3.2018 (Schlichtungsbehörde Zürich, Verfahren 26/2017).

²⁴ VB.2018.0071 (der Entscheid ist zum Zeitpunkt der Drucklegung noch nicht rechtskräftig).

²⁵ BGE 142 II 49 E. 6.2: Der Begriff der gleichwertigen Arbeit umfasst dabei «nicht bloss ähnliche, das heisst gleichartige Arbeiten, sondern bezieht sich darüber hinaus in Zusammenhang mit indirekten Lohndiskriminierungen auch auf Arbeiten unterschiedlicher Natur».

²⁶ Botschaft GIG (Fn. 10) 1296; Cossali Sauvain (Fn. 17) Art. 1 LEg N 19.

¹⁶ Kaufmann (Fn. 13) Art. 1 GIG N 23.

¹⁷ Beratungs- und Förderprogramme, die der Bund unterstützen kann, sind nach Art. 14 GIG jedoch schwerpunktmässig rund um die Gleichstellung von Frau und Mann im Erwerbsleben, inkl. Weiterbildung und Vereinbarkeit von Erwerbsleben und Familie, gruppiert; vgl. Patricia Schulz, Art. 14 GIG N 1 ff. in: Claudia Kaufmann/Sabine Steiger-Sackmann (Hrsg.), *Kommentar zum Gleichstellungsgesetz*, 2. A., Basel 2009; Monique Cossali Sauvain, Art. 1 LEg N 14 ff. in: Karine Lempen/Gabriel Aubert, *Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité*, Genf 2011.

¹⁸ AB NR 1994/1255.

¹⁹ Z.B. BGE 142 II 49 E. 5.1., BGE 138 II 1 E. 4, betr. Verjährungsfrist des Anspruchs auf diskriminierungsfreien Lohn kommt mangels anderer Regelung nach GIG Art. 128 Ziff. 3 das OR zur Anwendung.

²⁰ Heidi Affolter-Eijstein, Ich habe ihr doch nur ein Kompliment gemacht, NZZ vom 2.4.2019.

ren²⁷ und Arbeitnehmer*innen mit Kindern können gegenüber solchen ohne diskriminiert sein. Beide Autorinnen der Gleichstellungskommentare anerkennen die sexuelle Orientierung als diskriminierendes Merkmal, weil die Abweichung von der Norm eine gleichgeschlechtliche Person diskriminiere²⁸ und nicht der Vergleich mit der «anderen Gruppe». Sie gehen ferner davon aus, dass sich Diskriminierungen aufgrund der Geschlechtsidentität problemlos an den Geschlechterbegriff anknüpfen lassen.²⁹ Nach der Datenbank zum Gleichstellungsgesetz (einem Projekt der Gleichstellungsstellen der Deutschschweiz)³⁰ gibt es insgesamt zwölf Fälle zur Rubrik *Diskriminierung wegen sexueller Orientierung oder Geschlechtsidentität vor der Schlichtungsstelle* – mit unterschiedlichem Ausgang: Während die Kündigung einer transsexuellen Frau (2017 in Zürich) rechtskräftig ist (die Schlichtungsstelle erzielte eine Einigung), wurde in einem weiteren Fall aus dem gleichen Jahr eine missbräuchliche Kündigung wegen Geschlechtsidentität festgestellt.³¹ – Zum jüngsten Bundesgerichtsentscheid in dieser Sache nachfolgend unter Ziff. D.3.

Das eigentliche Novum am GIG war aber, dass eine Rechtsgrundlage eingeführt wurde, mit der sich eine Person gegen *indirekte Diskriminierungen im Erwerbsleben* wehren kann. Diese beruhen auf formal geschlechtsneutralen Verhaltensweisen oder Regelungen,³² die aber im Ergebnis eine Personengruppe eines bestimmten Geschlechts ungleich stärker treffen als die andere.³³ Beispielsweise ist es eine Tatsache, dass sich hauptsächlich Frauen um die Kinder- und Altenpflege in der Familie kümmern und im Durchschnitt aufgrund

ihrer Familienplanung etwas älter sind als ihre Kollegen respektive im gleichen Berufsalter noch etwas weniger Führungserfahrung aufweisen. Es kann auch sein, dass sie aufgrund ihrer bisherigen Teilzeitpensen noch nie eine Führungsposition innehatten, was ebenfalls einer indirekten Diskriminierung gleichkommt, wenn nicht sachlich begründet werden kann, dass eine Vollzeitstelle für eine bestimmte Berufsausübung unerlässlich ist.

4. Beweislastleichterung nach Art. 6 GIG

Die Diskriminierungsgründe müssen nach Art. 6 GIG lediglich *glaubhaft* gemacht werden. Ausgenommen sind allerdings Diskriminierungen aufgrund der Anstellung (Anstellungsdiskriminierung) und aufgrund sexueller Belästigung. Das Glaubhaftmachen entspricht einem reduzierten Beweismass, da die beweisführende Person nur *Indizien* vorzubringen hat, die das Vorliegen beispielsweise einer Lohndiskriminierung als wahrscheinlich erscheinen lassen: «Le juge n'a pas à être convaincu du bien-fondé des arguments du travailleur; il doit simplement disposer d'indices objectifs suffisants pour que les faits allégués présentent une certaine vraisemblance, sans devoir exclure qu'il puisse en aller différemment.»³⁴ Zu Deutsch: Es genügt, dem Gericht mittels «objektiver Anhaltspunkte den Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit des Vorhandenseins der infrage stehenden Tatsache zu vermitteln, ohne dass dabei die Möglichkeit ausgeschlossen sein muss, dass die Verhältnisse sich auch anders gestalten könnten.»³⁵

5. Kündigungsschutz nach Art. 3 Abs. 1 GIG und nach Art. 10 GIG

Nach Gleichstellungsgesetz besteht ein besonderer Kündigungsschutz bei einer Kündigung, die in Bezug auf das Geschlecht diskriminierend ist (Art. 3 Abs. 1 GIG), beispielsweise aufgrund von Mutterschaft: Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hatte sich wie bereits erwähnt mit dem Fall einer Lehrerin auseinanderzusetzen, deren Stellenpensum verdachtsmässig wegen angezeigter Schwangerschaft und künftigen Mutterschaftsurlaubs reduziert worden war. Es sei von einer diskriminierenden Nichtberücksichtigung der zwölf Wochenstunden umfassenden Abmachung zwischen Schulleiter und Beschwerdeführerin auszugehen, als die Kreisschulpflege das Stellenpensum infolge Schwangerschaft auf zehn Wochenstunden «korrigierte». Das Gericht befand mit Entscheid

³⁴ BGE 130 III 145 E. 4.2 m.w.H.; s. zur Schwierigkeit etwa BGer 8C_376/2015 vom 24.3.2016.

³⁵ BGE 142 II 59 E. 6.2 m.w.H.

²⁷ Karine Lempen, Art. 3 LEg N 2, 4 in: Karine Lempen/Gabriel Aubert, *Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité*, Genf 2011.

²⁸ Elisabeth Freivogel, Art. 3 GIG N 17 in: Claudia Kaufmann/Sabine Steiger-Sackmann (Hrsg.), *Kommentar zum Gleichstellungsgesetz*, 2. A., Basel 2009; betr. sexuelle Belästigung von homosexuellen Personen: Lempen (Fn. 27) Art. 3 LEg N 4; Kaufmann (Fn. 13) Art. 4 GIG N 58.

²⁹ Freivogel (Fn. 28) Art. 3 GIG N 17; Lempen (Fn. 27) Art. 3 LEg N 4; Karine Lempen/Aner Voloder, *Aktuelle Entwicklungen rund um das Gleichstellungsgesetz*, SJZ 2018 81 ff., 86 f.; s.a. *Alecs Recher*, *LGBT-Rechte*, in: Andreas R. Ziegler/Michel Montini/Eylem Copur, *LGBT-Recht*, 2. A., Basel 2015.

³⁰ <www.gleichstellungsgesetz.ch> zuletzt besucht am 7.9.2019.

³¹ Das Bundesgericht erkennt in diesen Entscheiden nur solche von Schlichtungsbehörden: BGE 145 II 153.

³² Z.B. die Leitungsstelle X ist für Personen «von 40–45 Jahren» (Dienstalter) oder «mit 5 Jahren Führungserfahrung» (spezifische Führungserfahrung) vorbehalten; Lempen (Fn. 27) Art. 3 LEg N 31 ff.; Freivogel (Fn. 29) Art. 3 GIG N 56.

³³ BGE 142 II 49 E. 6.1; BGE 141 III 411 E. 6.1.2; BGE 124 II 529 E. 3; BGE 124 II 409 E. 7–8.

vom 3. Juli 2019,³⁶ es bestehe sowohl ein Beseitigungsanspruch gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. b GIG als auch ein Anspruch auf Überführung auf 43 Stellenprozente sowie ein Entschädigungsanspruch nach Art. 5 Abs. 2 GIG (E. 5.4). Zudem besteht ein besonderer «echter Kündigungsschutz», der tatsächlich zur Wiedereinstellung berechtigen kann; das ist etwa bei einer sog. Racheündigung nach Art. 10 GIG der Fall. Eine solche liegt beispielsweise dann vor, wenn eine arbeitnehmende Person Annäherungsversuche oder eine sexuelle Beziehung mit dem Vorgesetzten ablehnt, was dieser nicht respektiert, worauf die betroffene Person eine sexuelle Belästigung bei der Arbeitgeber*in geltend macht und in der Folge die Kündigung erhält.³⁷ Vorausgesetzt ist, dass die betroffene Person eine Diskriminierung geltend gemacht hat und dabei selbst in guten Treuen handelte sowie dass zwischen Diskriminierung und Kündigung eine Kausalität besteht. Bei den missbräuchlichen Kündigungen nach Obligationenrecht³⁸ kommt es dagegen nur zu einer Entschädigungspflicht (Strafzahlungen) von maximal sechs Monatslöhnen; weitergehende Ansprüche aufgrund einer Persönlichkeitsverletzung sind vorbehalten. Nach Art. 10 GIG ist eine arbeitnehmende Person, die sich rechtlich nach GIG wehrt, für die Dauer des Verfahrens und sechs Monate darüber hinaus vor einer Racheündigung geschützt.

6. Die Einrichtung von Schlichtungsstellen nach Art. 11a GIG ist und bleibt zentral

Mit dem Gleichstellungsgesetz wurden in den Kantonen die Schlichtungsstellen für Streitigkeiten nach GIG in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen eingeführt.³⁹ So stand das Einführungsgesetz zum Gleichstellungsgesetz des Kantons Basel-Stadt vom 16. Juni 1996 ganz im Zeichen der Einführung dieser Schlichtungsstellen.⁴⁰ Das Schlichtungsverfahren fällt seit dem Inkrafttreten der Eidgenössischen Zivilprozessordnung am 1. Januar 2011 allgemein unter Art. 197 ff. ZPO, womit nach Art. 199 Abs. 2 lit. c ZPO die klagende Partei auf

die Schlichtung verzichten kann. Es zeigt sich, dass die Mehrheit der Fälle durch Schlichtung erledigt wird.⁴¹

C. Evaluationen des Gleichstellungsgesetzes

1. Evaluationen nach knapp 10 Jahren

Die erste Evaluation des Gleichstellungsgesetzes wurde 2002 (auch) durch einen parlamentarischen Vorstoss lanciert.⁴² Neben einer internen Begleitgruppe erhielten die Expertinnen Heidi Stutz, Marianne Schär Moser und Elisabeth Freivogel⁴³ vom EJPD den Auftrag zur Evaluation. Sie haben von Dezember 2003 bis April 2005 mit einem Methodenmix reichhaltige Daten erhoben: mittels Fragebögen der Schlichtungsstellen, Arbeitnehmendenorganisationen und der Personalverantwortlichen im privaten und öffentlichen Sektor sowie aus statistischen Grobauswertungen von insgesamt 269 Gerichtsentscheiden zum GIG in der Schweiz (Stand 2004) und aus einer Inhaltsanalyse von 46% Gerichtsentscheiden zum GIG der Kantone Zürich, Waadt, Graubünden sowie aus einer Analyse von 355 Schlichtungsfällen (Stand 2004) und 20 Expertinnen- und Experteninterviews. Im Resultat wurde das GIG zwar als Fortschritt im Vorgehen gegen Geschlechterdiskriminierungen bewertet, die Autorinnen erkannten aber auch klaren Handlungsbedarf, namentlich

- beim Abbau von Angst, sich gegen Diskriminierungen zu wehren;
- bei der individuellen Informationsbeschaffung, wenn Diskriminierungsverdachte bestehen;
- bei der Umsetzung des GIG auf der Ebene der erstinstanzlichen Gerichte;⁴⁴
- bei Kenntnissen zum GIG in Unternehmen sowie bei fehlenden Massnahmen zur Förderung der tatsächlichen Gleichstellung in den Betrieben.

Hinsichtlich der Wirksamkeit der spezifischen Schutzinstrumente des Gleichstellungsgesetzes kamen die Autorinnen zu folgenden Schlüssen:⁴⁵

³⁶ VB.2018.0071 (der Entscheid ist zum Zeitpunkt der Drucklegung noch nicht rechtskräftig).

³⁷ Schlichtungsbehörde Gleichstellung, Kanton Zürich, erzielt am 2.11.2018 einen Vergleich, Verfahren 18/2018, s.a. Verfahren 22/2018, unter <www.gleichstellungsgesetz.ch> zuletzt besucht am 7.9.2019.

³⁸ Es handelt sich um einen besonderen Anwendungsfall rechtsmissbräuchlicher Kündigung nach Art. 336 Abs. 1 lit. d OR.

³⁹ Susy Stauber-Moser, Art. 11 GIG N 14 ff., in: Claudia Kaufmann/Sabine Steiger-Sackmann (Hrsg.), *Kommentar zum Gleichstellungsgesetz*, 2. A., Basel 2009.

⁴⁰ SG 140.100.

⁴¹ Bächler/Cottier (Fn. 8) 147 m.w.H.; Stauber-Moser (Fn. 39) Art. 11 GIG N 14 ff.

⁴² Motion (02.3143) NR Vreni Hubmann vom 22.3.2002.

⁴³ Heidi Stutz/Marianne Schär Moser/Elisabeth Freivogel, *Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes*, Synthesebericht, Bern 2005; s.a. Elisabeth Freivogel, *Lücken und Tücken in der Anwendung des Gleichstellungsgesetzes*, AJP 2006 1343 ff.

⁴⁴ Stutz/Schär Moser/Freivogel (Fn. 43) VII.

⁴⁵ Stutz/Schär Moser/Freivogel (Fn. 43) XI f.

- der besondere Kündigungsschutz (Art. 10 GIG) ist noch wenig bekannt;⁴⁶
- die Beweislast erleichterung nach Art. 6 GIG (Glaubhaftmachung) ist wenig erfolgreich;
- das Verbandsklagerecht (Art. 7 GIG) wird genutzt und führt letztlich zu mehr Entscheidungen, die weitergezogen werden;
- insgesamt werden viele Fälle von den Schlichtungsbehörden erledigt, wobei die Einigungsquoten bei sexueller Belästigung (mit 46%) höher liegen als bei Lohndiskriminierung und diskriminierender Kündigung (je 33%). Sie sind zudem kantonal unterschiedlich: In Zürich, Baselstadt und Bern bewegen sie sich um 60%, in Genf dagegen liegen sie bei 19%.⁴⁷

Der Bundesrat hat in seinem Bericht an das Parlament über die Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes vom 15. Februar 2006 festgehalten,⁴⁸ dass es sich bewährt habe. Da aber die Umsetzung des Gleichstellungsgesetzes noch nicht optimal funktioniere, hat er namentlich Informations- und Sensibilisierungskampagnen vorgeschlagen.⁴⁹

Zudem analysierte Margrith Bigler-Eggenberger (2005)⁵⁰ zum 10-Jahr-Jubiläum des GIG die Rechtsprechung des Bundesgerichts mit einem Fokus auf dem Arbeitsrecht. Sie kommt u.a. zum Schluss, dass es meist objektive Rechtfertigungen dafür gäbe, wie beispielsweise Dienstalter, Ausbildung, berufliche Anforderungen, Marktlage, Budgetgründe und viele weitere, wenn Lohnunterschiede festgestellt würden. Dass dahinter eine indirekte Diskriminierung stecken könnte, dem habe sich die Rechtsprechung noch verschlossen, erst langsam öffne sie sich dieser Möglichkeit: «Über Jahre hinweg wurden diese Rechtfertigungsgründe [...] kaum je auf eine mögliche, allenfalls verborgene Diskriminierung hinterfragt, die in der alten und immer wieder neuen Tatsache besteht, dass die weiblichen Lebensmuster und die sog. weiblichen Ei-

genschaften gegenüber dem, was im Berufsleben als männliche Eigenschaften gilt, weniger stark gewichtet werden.»⁵¹

2. Evaluationen nach gut 20 Jahren

2017 haben Karine Lempen und Aner Voloder⁵² im Auftrag des Eidgenössischen Gleichstellungsbüros für Frau und Mann EBG eine rechtliche Analyse der kantonalen Rechtsprechung zum GIG präsentiert, welche insgesamt 190 Fälle der Jahre 2005 bis 2014 der Kantone umfasste. Die Analyse kommt u.a. zum Schluss, dass

- die Fälle von Diskriminierung, die sich auf Schwangerschaft und Mutterschaft der Arbeitnehmerin beziehen, zugenommen haben (sie machen insgesamt einen Drittel der Fälle aus);⁵³
- keine Fälle von Mehrfachdiskriminierung bekannt sind;
- das GIG von Gerichten nicht herangezogen wird, obschon dieses von Amtes wegen angewendet werden müsste⁵⁴, sodass gewisse Fälle *nur* gestützt auf das Obligationenrecht behandelt werden;⁵⁵
- die Beweislast erleichterung nicht funktioniert, weil nicht zwischen dem reduzierten Beweismass nach Art. 6 GIG («Glaubhaftmachung») und einem *ordentlichen Vollbeweis* unterschieden wird;
- indirekte Diskriminierung selten erkannt wird und dass somit ein Weiterbildungsbedarf bei juristischen Fachpersonen und Arbeitgebenden besteht;
- die Erfolgsrate der Prozesse klein ist und die klagenden arbeitnehmenden Personen mit *hohen Kosten* zu rechnen haben, sodass wenig Ermutigung besteht, sich rechtlich zur Wehr zu setzen.

⁵¹ Bigler-Eggenberger (Fn. 50) 77

⁵² Karine Lempen/Aner Voloder (Universität Genf/Fachstelle für Gleichstellung Stadt Zürich) Analyse der kantonalen Rechtsprechung nach dem Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann von 2004–2015, Forschungsbericht, Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann EBG (Hrsg.), Bern Juni 2017, <https://www.gleichstellungsgesetz.ch/pdf/Analyse_GIG_2017_de.pdf> zuletzt besucht am 7.9.2019, fortan: Bericht GIG 2017; s. bereits in SJZ 2018 Lempen/Voloder (Fn. 29) 81 ff.; es besteht nunmehr ein *neuer* Auftrag zur Evaluation der Bundesrechtssprechung; schliesslich auch noch hinzuweisen auf die Studie des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechte (SKMR) im Auftrag des BJ, vgl. Walter Kälin/Reto Locher, Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen, Synthesebericht, Bern 2015, welcher 143 Gerichtsfälle zum GIG von 2004–2014 zählte.

⁵³ Lempen/Voloder (Fn. 52) 6, 18; absolut waren es 41 von 130 untersuchten Fällen, meistens wurde der Mutter gekündigt.

⁵⁴ Arioli (Fn. 21) Art. 13 GIG N 18.

⁵⁵ Die Anwendbarkeit des GIG kann sich auch auf prozessualer Ebene stellen. Lempen/Voloder (Fn. 29).

⁴⁶ In 8 von 47 Verfahren wurde diskriminierende Kündigung geltend gemacht; zudem gab es 7 Rachekündigungsfälle, die nicht als solche erkannt worden waren: Freivogel (Fn. 43) 1350.

⁴⁷ Stutz/Schür Moser/Freivogel (Fn. 43) IX.

⁴⁸ BBl 2006 3161; am 8.3.2007 verfasst der Bundesrat einen Zusatzbericht in Erfüllung des vom Nationalrat überwiesenen Postulats Maria Roth-Bernasconi 06.3034 mit dem Titel «Gleichstellungsgesetz. Zusatzbericht zur Wirksamkeit».

<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/lohn_gleichheit/berichte/br-zusatzber-d.pdf> zuletzt besucht am 7.9.2019.

⁴⁹ BBl 2006 3188 ff.

⁵⁰ Margrith Bigler-Eggenberger, Art. 4 Abs. 2/Art. 8 Abs. 3 BV – eine Erfolgsgeschichte?, ZBl 2005 57 ff., 75 ff., 78 f.

Ferner wurde im Auftrag der Gleichstellungsbeauftragten im letzten Jahr von Gesine Fuchs/Lucia Lanfranconi/Oriana Gebhart⁵⁶ (Fachhochschule für Soziale Arbeit in Luzern) das *Nationale Gleichstellungsbarometer 2018* erstellt. Der Fokus der Studie liegt auf der Lohnungleichheit. Diese Studie kommt u.a. zum Schluss, dass

- bei 93% der Befragten Handlungsbedarf in Sachen Lohnungleichheit bestehe;⁵⁷
- sich 8 von 10 Befragten für eine strengere Handhabung des Gleichstellungsgesetzes aussprechen;⁵⁸
- sich mehr als 57% der Erwerbstätigen im Arbeitsleben schon einmal aufgrund ihres Geschlechtes diskriminiert fühlten;
- bei den Kenntnissen zum Prinzip des gleichen Lohns für gleichwertige Arbeit und dem GIG noch Nachholbedarf besteht.

D. Jüngere Leitentscheide des Bundesgerichts zum Gleichstellungsgesetz

1. Zur Schwierigkeit des Nachweises von Lohnungleichheiten (BGE 142 II 49)⁵⁹

Die Beschwerdeführerin (Bf.) war von April 2005 bis Februar 2011 Dienststellenleiterin des Personalamtes. Sie war bei Stellenantritt 45 Jahre alt und zählte zur Lohnklasse 6, Erfahrungsstufe 4. Nach 2 Jahren wurde sie in die Lohnklasse 5, Erfahrungsstufe 6, befördert. Eine weitere Beförderung in die 4. Lohnklasse wurde ihr nach Massgabe des Lohns ihres

Amtsvorgängers mittelfristig in Aussicht gestellt. Am 28. Februar 2011 wurde das Arbeitsverhältnis beendet. Nach erfolglosen kantonalen Verfahren legte die Bf. Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vor Bundesgericht ein, mit dem Begehren, ihr für die Zeit ihrer Anstellung nachträglich einen höheren Lohn nachzubezahlen. Das Bundesgericht wies diese Beschwerde ab, im Wesentlichen mit der Begründung, dass die Vorinstanz ihre Kognitionsbefugnis nicht unzulässig eingeschränkt habe und damit auch Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV sowie Art. 3 Abs. 2, Art. 5 Abs. 1 und Art. 6 GIG nicht verletzt habe (E. 4 ff.). In diesem Zusammenhang wurde das *Glaubhaftmachen einer Lohndiskriminierung* gemäss Art. 6 GIG erwogen (E. 7.2) und bejaht (E. 7.3): Gemäss den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz erhielt der Amtsvorgänger der Bf. bei Stellenantritt einen Lohn, der 11,5% bzw. 8,6% höher war als der Anfangslohn der Bf.; sein Schlusslohn wies im Vergleich zum Anfangslohn der Bf. eine Differenz von 43% auf. Das Bundesgericht fand es bei einer Differenz von 43% sachgerecht, die Gefahr einer Diskriminierung zu erkennen und daher das *Glaubhaftmachen in casu* zu bejahen. – Ebenso bejahte das Bundesgericht ein *Glaubhaftmachen* für den Amtsnachfolger der Bf. mit einer Lohndifferenz von 15%. Das Bundesgericht schützte indes im Resultat die Lohndifferenzen zur Bf., indem es *objektive Kriterien* für den Lohnunterschied anerkannte: Dazu gehören allgemein Gründe, die den Wert der Arbeit beeinflussen, wie Ausbildung, Dienstalter, Qualifikation, Erfahrung, konkreter Aufgabenbereich, Leistung, soweit sie sich im Arbeitsergebnis niederschlägt, oder Risiken; darüber hinaus kann es sich um Gründe handeln, welche sich aus sozialen Rücksichten ergeben, wie familiäre Belastung und Alter, und schliesslich kommen auch äussere Faktoren wie die konjunkturelle Lage in Betracht. *In casu* argumentierte das Bundesgericht mit der unterschiedlichen Ausbildung: Die Bf. hat kein Jusstudium absolviert und verfüge nicht über ein Anwaltspatent wie ihr Vorgänger, sondern eine Berufslehre mit Nachdiplomstudium (FH), die rechtlichen Kenntnisse in einem Personalamt seien aber unerlässlich. Damit gelingt dem Arbeitgeber der Nachweis, dass die geringere Entlohnung in Wirklichkeit nicht geschlechtsdiskriminierend, sondern durch *sachliche Gründe* gerechtfertigt ist (E. 8 ff. und 9 ff.).⁶⁰

Das Urteil zeigt nichts anderes als das, was bereits Margrith Bigler-Eggenberger 2005 zu den Schwierigkeiten des Nachweises von Lohnungleichheiten und den sog. sachlichen Gründen für Unterschiede ausgeführt hat (s. Lit.II.C.1.a). Eine

⁵⁶ Gesine Fuchs/Lucia M. Lanfranconi/Oriana Gebhart, unter Mitarbeit von Franziska Frania, Nationales Barometer zur Gleichstellung 2018 Fokus Lohnungleichheit, zuhanden der Konferenz der Gleichstellungsbeauftragten, Bern 15.11.2018; s.a. die Zahlen des Bundesamtes für Statistik in seinem jüngsten Bericht «Auf dem Weg zur Gleichstellung von Frau und Mann» vom 6.5.2019: Der ungeklärte Lohnunterschied in dieser jüngsten Zusammenstellung besteht im Privatsektor aus 42,9% (G18); «traditionelle Rollenbilder prägen aber immer noch stark die Einstellung der Bevölkerung» (G 33), Beitrag am Arbeitseinkommen der «Männer» liegt bei Paaren mit Kindern bei 68,5% (G 26), eine von zehn «Frauen» trägt mehr als 50% zum Arbeitseinkommen bei; der Anteil der unbezahlten Arbeit liegt bei bis zu 33 Stunden pro Woche bei Frauen in Haushalten mit Kindern; «Männer» putzen oder pflegen Kleinkinder (unbezahlt) halb so viele Stunden die Woche wie «Frauen» (G 27).

⁵⁷ Bei einer Stichprobe von N = 1852 haben nur 7,2% der Personen angegeben, dass keine Massnahmen gegen Lohnungleichheiten nötig seien: Gleichstellungsbarometer 2018 (Fn. 56) Abbildung 24.

⁵⁸ 94% der Frauen und 73% der Männer sind für eine (eher) strengere Umsetzung des GIG; Gleichstellungsbarometer (Fn. 56), Abbildung 26 und 27.

⁵⁹ BGer 8C_376/2015 vom 24.3.2016.

⁶⁰ S.a. BGE 136 II 393 E. 11.3; BGE 127 III 207 E. 3c, BGer 2A_91/200 vom 25.2.2008 E. 5.

bessere Ausbildung kann ein sachlicher Grund sein, aber nur, wenn sie für die Stellenausübung zwingend erforderlich ist.⁶¹ Da die Bf. die Stelle tatsächlich über Jahre ausgeübt hatte, verfängt dieses Argument nicht einfach. Wieso sollte der juristische Rat im Personalamt überflüssig geworden sein? Auch dem Argument der sog. «Berufs- und Führungserfahrung» des Amtsnachfolgers kann man kaum etwas entgegenhalten. – Dabei wären wir uns alle einig, dass es allein auf «die Fähigkeiten» bei der Erledigung der Aufgaben ankommt und damit die Frage, welche Aufgaben die Bf. im Vergleich zu Amtsvorgänger und -nachfolger erledigen konnte, nicht?⁶²

2. Zum kantonalen Gleichstellungsauftrag (BGE 137 I 305)

Dem Bundesgerichtsurteil vom 21. November 2011, publiziert als BGE 137 I 305⁶³, lag eine Beschwerde gegen die offizielle Einstellung der Gleichstellungskommission des Kantons Zug zugrunde. Das Bundesgericht entschied, dass die Kantone und Gemeinden auch zur Umsetzung des verfassungsrechtlichen Gleichstellungsauftrags nach Art. 8 Abs. 3 BV verpflichtet sind. Nur das *Wie* der Umsetzung soll den Kantonen überlassen sein. Diese dürfen nach Meinung des Bundesgerichts nicht zu bestimmten institutionellen Massnahmen verpflichtet werden. Im konkreten Fall musste dann die Gleichstellungskommission im Kanton Zug doch nicht weitergeführt werden, obschon auch das Bundesgericht der Auffassung war, dass gleichberechtigtes Wirken von Frauen und Männern im Kanton Zug noch keineswegs erreicht war.

Das Urteil macht eine klare Ansage bezüglich Umsetzungspflicht des Gleichstellungsauftrags in den Kantonen.

Heute gibt es im Kanton Zug gestützt auf Art. 8 Abs. 3 BV, die Kantonsverfassung sowie Art. 2 Bst. a CEDAW (dazu unter III.C.2.) die Verordnung über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 22. November 2016, aufgrund welcher der Regierungsrat u.a. *Massnahmepläne* erlässt: aktuell den *Massnahmeplan 2019–2022*, der zur Schaffung von Datengrundlagen, Bekanntmachung und Überwachung der Massnahmen konkret beiträgt. *Daraus folgt allgemein:* Die Kantone werden nicht daran gehindert, ihren verfassungsmässigen Auftrag für

Gleichstellung und Diskriminierungsschutz weiter zu fassen, als dies das eidgenössische GIG aus dem Jahre 1995 tut, und zwar zum einen direkt gestützt auf Art. 8 Abs. 3 und 2 BV und zum anderen auf ihre zeitlich jüngeren Kantonsverfassungen, die beispielsweise bereits weitergehende Diskriminierungsmerkmale wie die «sexuelle Orientierung» explizit beinhalten.

3. Zur Anwendbarkeit des Gleichstellungsgesetzes auf Diskriminierung wegen sexueller Orientierung (BGE 145 II 153)

Ein Bundesgerichtsurteil vom 4. April 2019, publiziert als BGE 145 II 153, stützt in der Sache den vorinstanzlichen Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts, das bei einer geltend gemachten direkten Diskriminierung im Arbeitsleben wegen sexueller Orientierung nicht auf das GIG eingetreten war.

Der Beschwerdeführer (Bf.) schloss 2015 mit einem Zweig der schweizerischen Armee einen Vertrag über ein befristetes Arbeitsverhältnis als Einheitskommandant mit Zusatzfunktionen in der Schule X ab. 2016 bewarb er sich erneut für die gleiche Stelle. Mit Schreiben vom 9. Januar 2016 teilte ihm der Kommandant der Schule mit, eine Verlängerung der Anstellung sei nicht möglich, da die Schule X nur bis Ende Januar 2016 über die Stelle verfüge. Der Bf. verlangte eine Verfügung betreffend Nichtanstellung. Zur Begründung machte er eine Diskriminierung wegen sexueller Orientierung nach dem Gleichstellungsgesetz geltend. Er erhielt die Antwort, seine sexuelle Orientierung sei irrelevant gewesen für die Nichtanstellung, denn die Stelle werde nicht mehr (im Organigramm) weitergeführt. Zudem erfülle er aufgrund seines Alters die Anforderungen nicht. Strittig war vor Bundesgericht, ob eine direkte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts gemäss Art. 3 GIG vorliegt. Besteht die Diskriminierung in der Ablehnung einer Anstellung, so kann die betroffene Person Anspruch auf eine Entschädigung geltend machen (Art. 5 Abs. 2 GIG). Das Bundesgericht verneint diesbezüglich eine *direkte Diskriminierung* nach Art. 3 GIG mit der Begründung, es liege in diesem Fall keine Diskriminierung «aufgrund seines Geschlechts» vor: Eine solche sei nur gegeben, wenn ausschliesslich oder überwiegend die Angehörigen eines bestimmten Geschlechts von einer Regelung benachteiligt werden. Dies sei etwa dann der Fall, wenn die Arbeitgeberschaft beispielsweise gewillt sei, homosexuelle Frauen anzustellen, nicht aber homosexuelle Männer oder umgekehrt. Die Vorbringen des Bf. beschränkten sich nach Bundesgericht aber auf den Vorwurf, er sei wegen seiner Homosexualität nicht (mehr) angestellt. Er mache nicht geltend, dass Bewerbungen homosexueller Männer für sog. «Zeitmilitärstellen» oder für andere verfügbare Stellen nicht berücksichtigt wür-

den, solche für homosexuelle Frauen dagegen schon. Ebenso wenig mache der Bf. geltend, es würde generell niemand angestellt, der eine homosexuelle Orientierung habe (E. 4.1.).

Das Bundesgericht begründet seinen materiell abweisen- den Entscheid im Wesentlichen damit, dass bereits der Wortlaut des GIG «klar, eindeutig und unmissverständlich» sei und besage, dass die Diskriminierung eine geschlechtsspezifische sein müsse. Abweichen dürfe man von diesem Wortlaut («aufgrund des Geschlechts») nur dann, wenn ein *triftiger* Grund zur Annahme bestehe, dass er am «wahren Sinn» der Regelung vorbeiziele. Einen solchen Anlass sieht das Bundesgericht aber nicht gegeben, weder aus historischer noch aus teleologischer oder gesetzessystematischer Sicht: Die historische Auslegung ergebe, dass das Ziel des GIG die tatsächliche Gleichstellung von Frau und Mann sei; das sei der Wille des Gesetzgebers gewesen. Die Aufzählung der Kriterien für die Diskriminierung nach Art. 3 GIG («namentlich nicht unter Berufung auf den Zivilstand, auf die familiäre Situation oder, bei Arbeitnehmerinnen, auf eine Schwangerschaft») sei nicht als abschliessend zu verstehen. Damit könne also auch die «sexuelle Orientierung» darunter subsumiert werden, sofern diese geeignet sei, einen grösseren Anteil von Personen des einen Geschlechts im Vergleich zum anderen zu benachteiligen. Mit Blick auf die systematische Auslegung, d.h. Art. 8 Abs. 2 BV, argumentiert das Bundesgericht zudem, Diskriminierungen infolge sexueller Orientierung würden nach Lehre und Rechtsprechung unter das Kriterium «Lebensform», nicht unter das Merkmal «Geschlecht» fallen. Ein Diskriminierungsverbot aufgrund der «Geschlechtsidentität (Intergeschlechtlichkeit und Transidentität)» könne nach Art. 8 Abs. 2 BV dagegen unter das Kriterium «Geschlecht» subsumiert werden. Mit Blick auf das Partnerschaftsgesetz wird in diesem Zusammenhang ergänzt, dass dessen Geltungsbereich auch nicht auf das GIG ausgedehnt werden sollte (E. 4.3.6).

Das Urteil ist sehr sorgfältig begründet, wirft aber einige Fragen auf: Das Bundesgericht äussert sich nicht klar dazu, ob es (künftig) generell auf Beschwerden wegen Diskriminierung aufgrund sexueller Orientierung gestützt auf das GIG eintreten wird oder nicht. Jedenfalls hält es fest, es liege eine doppelt-relevante Frage vor, über welche ein Sachentscheid gefällt werden müsse (E. 1.4). Zudem folgt das Bundesgericht mit seiner Begründung letztlich einem engen Verständnis von geschlechtsspezifischer direkter Diskriminierung in der Lehre zu Art. 3 GIG (s.a. Ziff. II.B.2, II.C) und *unterstreicht die Bedeutung der historischen Auslegung*, die besagt: Nur, wenn eine Geschlechtsgruppe der anderen gegenüber wegen ihrer sexuellen Orientierung benachteiligt werde, könne die sexuelle Orientierung von Bedeutung sein. Obschon es, wie das

höchste Gericht selbst ausführt, namhafte Lehrmeinungen gibt, die «Geschlecht» auf ein Verständnis ausweiten, das auch alle Varianten und stereotypen Vorstellungen von sozialen Geschlechterrollen umfasst.⁶⁴ Allein letztere Sicht entspricht nach der hier vertretenen Meinung dem internationalen Recht. Es kommt hinzu, dass heute in unserer Rechtsordnung rein terminologisch weder die Begriffe «Frau» und «Mann» noch der Begriff «Geschlecht» formell-gesetzlich mit «Mann und/oder Frau» umschrieben sind. Damit ist der Wortlaut nicht eindeutig und es steht einer zeitgemässen teleologischen Auslegung nichts im Wege. Termini wie «Gleichstellung von Frau und Mann» oder «Geschlechterfragen» können so ausgelegt werden, dass sie die sexuelle Orientierung einer Person und die Geschlechtsidentität auch umfassen. Ferner wäre zu überlegen, ob bei einer Amtspflicht zur Anwendung des GIG und dem allgemeinen Grundsatz von *iura novit curia* nicht auch eine *indirekte Diskriminierung* zu berücksichtigen gewesen wäre.

III. Gleichstellungsauftrag zu Geschlecht, Geschlechtsidentität und sexueller Orientierung

Jenseits von richterlichen Einzelfallentscheidungen stellt sich die grundlegende Frage, wie der verfassungsrechtliche Gleichstellungsauftrag und der Diskriminierungsschutz aufgrund des Geschlechts, der Geschlechtsidentität, des Geschlechtsausdrucks und der sexuellen Orientierung verknüpft sind, wie LGBTIQ*-Personen gesetzlich geschützt sein sollen und ob es dazu eine demokratisch legitimierte Ausweitung des GIG oder eine neue gesetzliche Grundlage zur Gleichstellung von LGBTIQ*-Menschen braucht.

A. LGBTIQ*-Menschenrechte

Unter dem englischen Akronym LGBTI (lesbian, gay, bisexual, transgender and intersexual) werden seit den 1990er-Jahren Personen schwuler, lesbischer oder bisexueller Orientierung sowie Trans- und intergeschlechtliche Menschen subsumiert. Zeitgemässere Bezeichnungen respektive Abkürzungen kennen auch das *Q* für *queer persons* und das *A* für das asexuelle und aromantische Spektrum und fügen einen Asterisk (*) oder ein Plus (+) an, um zu signalisieren, dass alle Personen, auch solche, die sich keiner benannten Gruppe von sexueller Orientierung oder von Geschlechtsidentitäten zuordnen möchten, ein Recht auf Gleichstellung und Diskriminierungsschutz ha-

⁶¹ BGE 117 Ia 270 E. 4a.

⁶² Hinzu kommen weitere Bundesgerichtsurteile zum Lohngleichheitsgebot, die etwa zeigen, dass unterschiedliche Lohnsysteme einzuführen gerechtfertigt sein kann: BGER 8C_693/2016 vom 4.7.2017, kommentiert von *Rosemarie Weibel*, Newsletter Gender Law 3/2017, <Newsletter 2017#3> zuletzt besucht am 7.9.2019; s.a. BGER 8C_696/2016 vom 19.9.2017.

⁶³ *Regula Kägi-Diener*, Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichts betreffend Gleichstellungskommission Zug, recht 2012 30 ff.

⁶⁴ *Lempen/Voloder* (Fn. 29) 86 f.; *Freivogel* (Fn. 28) GIG, Art. 3 N 17.

ben.⁶⁵ Um diese Offenheit zu demonstrieren, kann nach der hier vertretenen Ansicht gleichbedeutend die deutsche Wendung *Menschen jeden Geschlechts, jeder sexuellen Orientierung und jeder Geschlechtsidentität* verwendet werden.

B. Verfassungsrechtlicher Gleichstellungsauftrag und Diskriminierungsschutz ist unbestritten

1. Persönlichkeitsrecht auf sexuelle Selbstbestimmung und Geschlechtsidentität (Art. 10 Abs. 2 BV)

Verfassungsrechtlich relevant ist zunächst, dass die sexuelle Selbstbestimmung Teilgehalt der verfassungsrechtlich geschützten persönlichen Freiheit ist, die das Recht, mit einer Person der eigenen Wahl intime Beziehungen einzugehen oder nicht einzugehen, mitumfasst (Art. 10 Abs. 2 BV).⁶⁶ Ferner ist auch das Recht auf die eigene Geschlechtsidentität Teil des verfassungsmässigen und zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes (Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 28 ZGB). Hinzu kommt, dass der verfassungsrechtliche Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV) die Freiheit des Beziehungslebens abdeckt (Art. 13 BV).⁶⁷ Der verfassungsmässige Persönlichkeitsschutz und das Grundprinzip der Selbstbestimmung gewährleisten damit, dass jede Person individuell ihre Geschlechtsidentität und ihre sexuelle Orientierung leben kann. Die homosexuelle Orientierung wird nicht losgelöst von der als Norm angesehenen heterosexuellen Orientierung verstanden bzw. unabhängig von dem «Geschlecht» begriffen, das rechtlich binär (Frau/Mann) gestaltet ist. Darum sind Geschlecht, Geschlechtsidentität und sexuelle Orientierung eng verknüpft miteinander.

2. Verfassungsmässiger Gleichstellungsauftrag und Diskriminierungsverbote aufgrund von Geschlecht, Geschlechtsidentität und sexueller Orientierung

Nach dem geltenden Art. 8 Abs. 3 BV⁶⁸ sind Frau und Mann ausdrücklich gleichberechtigt (Satz 1), wobei das Gesetz nach Satz 2 für ihre rechtliche und tatsächliche Gleichstellung in der Lebensrealität sorgen soll, und zwar *in allen Lebensbereichen*, denn die Aufzählung «vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit» ist nicht abschliessend.⁶⁹ Nach Satz 3 haben Frau

und Mann zudem einen Anspruch auf gleichen Lohn für gleiche oder gleichwertige Arbeit. Der Gleichstellungsauftrag richtet sich dabei nach Bundesgericht an alle rechtssetzenden Organe auf allen drei politischen Ebenen (Bund, Kantone, Gemeinden) sowie an alle rechtsanwendenden Behörden (Verwaltung und Richter).⁷⁰ Neu festgeschrieben wurde mit der Totalrevision der Verfassung von 1999 das Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 2 BV. Das Bundesgericht qualifiziert Abs. 3 im Verhältnis zu Abs. 2 gesetzssystematisch als «weitgehende Spezialbestimmung»,⁷¹ wobei das Verhältnis zwischen Abs. 2 und Abs. 3 von Art. 8 BV in Bezug auf Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts nicht vertieft untersucht ist.⁷² Ein entscheidender Unterschied besteht nach der hier vertretenen Ansicht darin, dass Abs. 3 einen klaren Gesetzgebungsauftrag zur Egalisierung und zum Abbau von Geschlechterstereotypen formuliert.⁷³

Gemäss Art. 8 Abs. 2 der Bundesverfassung von 1999 darf niemand diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des *Geschlechts*, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung und der *Lebensform*, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung. Sinn und Zweck von Art. 8 Abs. 2 BV ist ein umfassender Diskriminierungsschutz. Die Förderung der Toleranz und Akzeptanz von unterschiedlichen Lebensformen sowie der Schutz aller Menschen vor Diskriminierung sind zentrale und klare Verfassungsaufträge in der Schweiz. Es ist unbestritten, dass die Auflistung der verpönten Diskriminierungsmerkmale von Art. 8 Abs. 2 BV nicht als abschliessend zu verstehen ist («namentlich»), gerade um «neu erkannte» Gruppen, die diskriminiert werden können, zu schützen.⁷⁴ Diskriminierungen aufgrund der sexuellen Orientierung werden von Lehre⁷⁵ und

⁷⁰ BGE 137 I 305 E. 3.1; Botschaft (Fn. 10) Ziff. 5.3.2.; *Denis Buser*, Baselstädtisches Gleichstellungsgesetz des Kantons Basel-Stadt, *Denise Buser* (Hrsg.), *Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt*, Festgabe zum 125-jährigen Jubiläum der Advokatenkammer in Basel, Basel 2008, 989 ff., 991.

⁷¹ BGE 138 II 217 E. 4.4; s.a. *René Rhinow/Markus Schefer/Peter Uebersax*, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 3. A., Basel 2016, Rz. 1932c ff., 1933.

⁷² Während einige der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nach Art. 8 Abs. 2 überragende Bedeutung zumessen (*Schweizer*, Art. 8 BV N 70), sehen andere keine Bedeutung, die über Abs. 3 hinausginge: *Kiener/Kälin/Wytenbach* (Fn. 67) § 36 Rz. 44.

⁷³ BGE 137 I 305.

⁷⁴ *Kiener/Kälin/Wytenbach* (Fn. 67) § 36 Rz. 16.

⁷⁵ *Bernhard Waldmann*, Art. 8 BV N 85, in: *Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney* (Hrsg.), *Bundesverfassung*, *Basler Kommentar*, Basel 2015; *Jörg Paul Müller/Markus Schefer*, *Grundrechte in*

Rechtsprechung⁷⁶ mehrheitlich unter den verpönten Diskriminierungspunkt «Lebensform» eingeordnet. Sowohl bei Diskriminierungen aufgrund der Geschlechtsidentität (Transmenschen) als auch aufgrund von Geschlechtsmerkmalen (intergeschlechtliche Menschen) knüpft die Lehre mehrheitlich beim Diskriminierungsmerkmal «Geschlecht» an.⁷⁷ Nach gewissen Lehrmeinungen kann es sich bei einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts aber auch um Fragen der sexuellen Orientierung (insbesondere Hetero-, Homo-, Bi- oder Asexualität) handeln.⁷⁸ Die Anknüpfung an die «Lebensform» wurde nach dem Vorbild von Art. 10 Abs. 1 Kantonsverfassung Bern aus dem Jahre 1993 übernommen, wobei gemäss deren Entstehungsgeschichte die «Lebensform» nur aus Gründen der Opportunität gewählt wurde. Damals ging man davon aus, dass die Aufnahme des Diskriminierungsmerkmals «sexuelle Orientierung» Bürgerinnen und Bürger irritieren könnte.⁷⁹

Daraus folgt: Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 und 3 BV und die Grundrechte der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) und der Privatsphäre (Art. 13 BV) umfassen fraglos eine Diskriminierung sowohl aufgrund des (biologischen) Geschlechts oder der sexuellen Orientierung als auch aufgrund der Geschlechtsidentität und des Geschlechtsausdrucks. Dem entspricht, dass in einer den Menschenrechten verpflichteten Demokratie vielfältige Formen von sexueller Orientierung und Geschlechtsidentität gelebt werden können; diese fallen unter den Grundrechtsschutz von Art. 8 BV und spezifisch unter das Diskriminierungsverbot nach Abs. 2. Welchem verpönten Diskriminierungsmerkmal welcher Themenkomplex zugeordnet wird, ist letztlich sekundär.

der Schweiz, Bern 2008, 729; s.a. *Markus Schefer/Andrea Ziegler*, *Die Grundrechte der Kantonsverfassung Basel-Stadt*, in: *Denise Buser* (Hrsg.), *Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt*, Festgabe zum 125-jährigen Jubiläum der Advokatenkammer in Basel, Basel 2008, 57–126, 98, Fn. 221; *Kiener/Kälin/Wytenbach* (Fn. 67) § 36 N 24.

⁷⁶ E. 4.3.6.

⁷⁷ *Kiener/Kälin/Wytenbach* (Fn. 67) § 36 N 24 («eher» unter Geschlecht).

⁷⁸ So etwa: *Rainer J. Schweizer*, Art. 8 BV N 70, in: *Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender* (Hrsg.), *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, *St. Galler Kommentar*, 3. A., Zürich 2014.

⁷⁹ *Schefer/Ziegler* (Fn. 75) 98 Fn. 221; vgl. *Verfassung des Kantons Bern* vom 6.6.1993 (SR 131.212).

C. Internationale Rechtsgrundlagen zu Gleichstellung und Diskriminierungsschutz aufgrund von Geschlecht, Geschlechtsidentität und sexueller Orientierung

Der internationale Menschenrechtsschutz vor Diskriminierung aufgrund von Geschlecht, Geschlechtsidentität und sexueller Orientierung ist unbestritten:

1. Yogyakarta Principles

Die Yogyakarta Principles (Stand November 2017)⁸⁰ formulieren den Rechtsanspruch und den Schutz besonders differenziert: Jeder Mensch hat Anspruch auf rechtliche Anerkennung ohne Angabe des biologischen Geschlechts, Genders (= soziales Geschlecht), der sexuellen Orientierung, der Geschlechtsidentität, des Geschlechtsausdrucks oder der Geschlechtsmerkmale: *human rights law relating to sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics* (SOGIESC). Die *Yogyakarta Principles* sind zwar international nicht verbindlich, stellen aber *internationale Rechtsgrundsätze* dar, die von weltweit renommierten Völkerrechtlerinnen und -rechtlern zu LGBTI*-Menschenrechten verfasst worden sind. Sie haben damit das Potenzial, zu einem vereinheitlichenden Verständnis beizutragen.

2. Ebene der Vereinten Nationen

Bereits die beiden *UN-Menschenrechtspakte Pakt I und Pakt II* vom 16. Dezember 1966 verpflichten die Vertragsstaaten,⁸¹ Rechte ohne Unterschied zu gewährleisten und die Gleichberechtigung der Geschlechter bei der Ausübung aller festgelegten Rechte sicherzustellen. Der UN-Menschenrechtsausschuss (MRA), eingesetzt durch Pakt II, hat 1994 eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung erkannt, unter Art. 2 Abs. 2 und 26 Pakt II subsumiert⁸² und damit als eine Diskriminierung aufgrund von «sex» (Geschlecht) gewürdigt.

⁸⁰ <<http://www.yogyakartaprinciples.org>> zuletzt besucht am 3.8.2019; *Sandra Hotz*, *LGBTI*-Menschenrechte*, *universitas*, *Spezialdossier LGBTI**, Zeitschrift der Universität Freiburg 2018.

⁸¹ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16.12.1966, SR 0.103.2 (Pakt II) und Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16.12.1966, SR 0.103.1 (Pakt I).

⁸² *Toonen gegen Australien*, MRA vom 4.4.1994, Nr. 488/1992, Rz. 8.7 ausdrücklich unter «sex» subsumiert; *Walter Kälin/Jörg Künzli*, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 4. A., Basel 2019, Rz. 11.106, m.w.H. unter Rz. 11.101 ff. Es bleibt m.E. insgesamt aber unklar, ob die sexuelle Orientierung unter einem «weiterem Status» oder «Geschlecht» subsumiert wird.

⁶⁵ *Lucy Chebout*, *Geschlechtsidentität und sexuelle Orientierung als Dimensionen des Geschlechts*, in: *Ulrike Lembke* (Hrsg.), *Menschenrechte und Geschlecht*, Baden-Baden 2014, 132, Fn. 2.

⁶⁶ BGE 126 II 425 E. 4c.

⁶⁷ *Regina Kiener/Walter Kälin/Judith Wytenbach*, *Grundrechte*, 3. A., Bern 2018, §14 Rz. 12.

⁶⁸ Mit der Totalrevision der Verfassung vom 18.4.1999 (BV; SR 101) wurde aArt. 4 Abs. 2 BV gleichlautend übernommen.

⁶⁹ BGE 137 I 305 E. 3.1; BGE 123 I 152 E. 3 m.w.H.

Besonders interessant im Zusammenhang mit der Auslegung von Art. 3 GIG ist das *Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau der Vereinten Nationen* vom 18. Dezember 1979 (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, fortan: CEDAW), denn es richtet sich asymmetrisch an «Frauen». Das CEDAW ist in der Schweiz am 26. April 1997 in Kraft getreten.⁸³ Darin verpflichten sich die Vertragsstaaten, mit allen geeigneten Mitteln unverzüglich eine Politik zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau zu verfolgen (Art. 2). Hierzu müssen die Vertragsstaaten durch gesetzgeberische und sonstige Massnahmen für die tatsächliche Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichberechtigung von Mann und Frau sorgen (Art. 2 lit. a) und jede Diskriminierung der Frau verbieten (Art. 2 lit. b). Art. 5 lit. a des Übereinkommens verlangt Massnahmen, um einen Wandel in den sozialen und kulturellen Verhaltensmustern von Mann und Frau zu bewirken und Vorurteile und Praktiken zu beseitigen, die auf der Vorstellung von der Unter- oder Überlegenheit des einen oder anderen Geschlechts oder der stereotypen Rollenverteilung von Mann und Frau beruhen. Obschon sich das Übereinkommen auf die Diskriminierung aufgrund des *Geschlechts* («discrimination based on sex») bezieht, zeigt die Auslegung von Artikel 1 zusammen mit Artikel 2 (f) und 5 (a) gemäss dem General Comment no. 28 aus dem Jahr 2010 zu den CEDAW-Kernpflichten, dass das Übereinkommen die *gender-spezifische* Diskriminierung von Frauen («gender-based discrimination») umfasst.⁸⁴ Während der Begriff *sex* sich nur auf biologische Unterschiede zwischen Männern und Frauen bezieht, umfasst der Begriff *gender* alle sozial konstruierten Identitäten, Attribute und Rollen für Frauen und Männer sowie die soziale und kulturelle Bedeutung der Gesellschaft für diese biologischen Unterschiede, die zu hierarchischen Beziehungen zwischen Frauen und Männern und zur Verteilung von Macht und Rechten zugunsten von Männern führen. Der CEDAW-Ausschuss hat sich denn auch bereits sehr früh für die Umsetzung von LGBTI*-Rechten eingesetzt und Massnahmen zum Schutz von Trans- und intergeschlechtlichen Menschen emp-

fohlen.⁸⁵ Im jüngst erschienenen ersten Schweizer Kommentar zu Art. 5 CEDAW werden an einem umfassenden Verständnis der genderrelevanten *Diskriminierung «von Frauen»* keine Zweifel gelassen.⁸⁶ Im Vordergrund stehen Verhaltensweisen, Eigenschaften oder Attribute, die gemeinhin Frauen zugeordnet werden und als «weiblich» gelten und deswegen herabsetzend und diskriminierend sind.

3. Europäische Ebene

Relevant für die Schweiz sind sodann die *Europäische Menschenrechtskonvention* (EMRK) von 1950 mit ihren Zusatzprotokollen⁸⁷ und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR). Dieser geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die sexuelle Selbstbestimmung zum Privatleben zählt, das nach Art. 8 Abs. 1 EMRK geschützt ist.⁸⁸ Diese umfasst das Recht, eine sexuelle Orientierung sowie eine individuelle Geschlechtsidentität (*gender identity*) zu leben,⁸⁹ und beinhaltet auch, eine gleichgeschlechtliche Partnerschaft zu führen. Daraus lassen sich nach EGMR, in Abhängigkeit von den jeweils unterschiedli-

⁸³ SR 0.108.

⁸⁴ Art. 1, 2 (f), 5 (a) CEDAW: CEDAW Committee (2010). General Recommendation n° 28 – The core obligations of States parties under Article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women: «Such interactions result in hierarchical and unequal relations and roles between and among women and men, and a disadvantaged social positioning of women. The social positioning of women and men is affected by political, economic, cultural, social, religious, ideological and environmental factors, and can be changed over time.»

⁸⁵ Etwa in seinen Bemerkungen zum 6. Staatenbericht Deutschlands (Concluding observations) vom 10.2.2009 (CEDAW/C/DEU/CO/6, Rz. 62). Sodann äussert sich der CEDAW-Ausschuss im General Comment no. 33 aus dem Jahre 2015 zum Zugang zur Justiz sehr klar dazu, dass ein verbesserter Schutz von trans- und intersexuellen* Frauen nötig sei (General recommendation N° 33 on women's access to justice); s.w.H. auf Bemerkungen an andere Staaten bei *Michelle Cottier* zu Art. 5 CEDAW N 28 ff. in: Maya Hertig Randall/Michel Hottelier/Karine Lempen (éds), CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif, Zürich 2019.

⁸⁶ *Cottier* (Fn. 85) zu Art. 5 CEDAW N 21 ff., 23 m.w.H.; s.a. *Riki Holtmaat*, Enhancing LGBTI Rights by Changing the Interpretation of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW)? 2015 *Nordic Journal of Human Rights*, 2013, Vol. 3, 319 ff.

⁸⁷ Die EMRK ist für die Schweiz seit 28.11.1974 in Kraft; das Zusatzprotokoll Nr. 12 vom 4.11.2000, in Kraft getreten am 1.4.2005, welches das *Geschlecht* als erstes Merkmal für das Verbot einer Ungleichbehandlung aufführt, hat die Schweiz noch nicht ratifiziert.

⁸⁸ EGMR, X u. andere gegen Österreich, vom 19.2.2013, Nr. 190010/07, Rz. 92 ff. m.w.H., 99 betr. Stiefkindadoption in gleichgeschlechtlicher Partnerschaft; *Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. A., München 2016, § 22 Rz. 1, 57 ff.; *Dana-Sophia Valentiner*, Sexualität in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – ein Menschenrecht auf sexuelle Autonomie? in: Kappler/Vogt (Hrsg.), *Gender im Völkerrecht*, Baden-Baden 2019, 15 ff., 26 f.

⁸⁹ EGMR, van Kück gegen Deutschland, vom 30.11.2010, Nr. 35159/09 Rz. 75 ff., 78 betr. Zugang zu geschlechtsangleichenden Massnahmen und Übernahme der Kosten.

chen innerstaatlichen Regelungen, gewisse staatliche Schutzpflichten zu Privat- und Familienleben ableiten.⁹⁰ Der EGMR hat zudem über Art. 12 EMRK ein Recht auf Eheschliessung für verschiedengeschlechtliche Transmenschen (allerdings nach Änderung ihres Geschlechtes) entwickelt.⁹¹ Schliesslich hat der EGMR auch klargestellt, dass operative Eingriffe und Hormonbehandlungen sowie weitere Eingriffe zur Veränderung der äusseren Erscheinung⁹² keine zulässigen Voraussetzungen für die Geschlechtsänderung im Personenstandsregister und damit die Anerkennung der *Geschlechtsidentität* von Transmenschen sind. Eine ausführliche Studie des Europarats vom März 2015 zeichnet die laufende Entwicklung der LGBTI*-Menschenrechte nach, kompiliert die Rechtsprechung und evaluiert die Umsetzung der Empfehlungen aus dem Jahre 2010.⁹³ Das *Ministerkomitee des Europarats* hatte bereits am 31. März 2010 eine umfassende Empfehlung zur Bekämpfung von Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung und Geschlechtsidentität in allen Lebensbereichen erlassen und die Vertragsstaaten dazu aufgefordert, entsprechende Bestimmungen in die nationalen Rechtsordnungen aufzunehmen.⁹⁴ – Das Schweizerische Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR) empfiehlt in seinem Bericht zuhanden des Bundesrates aus dem Jahr 2014⁹⁵ die Umsetzung dieser Empfehlung CM/Rec(2010)⁹⁵. Ferner existiert eine besondere Parlamentarische Resolution des Europarates zur Diskriminierung von Transmenschen in Europa: PACE/Res. (2048) 2015.

Ein weiteres Beispiel für ein breites internationales Verständnis von Geschlechtergleichheit und -diskriminierungsschutz, welches auf Vorstellungen beruht, die an stereotype kulturell bedingte Geschlechtereigenschaften anknüpfen, ist die jüngere *Istanbul-Konvention*, ein Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, abgeschlossen in Istanbul

⁹⁰ EGMR, I.K. gegen die Schweiz, vom 19.12.2017, Nr. 21417/17 betr. Rücksendung eines Mannes aus resp. nach Sierra Leone, der geltend machte, seine Homosexualität sei Grund für eine menschenunwürdige Behandlung; darauf wurde nicht eingetreten.

⁹¹ EGMR, Goodwin gegen das Vereinigte Königreich, vom 11.7.2002, Nr. 28957/95.

⁹² EGMR, A.P., Garçon/Nicot gegen Frankreich, vom 6.4.2017, Nr. 79885/12, 52471/13 und 52596/13.

⁹³ Studie des Europarates vom März 2015.

⁹⁴ Recommendation CM/Rec(2010)5 of the Committee of Ministers to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity.

⁹⁵ *Irene Grohmann/Christina Hausammann/Olga Vinogradova*, Institutionelle Verankerung von LGBT-Themen in der Schweiz, 19.2.2014 Bern.

am 11. Mai 2011.⁹⁶ Die *Präambel* hält fest, «dass die Verwirklichung der rechtlichen und der tatsächlichen Gleichstellung von Frauen und Männern ein wesentliches Element der Verhütung von Gewalt gegen Frauen ist». Die Konvention wurde erlassen «in Anerkennung der Tatsache, dass Gewalt gegen Frauen der Ausdruck historischer gewachsener ungleicher Machtverhältnisse zwischen Frauen und Männern ist und dass Gewalt gegen Frauen als geschlechtsspezifische Gewalt strukturellen Charakter hat. Weiter wurde die Tatsache berücksichtigt, dass «Gewalt gegen Frauen einer der entscheidenden sozialen Mechanismen ist, durch den Frauen in eine untergeordnete Position gegenüber Männern gezwungen» werden. Die Vertragsstaaten werden durch die Konvention entsprechend verpflichtet, jede Diskriminierung der Frau zu verurteilen bzw. zu verbieten und die erforderlichen Massnahmen zu ihrer Verhütung, namentlich durch die Verankerung des Grundsatzes der Gleichstellung von Frauen und Männern und die Sicherstellung der Verwirklichung dieses Grundsatzes, zu treffen (Art. 4). Das Diskriminierungsverbot nach Art. 4 Abs. 3 führt die Diskriminierungsmerkmale «biologisches und soziales Geschlecht», «Geschlechtsidentität» und «sexuelle Orientierung» gleichermassen auf. Ferner definiert die Istanbul-Konvention in Art. 3 lit. c «*Geschlecht*» explizit als die gesellschaftlich geprägten Rollen, Verhaltensweisen, Tätigkeiten und Merkmale, die eine Gesellschaft als für Frauen und Männer angemessen ansieht.

IV. Befund und Reformschritte

A. Wir tun uns schwer mit dem Gleichstellungsgesetz und der Gleichstellung der Geschlechter

Der Befund ist klar: Wir taten und tun uns immer noch schwer mit dem Gleichstellungsgesetz und der Gleichstellung der Geschlechter. Die vergangenen Entwicklungen zum GIG zeigen gemessen am politisch grossen Aufwand keine befriedigende Bilanz. Die Entstehung des GIG war auch nach dem Inkrafttreten des Gleichstellungsartikels in der Verfassung (1981) keine Selbstverständlichkeit, sondern ein Meilenstein. Ohne den Frauenstreik 1991 gäbe es kein Gleichstellungsgesetz. Auch danach wurde grosser politischer und finanzieller Aufwand in Sachen Gleichstellung betrieben, damit das GIG nach knapp 10 Jahren sowie nach gut 20 Jahren breit evaluiert werden konnte. Im Vorwort zur Evaluationsstudie 2017 hält die Leiterin des EBG ernüchtert fest, dass sich die Pro-

⁹⁶ Istanbul-Konvention, für die Schweiz am 1.4.2018 in Kraft getreten (SR 0.311.35).

bleme in der Anwendung des GIG hartnäckig hielten:⁹⁷ Die effektive Bedeutung des Gesetzes und die Wirkungen der besonderen Rechtsschutzinstrumente sind bescheiden. Der Bundesrat hat es im Dezember 2018 zwar geschafft, nach langen Diskussionen im Parlament eine vierjährige gesetzliche Lohnanalyse (falls Handlungsbedarf besteht) einzuführen, allerdings nur beschränkt auf Unternehmungen ab 100 Arbeitnehmenden und auf 12 Jahre limitiert, womit erschreckend klar wird, dass die Lohntransparenz im Hinblick auf das Lohngleichheitsgebot im Jahre 2019 offenbar noch *keine Selbstverständlichkeit* ist. Das Bundesgericht hat im Frühling 2019 ausserdem die Chance verpasst, mit einer teleologisch zeitgemässen Auslegung des GIG den Diskriminierungsschutz in Geschlechterfragen auf dem Arbeitsmarkt explizit auf Fragen der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität auszuweiten. – *Warum tun wir uns so schwer mit der Gleichstellung und dem Gleichstellungsgesetz?*

Während die Rechtswissenschaft davon ausgeht, dass alle Menschen die gleichen Chancen haben und dass das Gleichstellungsrecht vorschreibt, gegen unsachliche Geschlechterunterschiede vorzugehen, zeigt das Beispiel Lohnungleichheit, dass auch «objektive Kriterien» oder «sachliche Gründe» immer erheblichen Deutungsspielraum lassen. Das heisst, das Recht selbst bietet sachliche Möglichkeiten für Ungleichbehandlung. Das Gleichstellungsgesetz für «Frau und Mann» und die Diskussionen um seinen Anwendungsbereich und seine Wirkung führen uns so weit, zu argumentieren, dass die in unseren gesellschaftlichen Strukturen bestehenden Benachteiligungen die Gruppe der «Frauen», der «homosexuellen Personen» oder der «Transpersonen» betonen und damit das Abweichen von der Norm erhärten. Recht funktioniert entlang der Machtasymmetrien und dient damit auch dem Untermauern bestehender, tradierter Herrschaftsstrukturen. Jede Diskussion im Parlament zur Notwendigkeit der Lohnanalyse oder in der Gesellschaft zur Notwendigkeit von «mehr Frauen» in den Führungsetagen oder zur neuen Strafbestimmung über Hassreden trägt dazu bei, die bestehende Verhältnisse zu verfestigen.

Gingen wir stattdessen konsequenter von *einem sich mit der Zeit wandelnden Menschenrechtsansatz* aus, wie dies die Rechtsprechung und die internationalen Regelwerke (UN-Pakte, EMRK, CEDAW, Istanbul-Konvention) gezeigt haben, so änderte sich vielleicht auch die Perspektive. Ein Menschenrechtsansatz betont das *individuelle Recht auf Selbstbestimmung* und das *Recht auf Partizipation an allen uns persönlich berührenden Entscheidungen* (auf individueller

sowie *gesellschaftlicher Ebene*). Während das Selbstbestimmungsrecht noch an Voraussetzungen geknüpft sein mag, sind es die Mitwirkungs- oder Partizipationsrechte nicht. Freilich lässt sich gegen das Konzept der Selbstbestimmung für sich genommen kritisch einwenden, dass es illusorisch respektiv sozial bedingt sei, womit die Selbstbestimmungsfähigkeit gemeint ist.⁹⁸ Diese können wir aber, falls nötig, mit politischen Massnahmen fördern. Die Selbstbestimmungsperspektive kommt ohne den Vergleich der «Frauen», «der Homosexuellen» oder der «Transgender» mit «der Norm» aus.

Sobald wir zwischen den verschiedenen Geschlechterungleichheiten (zwischen Frau und Mann, Geschlechterrollen und -identitäten sowie sexueller Orientierung) differenzieren, um die *Pluralität in Geschlechterfragen besser abzubilden*, würde auffallen, dass weder die rechtsetzenden noch die rechtsanwendenden Behörden diese Pluralität beachten, was ein weiterer Grund ist für den mittelmässigen Befund zum GIG. Schliesslich sei noch einmal auf die in Fussnote 56 aufgeführten Zahlen des Bundesamtes für Statistik («Auf dem Weg zur Gleichstellung») hingewiesen und die Feststellung, dass traditionelle Rollenbilder die Einstellung der schweizerischen Bevölkerung immer noch stark prägen.

Hinzu kommt ein weiterer, rechtstechnischer Grund, der schon in der ersten Evaluation benannt worden ist: Das Gleichstellungsgesetz knüpft immer wieder an die Entscheidungsträger im System an, stattdessen sollten besser Überwachungsinstanzen geschaffen oder benannt werden, die auch von sich aus vorgehen können. Dieser strategische Gleichstellungsansatz mit Monitoring findet nun, 30 Jahre später, langsam Eingang in unser Rechts- und Politsystem, beispielsweise für die Lohnanalysen nach nGIG oder mit den erwähnten Gleichstellungsplänen in den Kantonen.

Auch wenn wir uns auf die *Anerkennung von Pluralität* und das Bestehen von Ungleichheiten einigen können, sind die Probleme noch nicht gelöst, denn wir müssen uns auch zwingend mit den Mehrfachdiskriminierungen und dem Zusammenwirken von mehreren Ungleichheiten befassen. Nur so können wir Diskriminierung und die Gleichstellungsarbeit *konnex und intersektional* begreifen. Das *Konzept der Intersektionalität* kann uns dabei helfen, aufzuzeigen, dass eine

⁹⁸ Sandra Hotz, Selbstbestimmung im Vertragsrecht. Unter besonderer Berücksichtigung von Verträgen zu «Liebe», Sex und Fortpflanzung, Bern 2018, 486 ff.; Jennifer Nedelsky, Law's Relations. A Relational Theory of Self, Autonomy and Law, 2011; vgl. speziell zur Selbstbestimmung von Kindern, die vom Recht nicht vorgesehen sind: Christina Caprez/Alex Rechner, Rechte für Kinder, die das Recht nicht vorgesehen hat, in: Bettina Bannwart/Michelle Cottier/Cheyenne Durrer et al, Keine Zeit für Utopien?, Zürich 2013, 219 ff.

besondere Diskriminierungserfahrung formell-rechtlich unbeachtet bleiben kann, wenn nicht aus allen erkennbaren individuellen Perspektiven heraus verknüpft gedacht wird: klassische Beispiele von *Crenshaw* aus den 1980er-Jahren sind erstens die Entlassung der «women of color», die sich weder auf den Diskriminierungsschutz aufgrund des Geschlechts noch auf denjenigen der Ethnie berufen konnten, weil die «weissen Frauen» und «men of color» weiterarbeiten konnten, und zweitens die Beschwerde einer «woman of color» wegen Geschlechtsdiskriminierung, die vor Gericht nicht zugelassen wurde, weil sie gar nicht «alle Frauen» repräsentiere.⁹⁹ *Kurzum:* Mit der Inklusion von Gleichstellungsanliegen von LGBTQI*-Menschenrechtssubjekten in die bestehende Gleichstellungsarbeit und/oder mit der Anerkennung der Pluralität von Ungleichbehandlungen allein ist auch noch nicht genügend getan für einen umfassenden Menschenrechtsschutz.

B. Denkbare Reformschritte

Daraus lassen sich unterschiedliche Reformschritte ableiten und kombinieren: Zunächst können die politischen und gesetzlichen Rahmenbedingungen rund um das Gleichstellungsgesetz mit Gleichstellungsstrategien und Monitoringkonzepten weiter angepasst werden (im Falle der Umsetzung der Istanbul-Konvention oder der Lohnanalysen bestehen beispielsweise nationale Massnahmen); daneben ist *formell-gesetzlich klarzustellen*, dass das Gleichstellungsgesetz auf Gleichstellungsfragen zu Geschlecht, Geschlechtsidentität und sexueller Orientierung zur Anwendung kommt (bei entsprechender Änderung des Gesetzstitels), oder es ist alternativ ein neues «Allgemeines Gleichstellungsgesetz» im Sinne eines offenen Antidiskriminierungsrechts zu erlassen, welches den Raum für die Beachtung intersektionaler Diskriminierungen öffnete. Als dritte Option ist zu überlegen, ob nicht auf das Geschlecht im Recht verzichtet werden könnte, anstatt die «Kategorie» Geschlecht explizit zu diversifizieren und die Pluralitäten zu erfassen.

Unser Recht basiert heute noch auf der Vorstellung von weiblich als gleichbedeutend mit potenzieller Mutterschaft und männlich als gleichbedeutend mit Stärke (Militärdienst). Entsprechend knüpft unser Abstammungsrecht das Kind-Eltern-Verhältnis an die Binarität von Mutter- und Vaterschaft. An die Mutterschaft werden Versicherungsleistungen ge-

knüpft und das AHV- und Hinterlassenenrecht nimmt diese Vorstellungen weiter auf (Witwenrecht). Recht konstruiert damit überholte Geschlechterrollenbilder.¹⁰⁰ Fiele das Geschlecht im Recht dahin, könnte dies eine befreiende Wirkung haben und zu einem De-Gendering beitragen. Denn jede explizit benannte Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts und/oder der stereotypen Frauenrolle schreibt die Benachteiligung der Frau und die tradierten Rollenbilder wieder fest. Das ist ein klassischer Topos der *Legal Gender Studies*.¹⁰¹ Heute wird in der Rechtstheorie auch gefordert, eine «postkategoriale Politik» gegen Diskriminierung zu entwickeln oder, salopper formuliert, sich gegen jede Form des «Gruppismus»¹⁰² zu wenden. Das wiederum geht einher mit einer zweiten, alten Forderung der *Legal Gender Studies* zur Kontextualisierung. Diese soll noch rigoros postuliert werden, und zwar aus sich ständig wandelnden intersektionalen Perspektiven. Ein Verzicht auf alle homogenisierenden Kategorisierungen und Gruppierungen im Diskriminierungsschutz hätte den Vorteil, dass im Einzelfall entschieden werden muss, ob eine Person qualifiziert ungleich behandelt wird. Sprachlich kann relativ einfach auf das Geschlecht verzichtet werden. Der Rechtsschutz kann geschlechtsneutral an Eigenschaften und/oder Funktionen geknüpft werden, beispielsweise: Die Person, die geboren wird, wird im Personenstandsregister ohne Geschlechtseintrag eingetragen; geht dann in den Kindergarten und die Schule, ist eine Person, die sich verliebt und vielleicht einmal heiratet; wird teilweise zu einer Person, die schwanger ist und ein Kind gebärt, und zu einer Person, die für andere Personen unbezahlte Care-Arbeiten und -verantwortung übernimmt respektive übernehmen muss; statt von Mutter oder Vater oder mehreren Müttern oder Vätern kann im Recht relativ einfach von *Eltern, Eltern-teilen oder Co-Eltern* die Rede sein. Im Arbeitsmarkt kommt es darauf an, welche Person Voll- oder Teilzeit arbeitet, Elternurlaub bezieht und wer seit wann welche Fähigkeiten hat usw.

Damit hat dieser Beitrag den Bogen weit geschlagen: vom Frauenstreik 1991 zur Entstehung und Bedeutung des Gleichstellungsgesetzes und dessen Reformbedarf, der uns je nach

¹⁰⁰ Der Bundesrat ist gemäss Stellungnahme vom 4. September 2019 zur IP Caroni 19.3548 *Wo behandelt das Bundesrecht Frauen und Mädchen direkt unterschiedlich?* bereit, diese Fragen vertieft begutachten zu lassen.

¹⁰¹ Büchler/Cottier (Fn. 8) 409 ff., 416 ff.

¹⁰² Susanne Baer, Das Problem des Gruppismus für die Grund- und Menschenrechte, in: Bettina Dennerlein/Elke Frietsch/Theres Steffen (Hrsg.), *Verschleierte Orient – entschleierte Okzident?*, Paderborn 2012, 23 ff.

⁹⁷ Stutz/Schär Moser/Freivoogl (Fn. 43) I.

⁹⁹ Kimberlé Crenshaw, Demarginalizing the Intersection of Race and Sex. A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics, The University of Chicago Legal Forum 1989, Vol. 140, 139 ff., 148 ff.; Hotz (Fn. 98) 252 ff.; Cottier (Fn. 85) Art. 5 CEDAW N 27 f.; Büchler/Cottier (Fn. 8) 284 ff.

disziplinärem Hintergrund oder Reformüberlegung in unterschiedlich weit entfernt liegende Gefilde bringt. Im Jahr des *Frauenstreiks 2019* müssen wir uns auf rechtlich-politischer Ebene noch konkreter für eine bessere Umsetzung der Gleichstellung von Frau und Mann, Schwulen, Lesben, Bisexuellen, Intersexuellen und Transpersonen und damit für die *Pluralität der Lebensformen* einsetzen, wobei sich konkrete Gleichstellungsstrategien und periodische Berichterstattungs- und Überprüfungsmaßnahmen (wie in internationalen Bereichen) allmählich durchzusetzen scheinen. Zugleich werden wir mit einer anderen rechtstheoretischen Sicht über die Abschaffung des Geschlechts im Recht weiter nachdenken und konkrete Vorschläge präsentieren. Es ist heute der richtige Zeitpunkt dafür, denn mit der nunmehr ernsthaft diskutierten Einführung der *Ehe für alle* werden erwachsene, unverheiratete Menschen künftig heiraten können, wen sie wollen (oder unverheiratet bleiben – über die «Ungleichheit durch Ehe» muss anderenorts diskutiert werden). Sie werden dann auch nach dem allgemeinen Lauf des Lebens – ob auf (noch) verbotene oder legale Weise – entsprechend gemeinsam Eltern sein und Elternverantwortung tragen wollen. Alleinerziehende, gleich- und ungeschlechtliche, mehrfache Eltern sind und werden gleichermassen eine Lebensrealität sein. Die Öffnung der Ehe für alle vereint beides: Sie ist als ein wichtiges Zeichen für die Akzeptanz der Pluralität der Lebensformen zu werten und zeigt, dass Elternschaft wie auch eine sozialversicherungsrechtliche Rente nicht mehr an «das Geschlecht» geknüpft sein muss. Da die Festschreibung des Geschlechts regelmässig mit dem Eintrag im Personenstandsregister bei Geburt beginnt, ist dort zu anzufangen. – Mit dem Ende der Einträge.¹⁰³

¹⁰³ Der erste entsprechende Vorstoss zum Verzicht auf das Geschlecht im Personenstandsregister, das Postulat 18.3690 Beat Flach *Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich. Rechtliche Anknüpfung an das Geschlecht abschaffen* ist am 13.6.2019 knapp abgelehnt; die Frage

Der Aufwand, die gesamte Rechtsordnung entsprechend anzupassen, hielte sich in Grenzen. Auch die von Frauenseite zu Recht artikulierte Gefahr bei der Abschaffung der «Kategorie Geschlecht» (damit könnten die jahrhundertlang hart erkämpften «Frauenrechte» auf der Strecke bleiben, sodass am Ende «die Frauen» abermals benachteiligt würden) wird hier als gering eingestuft; es ging schon immer nicht nur um das biologische Geschlecht im Recht, sondern um die gelebten, ständig perpetuierten und benachteiligenden Rollenstereotypen im Familien- und Berufsleben, die nach Rechtsschutz verlangten. Solange wir diese Benachteiligungen konsequent an Verhaltensweisen und individuelle Eigenschaften knüpfen, die (erfahrungsgemäss) benachteiligende Wirkungen zeigen und sich freilich auch ändern können (Person, die gebärt; Person, die Teilzeit arbeitet, die im Service arbeitet, die Eltern besucht und pflegt, die fachlich fähig ist, die teamfähig ist oder die sexuell belästigt wird), kommt es nicht darauf an, welches Geschlecht diese Person hat respektive ob sie einen kurzen Rock trägt, schön ist, farbige Haut hat oder dick ist. Es geht stets um respektloses Verhalten einer Person einer anderen gegenüber, welches auf einer (vermeintlichen) Machtasymmetrie basiert. Damit wird es auch möglich sein, Gleichstellungsstrategien jenseits von Geschlecht zu formulieren, für Transparenz in den Daten und regelmässige Überwachungsmaßnahmen zu sorgen, sodass die Gleichstellung vorwärts- und nicht rückwärtsgetrieben wird.

wird aber nach Bundesrätin Keller-Sutter im Bericht zu/mit Einführung der *Option eines dritten Geschlechts* infolge der Postulate Aslan 17.4121 und Ruiz Rebecca 17.4185 auch untersucht werden; Hotz (Fn. 80).

Entwicklungen im Bank- und Kapitalmarktrecht / Le point sur le droit bancaire et des marchés des capitaux

Berichtszeitraum Dezember 2018 bis November 2019

Prof. em. Dr. Peter Nobel, Universität Zürich (Zürich)

I. Neue Gesetzgebung

A. Finanzdienstleistungsgesetz und Finanzinstitutsgesetz samt Ausführungsverordnungen

Am 1. Januar 2020 sind das Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG)¹ sowie das Finanzinstitutsgesetz (FINIG)² samt Ausführungsverordnungen in Kraft getreten. Die Erlasse sind Teil der neuen Finanzmarktarchitektur³ und haben zum Zweck, die Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz zu stärken sowie den Kundenschutz zu verbessern. Es gelten Übergangsfristen von grundsätzlich zwei Jahren. Das FIDLEG statuiert Verhaltensregeln, welche die Finanzdienstleister gegenüber ihren Kunden einhalten müssen (Art. 7 ff. FIDLEG). Ferner enthält es Prospektpflichten (Art. 35 ff. FIDLEG), welche diejenigen des OR ersetzen, und verlangt für komplexere Finanzinstrumente ein Basisinformationsblatt (BIB; Art. 58 ff. FIDLEG). Das FINIG als sektorübergreifendes Rahmengesetz vereinheitlicht die Anforderungen und Bewilligungsregeln für Finanzdienstleister (Art. 5 ff. FINIG)⁴; es löst das Börsengesetz (BEHG) vollständig ab.

Der Bundesrat hat dazu drei Ausführungsverordnungen erlassen: die Finanzdienstleistungsverordnung (FIDLEV)⁵ sowie die Finanzinstitutsverordnung (FINIV)⁶, welche je das übergeordnete Bundesgesetz konkretisieren,⁷ ferner die Aufsichtsorganisationenverordnung (AOV)⁸. Die AOV regelt die

Bewilligungsvoraussetzungen und Aufsichtstätigkeiten der neu vom Gesetz für die laufende Aufsicht von Vermögensverwaltern und Trustees vorgesehenen Aufsichtsorganisationen.⁹

Durch die neu geschaffene Regelung erhält auch die FINMA verschiedentlich Verordnungskompetenzen; zu diesem Zweck wird auf das zweite Quartal 2020 eine Verordnung zum FINIG erwartet.

Am 1. Januar 2020 ist auch die neue Sorgfaltspflichtvereinbarung der Schweizerischen Bankiervereinigung (VSB 20) in Kraft getreten, in welche vor allem das FINMA-Rundschreiben 2016/07 über die Video- und Online-Identifizierung aufgenommen wurde.

B. Umsetzung von Empfehlungen des Global Forum

Am 1. November 2019 ist das Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 zur Umsetzung von Empfehlungen des Global Forum über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke in Kraft getreten.¹⁰ Diese Empfehlungen decken sich im Wesentlichen mit denjenigen der Groupe d'action financière sur le Blanchiment de Capitaux (GAFI).¹¹ Materiell geht es um mehr Transparenz für juristische Personen, indem Inhaberaktien nur noch zulässig sind, wenn diese als Bucheffekten ausgestaltet werden oder die Beteiligungspapiere der betroffenen Gesellschaft börsenkotiert sind (Art. 697j OR). Die Neuregelung hat zum Zweck, Geldwäscherei und Steuerhinterziehung zu bekämpfen. So wird mit den Artikeln 327 und 327a StGB die Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Pflicht zur Meldung der wirtschaftlich berechtigten Personen (Stufe Gesellschafter) und die Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Pflicht zur Führung von Verzeichnissen oder der damit verbundenen gesellschaftsrechtlichen Pflichten (Stufe Gesellschaft) unter Strafe gestellt (Art. 697f OR).

⁹ EFD, Erläuterungen FIDLEV, FINIV, AOV (Fn. 7) 11.

¹⁰ AS 2019 4489.

¹¹ Dazu Peter Nobel, *Entwicklungen im Bank- und Kapitalmarktrecht*, SJZ 2019 15 ff., 16.

¹ Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen vom 15. Juni 2018, SR 950.1.

² Bundesgesetz über die Finanzinstitute vom 15. Juni 2018, SR 954.1.

³ Dazu ausführlich Peter Nobel, *Schweizerisches Finanzmarktrecht*, 4. A., Bern 2019, § 10 N 29 ff.

⁴ Vgl. zu FIDLEG und FINIG ausführlich Nobel (Fn. 3) § 10.

⁵ Verordnung über die Finanzdienstleistungen vom 6. November 2019.

⁶ Verordnung über die Finanzinstitute vom 6. November 2019.

⁷ Siehe dazu im Einzelnen EFD, Finanzdienstleistungsverordnung (FIDLEV), Finanzinstitutsverordnung (FINIV) und Aufsichtsorganisationenverordnung (AOV), Erläuterungen, 6. November 2019, 8 ff., 18 ff.

⁸ Verordnung über die Aufsichtsorganisationen in der Finanzmarktaufsicht vom 6. November 2019.