



CEDAW-Leitfaden für die Rechtspraxis

Das Übereinkommen CEDAW und sein internationales Mitteilungsverfahren

Nützliches und Wissenswertes für die Anwaltspraxis

Ein Online-Tool der EKF: www.frauenkommission.ch > Publikationen

Teil 4 Modellbeispiele aus der Anwalts- und Gerichtspraxis

Modellbeispiel 1: Erwerbsleben

Zulässigkeit von Quoten

Rechtliche Argumentation für die Praxis

Handlungs- pflichten für Be- hörden

Die CEDAW-Bestimmungen sind für die Schweizer Behörden verbindlich. Sie verpflichten Gesetzgebung und rechtsanwendende Behörden zu konkretem Handeln (vgl. dazu BGE 137 I 305, im Detail in Teil 5).

Anwendung im Einzelfall

Die CEDAW-Bestimmungen lassen sich, soweit sie als justiziabel gelten, im Einzelfall direkt vor den administrativen und gerichtlichen Behörden anrufen. Aber auch wenn die Gerichte und die Verwaltung eine direkte Anwendbarkeit der Bestimmungen verneinen, sind sie im Zuge der völkerrechtskonformen Auslegung eidgenössischer und kantonaler Normen (auf Verfassungs-, Gesetzes- und Verordnungsebene) zu beachten (vgl. dazu im Detail Teil 3 des Leitfadens). Präzisiert durch Allgemeine Empfehlungen und durch die Jurisprudenz des Ausschusses im Rahmen der Mitteilungsverfahren können sie wichtige rechtliche Argumente liefern, um die Verpflichtungen aus dem Diskriminierungsverbot im Einzelfall zu konkretisieren.

Die CEDAW-Staatenberichte und die Abschliessenden Bemerkungen des Ausschusses zu diesen Berichten können auch für die Argumentation in administrativen oder gerichtlichen Verfahren nützlich sein, im Besonderen, wenn es um den Nachweis struktureller Benachteiligungen bestimmter Gruppen von Frauen oder (indirekt) diskriminierender Praktiken geht.

Internationale Beschwerden

Schliesslich bietet das CEDAW-Mitteilungsverfahren eine Möglichkeit, gegen letztinstanzliche Entscheide von Schweizer Behörden beim Ausschuss «Beschwerde» (offizielle Bezeichnung: «Mitteilung») einzulegen. Allerdings bedarf es hier der sorgfältigen Abwägung mit anderen internationalen Rechtsschutzmöglichkeiten. In einigen Bereichen wird die Beschwerde an die EMRK im Vordergrund stehen (vgl. dazu Teil 6 des Leitfadens).

Bedeutung für die Praxis

Die Praxis der Schweizer Gerichte und Behörden bezieht sich nur in wenigen Einzelfällen ausdrücklich auf das Übereinkommen CEDAW. Es ist nicht

zu erwarten, dass sich diese Praxis rasch verändern wird. Eine zunehmende Anzahl von Anwältinnen und Anwälten verwendet aber das Übereinkommen zur Verstärkung der rechtlichen Argumentation in verschiedenen Rechtsgebieten. Zudem werden Anwältinnen und Anwälte, die für einen bestimmten Fall das individuelle Mitteilungsverfahren ins Auge fassen, von der ersten Instanz an mit CEDAW-Bestimmungen argumentieren müssen. Sonst besteht die Gefahr, dass der Ausschuss das Erfordernis der Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzugs als nicht erfüllt betrachtet und deshalb die Mitteilung zurückweist, ohne sie materiell zu behandeln.

Konkrete Beispiele

Die 16 Modellbeispiele in diesem Teil zeigen Sachverhalte aus ausgewählten Rechtsbereichen der anwaltlichen Praxis. Mit Ausnahme der Beispiele 1, 3 und 8, die sich auf Bundesgerichtsentscheide beziehen, bauen die Beispiele auf fiktiven Sachverhalten auf. Sie skizzieren die anwendbaren schweizerischen Normen, verweisen auf die relevanten Bestimmungen des Übereinkommens und zeigen beispielhaft, wie die rechtliche Argumentation mit dem Übereinkommen aussehen kann. Sie sollen Anwältinnen und Anwälte darin unterstützen, das Argumentationspotential des Übereinkommens für ihre Arbeit konkret zu nutzen.

Inhalt

Modellbeispiel 1: Erwerbsleben: Zulässigkeit von Quoten

Modellbeispiel 2: Erwerbsleben: Ausschluss einer Bewerberin aus dem Anstellungsverfahren

Modellbeispiel 3: Erwerbsleben: Lohngleichheit

Modellbeispiel 4: Erwerbsleben: Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz

Modellbeispiel 5: Erwerbsleben: Freistellung wegen Schwangerschaft

Modellbeispiel 6: Sozialversicherungsrecht: IV-Rentenberechnung aufgrund des hypothetischen Einkommens

Modellbeispiel 7: Eherecht: Berechnung des hypothetischen Einkommens bei Trennung und Scheidung

Modellbeispiel 8: Eherecht: Berechnung des familienrechtlichen Unterhalts, Mankoverteilung

Modellbeispiel 9: Eherecht: Aufbau der Altersvorsorge nach der Scheidung

Modellbeispiel 10: Eherecht: Aufteilung ehelicher Güter bei Scheidung

Modellbeispiel 11: Häusliche Gewalt: Schutzpflichten und Nachweis von Gewalt

Modellbeispiel 12: Häusliche Gewalt: Schutzpflichten für «Sans-Papiers»

Modellbeispiel 13: AusländerInnenrecht: Aufenthaltsrecht und Integration

Modellbeispiel 14: AusländerInnenrecht: Aufenthaltsrecht und berufliche Integration

Modellbeispiel 15: Frauenhandel: Schutz von Opfern von Frauenhandel

Modellbeispiel 16: Asylrecht: Geschlechtsspezifische Verfolgung

Alle Modellbeispiele als PDF:

www.frauenkommission.ch

> Publikationen > CEDAW-Leitfaden > Modellbeispiele

Modellbeispiel 1: Erwerbsleben

Zulässigkeit von Quoten

Sachverhalt

Im Rahmen eines (wenig später auslaufenden) Bundesprogramms zur Förderung des Nachwuchses an den kantonalen Universitäten (mit dem ausdrücklichen Ziel, 40% der Nachwuchsstellen durch Frauen zu besetzen) schrieb die Universität Freiburg die Stelle für Oberassistentin («*maître-assistante*») bzw. für Assistenzprofessorin («*professeure associée*») an der juristischen Fakultät ausschliesslich für Frauen aus. T.B. bewarb sich darauf, obwohl er männlichen Geschlechts ist und wurde aus diesem Grunde nicht in die Evaluation einbezogen. Er erhob deshalb beim kantonalen Verwaltungsgericht und später beim Bundesgericht Beschwerde wegen Verletzung der Geschlechtergleichheit (vgl. BGE 131 II 361).

Anwendbares Schweizer Recht

Das kantonale Verwaltungsgericht war der Meinung, die Geschlechterquote stütze sich auf eine genügende gesetzliche Grundlage und sei verhältnismässig. Das Bundesgericht kam zu einer anderen Auffassung. Es befasste sich aus dem Blickwinkel von Art. 8 Abs. 3 Bundesverfassung mit der Frage, ob die gezielte Reservierung der Stelle für Frauen vor der Geschlechtergleichheit des Art. 8 Abs. 3 BV stand halte und hielt in Anschluss an BGE 125 I 21 (Urner Quotenentscheid) fest, dass Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV nicht nur gesetzgeberische Massnahmen zur «Gleichheit der Startbedingungen» («*bases nécessaires à l'égalité des chances entre les sexes*») erlaube, sondern auch Massnahmen zur Herbeiführung einer Ergebnisgleichheit (Erw. 5.3.). Das dabei entstehende Spannungsfeld zwischen der formellen (Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV) und der materiellen Gleichstellung (Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV) müsse nach dem Prinzip der praktischen Konkordanz aufgelöst werden, d.h. durch eine Interessenabwägung mit Einbezug von mildereren Massnahmen.

Das Bundesgericht stellte fest, dass Geschlechterquoten grundsätzlich zulässig seien, sofern sie geeignet sind, das Ziel (konkret ein ausgeglicheneres Geschlechterverhältnis) zu erreichen, das mildeste mögliche Mittel zur Erreichung dieses Ziels darstellen und sich angesichts der auf dem Spiel stehenden Interessen als angemessen erweisen. Das Gericht bezweifelte, dass die ausschliessliche Ausschreibung der Stelle für Frauen verhältnismässig sei, weil eine starre Quote festgelegt werde; es liess die Frage aber offen. Es verneinte dagegen eine genügende gesetzliche Grundlage für den Ausschluss von Männern für die Bewerbung auf die Stelle, weil kein Gesetz im formellen Sinne vorliege. Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV enthalte einen Auftrag an den Gesetzgeber. Massnahmen zur materiellen Gleichheit müssten deshalb von diesem angeordnet werden. Gesetzliche Grundlagen auf Verordnungsbasis genügten nicht ohne weiteres. Auch Art. 3 Abs. 3 GIG, wonach angemessene Massnahmen zur Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung weder in privaten noch in öffentlichen Arbeitsverhältnissen eine Diskriminierung darstellen, wurde aufgrund einer historischen Auslegung nicht als

ausreichende gesetzliche Grundlage anerkannt. Das Bundesgericht verwarf damit die Auffassung des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann EBG, das als *amica curiae* zur Stellungnahme eingeladen war. Das EBG hatte die Meinung vertreten, Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV verpflichte zur materiellen Gleichstellung, weshalb sich die Massnahme direkt auf diesen Verfassungssatz stützen könne.

Argumentation mit CEDAW

Ausgangspunkt ist – der schweizerischen Praxis entsprechend – Art. 8 BV, der in Abs. 2 ein Diskriminierungsverbot und in Abs. 3 einerseits ein Differenzierungsverbot (Satz 1), andererseits ein Fördergebot (Satz 2) enthält. Das Diskriminierungsverbot des Übereinkommens CEDAW schützt Frauen vor Benachteiligungen (Art. 1) und verpflichtet die Vertragsstaaten zu einer aktiven Gleichstellungspolitik, das heisst zu Fördermassnahmen, um die faktische Gleichheit sicherzustellen (im Besonderen Art. 2, Art. 3). Art. 4 Abs. 1 CEDAW legt fest, dass *Sondermassnahmen* (einseitige Massnahmen), die *auf Zeit* angelegt sind und eine *Beschleunigung* der De-facto-Gleichstellung von Mann und Frau bewirken, bzw. bewirken sollen, *keine Diskriminierung* derjenigen Personen darstellen, die nicht in deren Genuss kommen.

Das Geschlechtergleichstellungsgebot von Art. 8 Abs. 3 BV ist demnach in Verbindung mit Art. 8 Abs. 2 BV und Art. 1 und 4 (1) CEDAW asymmetrisch auszulegen, um tatsächliche Gleichstellung anzustreben bzw. zu erzielen. Daraus folgt:

- *Asymmetrie* ist aufgrund des CEDAW-Übereinkommens nicht nur erlaubt, sondern u.U. notwendig, um tatsächliche Gleichstellung in einem Bereich herzustellen (vgl. Wortlaut von Art. 4 (1) CEDAW).
- Die Herstellung eines ausgewogenen Geschlechterverhältnisses in Bildung und Forschung und im Erwerbsleben – wie es die umstrittene Massnahme verfolgte – ist völkerrechtlich (Art. 2 und 3 CEDAW) und verfassungsrechtlich (Art. 8 Abs. 2 und 3 BV) geboten. Da damit eine zentrale Gerechtigkeitsforderung gestützt wird, kann von einem gewichtigen, qualifizierten öffentlichen Interesse gesprochen werden.
- Das gewichtige, qualifizierte öffentliche Interesse (der Universität, der Öffentlichkeit, des Erziehungswesens) addiert sich mit den Interessen der Frauen, weder als Individuen noch als Gruppe in tatsächlicher Hinsicht benachteiligt zu werden. Diese Interessen stehen demjenigen des im konkreten Einzelfall betroffenen Mannes gegenüber, der nicht von der Massnahme profitiert. Es handelt sich dabei nicht um eine einfache, bipolare, sondern um eine multipolare Interessenlage, bei der mehrere Interessen für die Fördermassnahme angeführt werden können.
- Eine solche Auffassung zu Art. 8 Abs. 3 BV reiht sich in die bundesgerichtliche Praxis zum Diskriminierungsverbot des Art. 8 Abs. 2 BV zugunsten von ausländischen Staatsangehörigen und Menschen mit Behinderung ein (vgl. BGE 129 I 232, E.3.4.1, mit Hinweisen, auch

BGE 129 I 217, 129 I 392, E.3.2.2, 126 II 377, 130 I 352, E.6.1.2). Die Schutzrichtung der Norm muss in der Interessensabwägung berücksichtigt werden. Damit lässt sich ein intrinsisches, systematisches Argument der kohärenten Auslegung des Diskriminierungsverbots vorbringen.

- Die Bevorzugung von Frauen bedeutet allerdings eine Benachteiligung von individuell betroffenen Männern. Dies ist jedoch nicht zwingend eine *rechtlich erhebliche Diskriminierung* dieser Männer. Wenn multipolare Interessenskonflikte entstehen, ist das qualifizierte öffentliche Interesse an der Förderung von Frauen mit in die Waagschale zu legen (zum Prüfprogramm siehe KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, 3. Auflage, Bern 2018, S. 455f.).
- Hinzu kommt, dass die angeordnete Sondermassnahme nur auf Zeit angelegt war. Sie strebt sodann ein konkretes Gleichstellungsziel (40%) mit einem effektiven, d.h. relativ rasch und nachhaltig wirkenden Mittel (ausschliessliche Zulassung von Frauen) an.

Damit waren die Kriterien von Art. 4 (1) CEDAW erfüllt, um der Benachteiligung der männlichen Konkurrenten den Charakter einer rechtlich erheblichen Diskriminierung zu nehmen.

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass Art. 3 Abs. 3 GIG – der in öffentlichen Anstellungsverhältnissen anwendbar ist – durch Art. 4 (1) CEDAW verstärkt wird. Auch diese Bestimmung ist CEDAW-konform auszulegen.

Auch im Rahmen eines asymmetrischen Verständnisses des Diskriminierungsverbots können Männer zeitweilige Sondermassnahmen zugunsten von Frauen allerdings aufgrund des **allgemeinen Rechtsgleichheitsgebots** (Art. 8 Abs. 1 BV) anfechten. Ungleichbehandlungen sind aufgrund von Art. 8 Abs. 1 BV zulässig, wenn Differenzierungen aus ernsthaften sachlichen Gründen getroffen werden und wenn sie verhältnismässig sind. Die im vorliegenden Fall auf Frauen beschränkte Ausschreibung der universitären Aufstiegsstelle basierte auf einem qualifizierten öffentlichen Interesse und damit zweifellos auf einem triftigen sachlichen Grund. Die auf Frauen beschränkte Ausschreibung («Quote») verletzte deshalb das allgemeine Gebot der Rechtsgleichheit nach Art. 8 Abs. 1 BV nicht, solange der Eingriff nicht als unverhältnismässig zu betrachten ist.

Es lässt sich diskutieren, ob eine **formelle gesetzliche Grundlage** für die Anordnung der (zeitweiligen) Sondermassnahme nötig ist, wie dies das Bundesgericht annahm. Die Bestimmungen des Übereinkommens sind für diese Diskussion nur indirekt relevant. Einschränkungen von Grundrechten sind nach dem – auf Freiheitsrechte zugeschnittenen – Art. 36 BV zulässig, wenn sie (u.a.) auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen. Nur im Falle eines schweren Eingriffs ist jedoch ein formelles Gesetz erforderlich, bei leichten

Eingriffen genügt eine materiell-gesetzliche Grundlage. Führt man diese Differenzierung im Zusammenhang mit der Garantie der Rechtsgleichheit weiter, muss die Anforderung an die gesetzliche Grundlage abgestuft werden, je nachdem wie gewichtig die Gründe für unterschiedliche Behandlungen mittels Sondermassnahmen sind und wie stark, d.h. auch wie lange, diese Männer ausschliessen. Es sei an dieser Stelle bemerkt, dass nach der höchstrichterlichen Praxis unter Umständen auch die Rechtsanwendung befugt ist, Differenzierungen im Rahmen der Rechtsgleichheit zu treffen. In diesen Fällen wird die gesetzliche Grundlage für die Differenzierung direkt aus dem Gleichheitssatz der Verfassung hergeleitet. Ob dies im dargestellten Fall angerufen werden kann, liesse sich diskutieren. Immerhin lässt sich das Argument nicht von der Hand weisen, dass das multipolare diskriminierungsrechtliche Spannungsfeld zwischen Förderung von Frauen (als Gruppe) sowie einzelner Kandidatinnen auf der einen und Benachteiligung von einzelnen Männern auf der anderen Seite für eine solide gesetzliche Grundlage spricht, welche einen politisch legitimierten Rahmen für die Diskussion der Verhältnismässigkeit des individuellen Eingriffs setzen kann.

Die Perspektive von CEDAW, welche der Förderung von temporären Sondermassnahmen bei der Bekämpfung von Diskriminierung eine wichtige Bedeutung beimisst, lässt zudem historische Argumente, die das Bundesgericht in der Auslegung von Art. 3 Abs. 3 GIG heranzog, gegenüber systematischen Argumenten und einer völkerrechtskonformen Auslegung in den Hintergrund rücken, zumal die Entstehungsgeschichte von Art. 3 Abs. 3 GIG interpretationsbedürftig ist.

Allgemeine Empfehlung Nr. 25/2004 on Temporary Special Measures

https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_3733_E.pdf

Vgl. auch die Empfehlung des CEDAW-Ausschusses, vermehrt temporäre Sondermassnahmen zu ergreifen, in den Abschliessenden Bemerkungen zum 4/5. Länderbericht der Schweiz von 2016, N. 21

https://www.humanrights.ch/cms/upload/pdf/170223_CEDAW_Empfehlungen_2016_inoffizielle_deutsche_Uebersetzung.pdf (inoffizielle deutsche Übersetzung)

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/CHE/CO/4-5&Lang=En (in den sechs offiziellen UN-Sprachen), Ziff. 20/1.

Vgl. auch die «**Views**» des Ausschusses zum Diskriminierungsbegriff (Art. 1) und den Verpflichtungen der Vertragsstaaten gemäss Art. 2, zitiert in Teil 6;

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=17

Impressum

CEDAW-Leitfaden für die Rechtspraxis. Das Übereinkommen CEDAW und sein internationales Mitteilungsverfahren. Nützliches und Wissenswertes für die Anwaltspraxis. Ein Online-Tool der EKF. Bern, erste elektronische Veröffentlichung 2012, letztmals aktualisiert 1. Januar 2019.

Herausgeberin: Eidgenössische Kommission für Frauenfragen EKF.

Erarbeitet von Dr. iur. Erika Schläppi, Rechtsanwältin, in enger Zusammenarbeit mit den Rechtsexpertinnen und Rechtsanwältinnen Dr. iur. Kathrin Arioli, lic. iur. Jeanne DuBois, lic. iur. Myriam Grütter, lic. iur. Christina Hausammann, lic. iur. Charlotte Iselin, Prof. Dr. iur. Regula Kägi-Diener, Dr. iur. Stephanie Motz, Dr. iur. Caterina Nägeli, DAS in Law Luzia Siegrist und Prof. Dr. iur. Judith Wytttenbach.

Veröffentlichung ausschliesslich auf: www.frauenkommission.ch > Publikationen
Verfügbar auf Deutsch und Französisch.