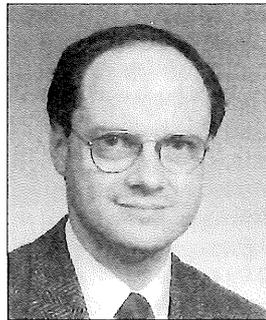


# Verfassungsgeschichte als juristische Zeitgeschichte

Dargestellt am Beispiel der Geschichte  
der Geschlechtergleichheit



PD Dr. iur. Felix Hafner,  
Basel

## Inhaltsübersicht:

- I. Einleitung
- II. Herkunft und zeitliche Eingrenzung des Begriffs der juristischen Zeitgeschichte
  - A. Herkunft des Begriffs der Zeitgeschichte
  - B. Zeitliche Eingrenzung der juristischen Zeitgeschichte
  - C. Juristische Zeitgeschichte zwischen dem Gestern und dem Heute
- III. Funktionen der juristischen Zeitgeschichte
  - A. Funktion der juristischen Zeitgeschichte im Rahmen der Verfassungsauslegung
  - B. Keine Staatsrechtsdogmatik ohne juristische Zeitgeschichte
  - C. Juristische Zeitgeschichte als Hinweis auf das metajuristische Fundament des Verfassungsrechts
    1. Juristische Zeitgeschichte als Hinweis auf das ethisch-politische Fundament des Rechts
    2. Gleichheit der Menschen und Geschlechtergleichstellung als Ausfluss der Menschenwürde
    3. Beschränkte Gleichbehandlung der Menschen und mangelhafte Geschlechtergleichstellung in der Vergangenheit
    4. Realisierung der Rechtsgleichheit und Geschlechtergleichstellung in der Schweiz
      - 4.1. Helvetik und Mediationszeit
      - 4.2. Bundesvertrag und Regenerationszeit
      - 4.3. Bundesverfassung von 1848
      - 4.4. Totalrevisionen der Bundesverfassung von 1872 und 1874
      - 4.5. Entwicklung nach 1874
    - D. Zukunftsdimension der juristischen Zeitgeschichte
- IV. Risiken juristischer Zeitgeschichte
  - A. Risiken
  - B. Risikobegrenzung
- V. Schlussbemerkungen

## I. Einleitung

Bekanntlich sind rechtliche Ungleichbehandlungen der Geschlechter bis in die jüngere Vergangenheit hinein grundsätzlich nicht als verfassungswidrig betrachtet worden<sup>1</sup>.

In diesem Sinne hatte das Bundesgericht noch 1957 den Waadtländer Frauen das Stimm- und Wahlrecht verweigert<sup>2</sup>. Immerhin war in gewissen Bereichen ausserhalb der politischen Rechte eine Gleichstellung aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hergestellt: So berücksichtigte das Bundesgericht den Wandel der wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse, als es 1923 den Frauen den Zugang zum Anwaltsberuf öffnete<sup>3</sup>, nachdem es 1887 im berühmten Fall *Kempin*<sup>4</sup> anders entschieden und eine kantonale Vorschrift geschützt hatte, welche die Frauen vom Anwaltsberuf ausschloss<sup>5</sup>. Desgleichen entschied das Bundesgericht im Jahr 1946, es sei willkürlich, verstoße also gegen Art. 4 der Bundesverfassung, dass Frauen, die im Frauenhilfsdienst Militärdienst leisten und einen Sold erhalten, dafür nicht steuerbefreit sind, wenn den Männern gleichzeitig eine Steuerbefreiung für ihren im obligatorischen Dienst erworbenen Sold gewährt wird<sup>6</sup>.

Die Wandlung, welche die Auslegung des Gleichheitsartikels in der Bundesverfassung erfahren hat und auch nach seiner Ergänzung durch einen zusätzlichen Abs. 2 im Jahre 1981 immer noch erfährt, drückt die im Lauf der Zeit erfolgte Änderung der sachlichen Begründung aus, worauf die Ungleichbehandlungen früher abgestützt wurden. Denn die "Frage, ob für eine rechtliche Unterscheidung ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich ist, kann" – wie das Bundesgericht festgestellt hat – "zu ver-

- 1 Vgl. J.-F. AUBERT, Bundesstaatsrecht der Schweiz, Band II (deutsche Übersetzung durch E. GASSER-WOLF), Basel/Frankfurt a.M. 1995, Nr. 1782, 832 (= im Teil aus dem Jahr 1967).
- 2 BGE 83 I 173 ff. (= Pra 46/1957, 522 ff.). Siehe dazu M. BIGLER-EGGENBERGER, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 4 Abs. 2 BV, in recht 1994, 1.
- 3 BGE 49 I 14 ff. (Entscheid *Roeder*). Siehe dazu BIGLER-EGGENBERGER (FN 2), 1.
- 4 Emilie Kempin-Spyri, deren Biographie im Buch "Die Wachsflügelfrau, Geschichte der Emily Kempin-Spyri" von EVELYNE HASLER (Zürich 1991) beschrieben wird. Siehe zu Kempin-Spyri auch MARIANNE DELFOSSE, Emilie Kempin-Spyri (1853–1901), Das Wirken der ersten Schweizer Juristin unter besonderer Berücksichtigung ihres Einsatzes für die Rechte der Frau im schweizerischen und deutschen Privatrecht, Diss. Zürich 1994 (passim) und Y.-D. KOECHLL, Das Bundesgericht und die Frauen: Mit keiner Regel historischer Interpretation in Widerspruch, in: H. BAUMGARTNER/R. SCHUHMACHER (Hrsg.), Recht, Macht und Gesellschaft, Justiz und Politik, Zürich 1995, 10.
- 5 BGE 13, 1 ff. Siehe zu dieser Änderung der Rechtsprechung hinsichtlich der Zulassung der Frauen zum Anwaltsberuf: A. HAEFLIGER, Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich, Zur Tragweite des Art. 4 der Bundesverfassung, Bern 1985, 65 f.
- 6 BGE 72 I 65.

schiedenen Zeiten verschieden beantwortet werden je nach den herrschenden Anschauungen und Zeitverhältnissen<sup>17</sup>.

Laut der letztlich auf ARISTOTELES<sup>8</sup> zurückgehenden und vom Bundesgericht wiederkehrend verwendeten Formel verlangt das verfassungsrechtlich verankerte Gleichbehandlungsgebot, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln ist<sup>9</sup>. Das Frausein war bis in die unmittelbare Gegenwart unangefochtenes Kriterium für die rechtliche Ungleichbehandlung der Geschlechter.

Dieses bis in die jüngste Zeit als sachliches Kriterium für Ungleichbehandlungen anerkanntes Merkmal hat sich – mit Ausnahme der biologisch oder funktional begründeten Ungleichbehandlungen<sup>10</sup> – im Lauf der Zeit als sachlich unbegründet erwiesen<sup>11</sup>; seine Bewertung hat sich *zeitgeschichtlich* betrachtet gewandelt.

Die *Zeitgeschichte* gewinnt somit im Sinne "juristischer Zeitgeschichte"<sup>12</sup> im Verfassungsrecht und insbesondere auch in der Verfassungsgeschichte einen eigenen Stellenwert.

Im folgenden soll näher auf den Begriff "juristische Zeitgeschichte" eingegangen werden, wobei immer wieder exemplarisch auf die Geschichte der Geschlechtergleichheit Bezug genommen wird.

## II. Herkunft und zeitliche Eingrenzung des Begriffs der juristischen Zeitgeschichte

### A. Herkunft des Begriffs der Zeitgeschichte

Der Ausdruck "Zeitgeschichte" entstammt der Geschichtswissenschaft<sup>13</sup>; seit dem Zweiten Weltkrieg<sup>14</sup> wird er jedoch vor allem in der Bundesrepublik Deutschland zunehmend auch im Bereich der Rechtsgeschichte verwendet<sup>15</sup>.

Er bezieht sich primär auf die Epoche der Mitlebenden und die wissenschaftliche Behandlung dieser Epoche<sup>16</sup>. Wer sich mit Zeitgeschichte befasst, muss sich deshalb seinen Gegenstand "sozusagen täglich von der Gegenwart erobern"<sup>17</sup>. Zeitgeschichte verknüpft dergestalt Ereignisse und Denkvorgänge in der Vergangenheit mit dem Gegenwartsgeschehen<sup>18</sup>.

### B. Zeitliche Eingrenzung der juristischen Zeitgeschichte

Juristische Zeitgeschichte unterscheidet sich von der herkömmlichen Rechtsgeschichte im wesentlichen durch den Zeitabschnitt, der untersucht werden soll.

Zeitgeschichte beschäftigt sich nämlich mit historischen Forschungsgegenständen, die eine gewisse Nähe zur Gegenwart aufweisen. Unklar und in der Lehre umstritten ist, bei welchem historischen Datum der Begriff der juristischen Zeitgeschichte einsetzen soll.

Während in der Bundesrepublik Deutschland darüber diskutiert wird, ob die juristische Zeitgeschichte bereits

7 BGE 121 I 104 und BGE in: Pra 82/1993,785 (= BGE 118 Ia 3; der französische Text bringt die Zeitbedingtheit des die rechtliche Unterscheidung rechtfertigenden vernünftigen Grundes noch deutlicher zum Ausdruck: "La question de savoir si une distinction juridique repose sur un motif raisonnable peut recevoir une réponse différente selon les époques et suivant les conceptions, idéologies et situations du moment"). Siehe dazu auch Reform der Bundesverfassung; Erläuterungen zum Verfassungsentwurf, Bern 1995, 35.

8 ARISTOTELES, Politik, 1282 a 12 und Nikomachische Ethik, 1131 a ff.

9 Vgl. etwa BGE 121 I 104 und 117 Ia 101.

10 Siehe als solche vom Bundesgericht anerkannten Fälle der funktionalen bzw. biologischen Ungleichbehandlung: Die auf Männer beschränkte Feuerwehrrpflicht in einer Berggemeinde (BGE vom 8. Februar 1991, in: BVR/JAB 1991, 439 ff.) sowie der nicht auch den Vätern gewährte 14-wöchige Mutterschaftsurlaub in der Beamtenverordnung des Kantons Bern (BGE vom 11. Februar 1994, in ZBl. 95/1994, 375 ff.). Beachte dazu auch B. WEBER-DÜRLER, Grenzen des Rechtsschutzes bei der Gleichberechtigung, in: K. KLETT/D. YERSIN (Hrsg.), Die Gleichstellung von Frau und Mann als rechtspolitischer Auftrag, Festschrift für MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, Basel/Frankfurt a.M. 1993, 337 ff. Allerdings ist umstritten, ob und wie weit funktionale Unterschiede zu geschlechtsspezifischen Regelungen berechtigen (siehe G. MÜLLER, Art. 4 BV, in J.-F. AUBERT [Hrsg.] e.a., Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1987, Rz. 137).

11 AUBERT (FN 1), Nr. 1783<sup>36</sup>, 1119 und HAEFLIGER (FN 5), 80.

12 Siehe zum Begriff "Juristische Zeitgeschichte" den Sammelband M. STOLLEIS, Juristische Zeitgeschichte – Ein neues Fach? Baden-Baden 1993. Beachte dazu die Besprechung von C. SCHOTT, in: SJZ 91/1995, 221 f.

13 Siehe aus der geschichtswissenschaftlichen Literatur zum Begriff der Zeitgeschichte etwa M. PETER/H.-J. SCHROEDER unter Mitarbeit von M. HUGO, H. NESTER und A. RIEGER, Einführung in das Studium der Zeitgeschichte, Paderborn/München/Wien/Zürich 1994 und G. SCHULZ, Einführung in die Zeitgeschichte, Darmstadt 1992.

14 "... das Ende des Zweiten Weltkriegs brachte eine Neube-gründung der Zeitgeschichte" (M. PETER, in: PETER/SCHROEDER [FN 13], 39 f.).

15 Siehe H. THIEME, Rechtsgeschichte und Zeitgeschichte, in M. SIEBER (Hrsg.), Discordia Concors, Festgabe für EDGAR BONJOUR zu seinem siebzigsten Geburtstag am 21. August 1968, Band I, Basel/Stuttgart 1968, 225 ff. und D. KLIPPEL, Juristische Zeitgeschichte. Die Bedeutung der Rechtsgeschichte für die Zivilrechtswissenschaft, Giessen 1985.

16 Gemäss einer Definition von HANS ROTHFELS (zit. bei J. SCHROEDER, in STOLLEIS [Hrsg.] [FN 12], 35); ROTHFELS hat den Begriff "Zeitgeschichte" im Bereich der historischen Forschung wieder aufgenommen und eine erste Standortbestimmung der Begriffsverwendung nach 1945 vorgenommen (siehe dazu mit Literaturhinweisen: M. PETER, in PETER/SCHROEDER [FN 13], 16).

17 J. RUECKERT, in STOLLEIS (Hrsg.) [FN 12], 23; Zeitgeschichte bezeichnet im rechtshistorischen Zusammenhang "Kontinuität und Diskontinuität im Normbestand, bei Dogmatik und Rechtsprechung sowie in der Wissenschaftsgeschichte" (STOLLEIS, in STOLLEIS [Hrsg.] [FN 12], 11).

18 M. PETER, in PETER/SCHROEDER (FN 12), 17.

mit der Aufklärung<sup>19</sup>, mit dem zweiten Kaiserreich<sup>20</sup>, mit dem Beginn der Weimarer Republik<sup>21</sup>, mit dem Dritten Reich<sup>22</sup> oder gar erst nach 1945<sup>23</sup> ihren Anfang nehme, gestaltet sich die Ausgangslage in der Schweiz aufgrund der Kontinuität der schweizerischen Verfassungslage einfacher: Hier könnte man vielleicht noch fragen, ob die Bundesverfassung von 1848 ausserhalb der Zeitgeschichte liege, weil das heutige durch zahlreiche Partialrevisionen und aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum "Flickwerk" gewordene schweizerische Verfassungsrecht im Grunde auf der totalrevidierten Verfassung von 1874 beruht. Die Kontinuität, die auch bei der Totalrevision von 1874 bewahrt wurde, spricht indessen eher dafür, *die verfassungsrechtliche Zeitgeschichte mit der Gründung des Bundesstaates im Jahre 1848 beginnen zu lassen*.

Freilich sind dabei auch diejenigen Entwicklungslinien miteinzubeziehen, die in die Zeit vor 1848 hineinreichen und das gegenwärtige Verfassungsrecht immer noch prägen. Juristische Zeitgeschichte kann somit – zumal in der schweizerischen Verfassungsgeschichte – nicht unter Auslassung der Erforschung der den modernen Rechtsinstitutionen vorangegangenen historischen Prozesse betrieben werden<sup>24</sup>. Dies setzt unter Umständen auch den Einbezug von ereignis- und ideengeschichtlichen Aspekten voraus, die über den Rahmen epochemässig limitierter Zeitgeschichte hinausgehen. Wenngleich mitunter die zeitliche Begrenzung und Konzentration des zu untersuchenden Forschungsgegenstandes auf die zeitgeschichtliche Epoche vor allem des 19. und 20. Jahrhunderts gefordert wird<sup>25</sup>, kann nämlich die Ergründung der "Vorzeitgeschichte"<sup>26</sup> entscheidend werden, wenn nach den Ursprüngen gegenwartsbezogener, mithin zeitgeschichtlicher Entwicklungen gefragt wird.

Die Gleichstellungsproblematik – um hier dieses Beispiel wieder aufzugreifen – muss somit auch unter Berücksichtigung des Rollenverständnisses der Frau in Staat und Gesellschaft vor 1848 bzw. 1874 erforscht und ergründet werden. Erst wenn auch der geschichtliche Hintergrund der Diskriminierung und Minderbewertung der Frau vor der Entstehung des schweizerischen Bundesstaates geklärt ist, wird ersichtlich, welche Faktoren die verfassungsrechtliche Verankerung der Geschlechtergleichheit bis zum Jahr 1981 erschwert oder verunmöglicht haben und weshalb die Einfügung von Abs. 2 in Art. 4 der Bundesverfassung letztlich als zeitgeschichtlicher Vorgang zu bewerten ist.

### C. Juristische Zeitgeschichte zwischen dem Gestern und dem Heute

Juristische Zeitgeschichte erweist sich also zunächst als klassische Rechtsgeschichte<sup>27</sup>, allerdings nahe an der Gegenwart angesiedelt<sup>28</sup>. Sie erscheint als "Vergangenheit, mit der die Gegenwart noch ringt"<sup>29</sup> oder "Geschichte, die noch qualmt"<sup>30</sup>.

Es braucht hier nicht näher ausgeführt zu werden, dass insbesondere die Gleichstellung der Geschlechter eine

grosse und attraktive Feuerstelle noch qualmender, ja sogar noch "schwelender"<sup>31</sup> Geschichte darstellt. Erinnert sei in diesem Zusammenhang nur etwa an die an Art. 4 Abs. 2 der Bundesverfassung nachzuführende Gesetzgebung etwa im Bereich des Sozialversicherungsrechts; dabei ist vor allem auch auf die "Appellurteile" des Bundesgerichts hinzuweisen, in denen es zwar eine Ungleichbehandlung der Geschlechter, d.h. eine Verfassungswidrigkeit, festgestellt hat, die zugrunde liegende Norm jedoch nicht aufgehoben, sondern dem Gesetzgeber Gelegenheit zur "Nachbesserung"<sup>32</sup> der Regelung gegeben hat<sup>33</sup>.

Dieses Beispiel macht deutlich, dass juristische Zeitgeschichte die Schnittmenge zwischen dem Gestern und dem Heute bezeichnet und diese zugleich aufdeckt<sup>34</sup>. Juristische Zeitgeschichte schliesst solcherart die Lücke "zwischen der letzten im ganzen als Vergangenheit darstellbaren Periode oder Epoche und den juristischen Gegenwartsaufgaben"<sup>35</sup>. Sie übernimmt eine hermeneutische "Mittler-

19 T. VORMBAUM, in STOLLEIS (Hrsg.) (FN 12), 70 und 73.

20 J. SCHROEDER, in STOLLEIS (Hrsg.) (FN 12), 38.

21 R. SCHROEDER, in STOLLEIS (Hrsg.) (FN 12), 45 und J. SCHROEDER, in STOLLEIS (Hrsg.) (FN 12), 35.

22 Vgl. SCHULZE, in STOLLEIS (Hrsg.) (FN 12), 56.

23 Vgl. SCHULZE, in STOLLEIS (Hrsg.) (FN 12), 56.

24 Vgl. SCHULZE, in STOLLEIS (Hrsg.) (FN 12), 56.

25 So J. SCHROEDER, in STOLLEIS (Hrsg.) (FN 12), 36 f.; SCHROEDER betont freilich, dass es nicht darum gehe, Zeitgeschichte l'art pour l'art zu betreiben; der Beitrag der Zeitgeschichte könne durchaus einen "Baustein für die Rechtstheorie" darstellen (a.a.O., 37).

26 SCHULZE, in STOLLEIS (Hrsg.) (FN 12), 55.

27 RUECKERT, in STOLLEIS (Hrsg.) (FN 12), 25.

28 STOLLEIS, in STOLLEIS (Hrsg.) (FN 12), 12.

29 WERLE, in STOLLEIS (Hrsg.) (FN 12), 63.

30 RUECKERT, in STOLLEIS (Hrsg.) (FN 12), 24.

31 Vgl. SCHOTT (FN 12), 221.

32 Siehe zum Begriff der "Nachbesserung": P. BADURA, Die verfassungsrechtliche Pflicht des gesetzgebenden Parlaments zur "Nachbesserung" von Gesetzen, in G. MÜLLER e.a. (Hrsg.), Staatsorganisation und Staatsfunktion im Wandel, Festschrift für KURT EICHENBERGER zum 60. Geburtstag, Basel/ Frankfurt a.M. 1982, 481 ff.

33 BGE in ZBl. 88/1987, 306 ff. und BGE 117 V 318 ff. Siehe zum Ganzen: Y. HANGARTNER, Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: AJP/PJA 1995 1019; R. KÄGI-DIENER, Die öffentliche Dienstpflicht – Chance der Gleichberechtigung? Am Beispiel der Feuerwehr, in K. KLETT/D. YERSIN (Hrsg.), Die Gleichstellung von Frau und Mann als rechtspolitischer Auftrag, Festschrift für MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, Basel/Frankfurt a.M. 1993, 141 und WEBER-DÜRLER (FN 10), 340 ff. Beachte auch J. TEYGELER, Rechtswirkungen verfassungsgerichtlicher Normenkontrollentscheidungen (im Lichte der Durchsetzung der verfassungsmässigen Rechte durch das Bundesgericht und durch die kantonalen Gerichte), Diss. Basel 1993 (passim).

34 Vgl. STOLLEIS, in STOLLEIS (Hrsg.) (FN 12), 35.

35 SCHULZE, in STOLLEIS (Hrsg.) (FN 12), 53.

stellung" zwischen der Einsicht in rechtsgeschichtliche Vorgänge und dem juristischen Erfahrungshorizont der Gegenwart<sup>36</sup>. Sie verfolgt und ergründet "Geschichte bis nahe an die jeweilige Gegenwart heran"<sup>37</sup>.

Bezogen auf die Geschlechtergleichheit legt so die juristische Zeitgeschichte den argumentativen Paradigmenwechsel offen, der im Anschluss an den Wandel des Rollenbildes der Frau in Staat und Gesellschaft erfolgt ist und der letztlich die vor rund 15 Jahren vorgenommene explizite verfassungsmässige Verankerung der Geschlechtergleichheit ermöglicht hat.

### III. Funktionen der juristischen Zeitgeschichte

#### A. Funktion der juristischen Zeitgeschichte im Rahmen der Verfassungsauslegung

Im Rahmen juristischer Zeitgeschichte wird geklärt, wie sich die Gleichstellungsentwicklung vom empirischen Nachweis der politischen und sozialen Diskriminierung der Frau in Staat und Gesellschaft bis hin zu deren Beseitigung präsentiert. Juristische Zeitgeschichte zeigt damit auf, dass dogmatisierte Rechtsregeln nicht für sich allein stehen, sondern aus einem dialektischen Zusammenwirken von induktiv-empirischer Erfassung sozialer Realität einerseits und Elementen einer im ethischen oder politischen Bereich angesiedelten Ideenwelt andererseits entstanden sind. Das spezifisch juristische Erkenntnisinteresse der Erforschung zeitgeschichtlicher Vorgänge liegt demnach im wesentlichen in der Darstellung, wie sich die Baugesetze geltender Rechtsdogmatik aus historischen Prozessen und Ereignissen im dialektischen Zusammenspiel mit der Ideengeschichte entwickelt haben<sup>38</sup>.

Dass Verfassungsdogmatik von der geschichtlichen Dimension lebt<sup>39</sup> und im Entscheidungsfall auch auf sie zurückgreift, ja zurückgreifen muss, wird nicht zuletzt durch die historischen Methoden der Verfassungsauslegung<sup>40</sup> bestätigt.

Auch hierzu liefert die Gleichstellungsproblematik ein ebenso eindrückliches wie berühmtes Beispiel: Noch im Jahre 1957 lehnte es das Bundesgericht – wie eingangs erwähnt – im Fall *Quinche* ab, Art. 23 der Waadtländer Verfassung dahingehend auszulegen, dass die politischen Rechte auch den Frauen zur Verfügung stehen. Zur Begründung führte das Bundesgericht damals im wesentlichen an, dass zur Zeit der Entstehung dieser Waadtländer Verfassungsbestimmung im Jahre 1885<sup>41</sup> nur Männer unter die Begriffe "Schweizer", "Waadtländer" oder "Eidgenossen" subsumiert wurden<sup>42</sup>.

In einem späteren, aus dem Jahr 1977 stammenden Entscheid hat das Bundesgericht angesichts des Wandels des Rollenverständnisses der Frau in Staat und Gesellschaft erkannt, dass der Wortlaut von Art. 4 der Bundesverfassung, wonach alle Schweizer vor dem Gesetz gleich seien, zu eng sei, wenn man ihn ausschliesslich auf Männer

bezieht<sup>43</sup>. In die Gleichheitsgarantie müssten auch die Frauen einbezogen werden. Der Grundsatz der rechtlichen Gleichheit zwischen Mann und Frau sei so tief im Rechtsgefühl verwurzelt, dass eine politische Ungleichbehandlung als Verletzung dieses Prinzips empfunden werde. Denn, so das Bundesgericht wörtlich: "Tout être humain est en droit de se prévaloir de l'égalité devant la loi"<sup>44</sup>.

Anders als 1957 ging diesem Entscheid aus dem Jahre 1977 freilich die Einführung des Frauenstimm- und -wahlrechts auf Bundesebene im Jahre 1971, der Beitritt der Schweiz zur Europäischen Menschenrechtskonvention im Jahre 1974 und die Revision des Kindesrechts von 1976 voraus. Mit dieser Revision hatte man auch "die Abschaffung des väterlichen Willensvorrangs bei der Kindererziehung" verbunden<sup>45</sup>.

Nach der im Jahre 1981 erfolgten Einfügung von Art. 4 Abs. 2 in die Bundesverfassung<sup>46</sup> war schliesslich der Weg frei, auch die vor 1981 von den eidgenössischen Räten gewährleisteten kantonalen Verfassungsbestimmungen über die politischen Rechte, die traditionellerweise nur den Männern zur Verfügung gestellt wurden, einer erneuten Überprüfung zu unterziehen: So befand schliesslich das Bundesgericht 1990 im Fall *Rohner*, dass zu den Begriffen "Landleute" und "Schweizer" in Art. 16 Abs. 1 der Ver-

36 SCHULZE, in STOLLEIS (Hrsg.) (FN 12), 54.

37 SCHULZ (FN 13), 56.

38 STOLLEIS, in STOLLEIS (Hrsg.) (FN 12), 12.

39 Beachte dazu auch R. BÄUMLIN, Staat, Recht und Geschichte, Zürich 1961 (passim).

40 Siehe zu den Methoden der Verfassungsauslegung im allgemeinen statt vieler: E.-W. BÖCKENFÖRDE, Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandesaufnahme und Kritik, in: NJW 29/1976, 2089 ff.

41 Siehe BGE 83 I 180.

42 Dies, obschon bereits am Ende des Zweiten Weltkriegs im Bundesparlament Vorstösse unternommen wurden, den Frauen die politischen Rechte zu verschaffen (siehe BB1 109/1957 I 698 f.) und nachdem Waadtländer Frauen bei den Behörden vergeblich verlangt hatten, ins Stimmregister aufgenommen zu werden (siehe HAÉFLIGER [FN 5], 28). In den Jahren 1952 und 1954 wurden zudem in den Kantonen Gené und Basel-Stadt unter den Frauen Umfragen über die Einführung des Frauenstimm- und -wahlrechts durchgeführt; dabei hatten sich die Frauen grossmehrheitlich für die Einführung des Frauenstimm- und -wahlrechts ausgesprochen. Der Bundesgerichtsentscheid (Fall *Quinche*) ist denn auch in der Lehre auf Kritik gestossen (siehe dazu die in BB1 122/1969 I 96 angeführte Literatur und S. WOODTLI, Gleichberechtigung, Der Kampf um die politischen Rechte der Frau in der Schweiz, zweite, ergänzte A., Frauenfeld 1983, 173 f.).

43 Siehe dazu und zum folgenden: U. HÄFELIN/W. HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 3. neu bearbeitete A., Zürich 1993, N. 98, 33.

44 BGE 103 Ia 519.

45 I. MAHRER Die geschlechtsspezifische Aufgabenteilung unter dem Gesichtspunkt der Menschenwürde, in: K. KLETT/D. YERSIN (Hrsg.), Die Gleichstellung von Frau und Mann als rechtspolitischer Auftrag, Festschrift für MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, Basel/Frankfurt a.M. 1993, 221.

fassung des Kantons Appenzell-Innerrhoden nach geltungszeitlichem Verfassungsverständnis auch die Frauen zuzurechnen sind und sie deshalb auch an Landgemeinden stimmberechtigt mitwirken dürfen<sup>47</sup>. Der Zeitablauf zwischen dem Jahr 1971 einerseits, als gleichzeitig mit der Einführung des Frauenstimm- und -wahlrechts auch der Vorbehalt in Art. 74 Abs. 4 der Bundesverfassung zugunsten des kantonalen Rechts im Bereich der politischen Rechte eingefügt worden war, und 1981 andererseits, als Abs. 2 von Art. 4 der Bundesverfassung, d.h. das Gebot der Gleichbehandlung der Geschlechter, in die Verfassung aufgenommen wurde, sei bei der Beurteilung dieses Vorbehalts mitzubersichtigen. Der "seither eingetretene Wandel des geistigen, sozialen und politischen Entwicklungsstandes"<sup>48</sup> führe dazu, dass Art. 74 Abs. 4 der Bundesverfassung keinen echten Vorbehalt gegenüber Art. 4 Abs. 2 der Bundesverfassung darstelle<sup>49</sup>. Im übrigen hat das Bundesgericht anlässlich dieses Entscheids festgestellt, dass "bei voller Anerkennung der Organisationsautonomie der Kantone ... neun Jahre hätten ausreichen sollen, um den Frauen auch im Kanton Appenzell I. Rh. das Stimmrecht zu gewähren"<sup>50</sup>. Die Übergangsfrist zur Anpassung des kantonalen Rechts an den 1981 eingefügten Abs. 2 von BV Art. 4 sei mittlerweile abgelaufen<sup>51</sup>.

Der Wandel im Verständnis über den Stellenwert der Frau in Staat und Gesellschaft und die sich daran anschliessende verfassungsmässig verankerte Geschlechtergleichheit lassen deutlich werden, dass die Zeitdimension bei der Rechts- und Verfassungsauslegung nicht ausgeklammert werden kann und darf<sup>52</sup>. Dies, obwohl eine klare Dominanz der geltungszeitlichen, ausschliesslich dogmatisch orientierten Verfassungsinterpretation vorherrscht<sup>53</sup>. Gerade die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Geschlechtergleichheit lässt indessen erkennen, dass sowohl ein vornehmlich am Wortlaut orientierter als auch ein rein teleologisch ausgerichtetes verfassungsinterpretatorischer Ansatz nicht genügt, um das Verfassungsrecht hinreichend verstehen und konkretisieren zu können. Gegenwartsbezogene Verfassungshermeneutik bedarf vielmehr zugleich auch des zeitgeschichtlichen Zugangs<sup>54</sup>.

Diese zeithistorische Dimension bei der Verfassungsinterpretation wird wohl künftig zusätzlich an Gewicht gewinnen, wenn die beabsichtigte Nachführung der Bundesverfassung Erfolg haben sollte. Vor allem bei einer in erster Linie textlich, nicht jedoch inhaltlich nachgeführten Verfassung wird die zeitgeschichtliche Auslegung in zunehmendem Masse Bedeutung erhalten, zumal das nur dem Wortlaut gemäss Nachgeführte gestützt auf den ursprünglichen Text und dessen Entstehung zu interpretieren sein wird.

## B. Keine Staatsrechtsdogmatik ohne juristische Zeitgeschichte

Staatsrechtsdogmatik ohne Einbezug zeitgeschichtlicher Elemente erweist sich somit als wenig erspriesslich: "Jedes dogmatische Institut und jede Gesetzesauslegung nimmt das Moment des Geschichtlichen in sich auf"<sup>55</sup>; ein Um-

stand, der wiederum anhand der Gleichstellungsproblematik belegt werden kann.

So brachte die empirisch feststellbare Tatsache, dass die Lohnleichheit zwischen Frau und Mann nicht garantiert war, das Bundesgericht im hiervor erwähnten Entscheid aus dem Jahre 1977 zunächst dazu, Art. 4 der Bundesverfassung noch vor seiner Ergänzung durch einen zusätzlichen Abs. 2 solcherart zu interpretieren, dass gegenüber dem öffentlichrechtlichen Arbeitgeber ein verfassungsmässiges Recht auf Lohnleichheit für eine gleichwertige Arbeit unter Männern und Frauen im öffentlichen Dienst besteht<sup>56</sup>.

Nach der 1981 erfolgten Erweiterung von Art. 4 der Bundesverfassung durch Abs. 2 Satz 3, wonach Mann und Frau – nicht nur in öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis-

46 Siehe zur Genese der Einfügung von Abs. 2 in Art. 4 BV: HAEFLIGER (FN 5), 34 ff. und C. KAUFMANN, Die Gleichstellung von Mann und Frau in der Familie gemäss Art. 4 Abs. 2 Bundesverfassung, Grusch 1985 (passim).

47 BGE 116 Ia 381.

48 BGE 116 Ia 378.

49 Der im Jahre 1971 eingefügte Abs. 4 von Art. 74 wurde bewusst als Vorbehalt zugunsten des kantonalen Rechts zur Regelung der politischen Rechte in die Bundesverfassung eingeführt. Den Kantonen sollte dadurch ausdrücklich die Möglichkeit belassen werden, das Stimm- und Wahlrecht den Männern vorzubehalten (E. GRISEL, BV Art. 75, in J.-F. AUBERT e.a. [Hrsg.], Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1988, Rz 35). Das Bundesgericht stellte allerdings fest, dass es sich dabei nicht um einen echten Vorbehalt zugunsten des kantonalen Rechts handelt, sondern dass damit lediglich Art. 3 der Bundesverfassung bestätigt wird, wonach die Kantone souverän sind, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist (BGE 116 Ia 369). Mit Einfügung von Art. 4 Abs. 2 BV wurde die Organisationshoheit der Kantone zur Regelung der politischen Rechte beschränkt, so dass das Bundesgericht 9 Jahre nach Einfügung von Abs. 2 in BV Art. 4 diesen Absatz als lex posterior höher bewerten und das Frauenstimm- und -wahlrecht dem Kanton Appenzell-Innerrhoden vorschreiben konnte (BGE 116 Ia 378 f.).

50 BGE 116 Ia 380.

51 Siehe dazu BIGLER-EGGENBERGER (FN 2), 3.

52 J.P. MÜLLER, Recht und Zeit, in: R. HERZOG (Hrsg.), Zentrum und Peripherie. Zusammenhänge – Fragmentierungen – Neuansätze, Festschrift für RICHARD BÄUMLIN zum 65. Geburtstag, Chur/Zürich 1992, 103.

53 Dies hat das Bundesgericht bereits in BGE 83 I 179 festgestellt.

54 Das Bundesgericht bringt diesen Umstand im Fall *Rohner* so zum Ausdruck, dass der "Richter ... sich bemühen" muss, "eine Norm in einer Weise anzuwenden, die den gegenwärtigen Gegebenheiten und Auffassungen möglichst entspricht. Er wird daher oft dazu kommen, eine hergebrachte Auslegung aufzugeben, die zur Zeit der Entstehung des Gesetzes zweifellos gerechtfertigt war, sich aber angesichts der Änderung der Verhältnisse oder auch nur wegen der Entwicklung der Anschauungen nicht mehr halten lässt" (BGE 116 Ia 368).

55 WERLE, in STOLLEIS (Hrsg.) (FN 12), 63.

56 BGE 103 Ia 517 ff. = Pra 67/1978, 344 ff.

sen, sondern auch in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen – Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit haben<sup>57</sup>, hat das Bundesgericht diese Bestimmung als Norm mit "Doppelcharakter" bezeichnet: "es handelt sich zugleich um ein Verfassungsrecht und um eine zwingende Regel des Privatrechts"<sup>58</sup>.

Diese Verfassungsbestimmung stellt einen Tatbestand der direkten Grundrechts-Drittwirkung dar, weil sie Frau und Mann auch gegenüber dem privaten Arbeitgeber einen unmittelbar anrufbaren, gerichtlich durchsetzbaren subjektiven Anspruch auf gleiche Lohnzahlung für gleichwertige Arbeit sowohl gegenüber dem öffentlichen als auch gegenüber dem privaten Arbeitgeber vermittelt<sup>59</sup>. Der Anspruch auf gleiche Lohnzahlung besteht also auch unter Privatpersonen unmittelbar aufgrund der Verfassung und bedarf keiner Konkretisierung durch die Legislative. Es handelt sich um eine verfassungsrechtlich verankerte, verbindliche Grundpflicht<sup>60</sup> der Arbeitgeber, Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei gleichwertiger Tätigkeit den gleichen Lohn auszubezahlen.

Dies im Unterschied zu Satz 2 von Art. 4 Abs. 2 der Bundesverfassung, worin eine indirekte Grundrechts-Drittwirkung statuiert und die Legislative – aber auch die Judikative und die Exekutive<sup>61</sup> – angewiesen wird, für die tatsächliche Gleichstellung von Mann und Frau in Familie, Ausbildung und Arbeit zu sorgen<sup>62</sup>.

Wie das Bundesgericht festgestellt hat, wirkt zwar auch Satz 2 in den Bereichen der Familie, Arbeit und Ausbildung als unmittelbar anwendbares und justiziables Grundrecht, weil sich Privatpersonen im Verhältnis zum Staat auf die in Satz 1 festgehaltene Gleichberechtigung von Mann und Frau in Familie, Arbeit und Ausbildung berufen können<sup>63</sup>. Um diese Wirkung jedoch auch im Verhältnis der Privatpersonen untereinander zu erzeugen, bedarf es hierzu – wie erwähnt – zunächst der Konkretisierung durch die Gesetzgebung oder die Judikative.

Obwohl also Satz 2 von Art. 4 Abs. 2 der Bundesverfassung primär keine direkte Wirkung unter Privatpersonen entfaltet<sup>64</sup>, strahlt diese Bestimmung dennoch in den Privatbereich hinein. Bewusst wird damit ein Verstoss gegen den Grundsatz staatlicher Neutralität<sup>65</sup> in politischen Angelegenheiten in Kauf genommen, trägt doch diese Bestimmung den staatlichen Behörden auf, für die Gleichstellung der Geschlechter Partei zu nehmen und die Verfassungswirklichkeit in dieser Hinsicht pro futuro zu gestalten<sup>66</sup>. Mit Satz 2 von Abs. 2 des Gleichheitsartikels hat der Verfassungsgeber dem Umstand Rechnung getragen, dass im Bereich der Geschlechtergleichheit Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit auseinanderklaffen: Zwar ist die rechtliche Diskriminierung der Frauen mit der Einfügung von Art. 4 Abs. 2 in die Bundesverfassung de constitutione lata in formeller Hinsicht beseitigt; hingegen besteht weiterhin eine spürbare faktisch-materielle Ungleichbehandlung, die es aufgrund des in Satz 2 von Abs. 2 enthaltenen Verfassungsauftrags in der sozialen Wirklichkeit zu eliminieren gilt<sup>67</sup>.

*Insgesamt ist festzuhalten, dass die Verankerung der Gleichberechtigung und Gleichstellung von Mann und*

*Frau in Art. 4 Abs. 2 der Bundesverfassung im Rahmen der Verfassungsgerichtsbarkeit ihre eigentliche differenzierte normative Entfaltung erfahren hat. Diese auf dem zeitgeschichtlichen Kontext der Frauendiskriminierung beruhende Verfassungsgerichtsbarkeit erweist sich dank solcher zeithistorischer Verfassungsauslegung letztlich als dogmatisierte juristische Zeitgeschichte<sup>68</sup>.*

Wer sich mit Staatsrechtsdogmatik auseinandersetzt, muss folglich um die Zeit- und Kontextgebundenheit<sup>69</sup> seiner Tätigkeit wissen. Wenngleich zwischen Geschichte und geltender Staatsrechtsdogmatik zweifelsohne Unterschiede bestehen<sup>70</sup>, die nicht verwischt werden dürfen, ist eine strikte Trennung von Verfassungsgeschichte und Verfassungsdogmatik abzulehnen. *Dem die Staatsrechtsdogmatik vermag nur dann sinnvolle und zukunftsweisende Resultate zu liefern, wenn dabei rechtsgeschichtliche und vor allem zeitgeschichtliche Erwägungen einbezogen werden.*

## C. Juristische Zeitgeschichte als Hinweis auf das metajuristische Fundament des Verfassungsrechts

### 1. Juristische Zeitgeschichte als Hinweis auf das ethisch-politische Fundament des Rechts

Juristische Zeitgeschichte weist zudem auf die metajuristischen und insbesondere metakonstitutionellen Bezüge des Verfassungsrechts hin: In diesem Sinn vermag juristische Zeitgeschichte aufzuzeigen, dass es ethische Wahrheiten oder Grundwerte gibt, die den Menschen zwar in

- 57 Siehe zur Entstehung und Bedeutung von BV Art. 4 Abs. 2 Satz 3: BBl 132/1980 I insb. 132 ff.
- 58 Pra 76/1987, 883 (= BGE 113 Ia 111). Siehe dazu T. SUTTER, "Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit" (Art. 4 Abs. 2 Satz 3), in recht 1986, 120 ff.
- 59 BGE 113 Ia 110, 114 Ia 331, 116 Ib 283 und 117 Ia 265. Siehe auch G. MÜLLER, Art. 4 BV (FN 10), Rzn. 141 ff.
- 60 Siehe zur Kategorie der "Grundpflichten": F. HAFNER, Kirchen im Kontext der Grund- und Menschenrechte, Freiburg/Schweiz 1992, 46 ff. mit weiteren Literaturhinweisen.
- 61 M. SCHWANDER CLAUS, Verfassungsmässigkeit von Frauenquoten, Bern 1995, 38.
- 62 BGE 116 Ib 283; BGE in: ZBl. 95/1994, 380 und Reform der Bundesverfassung; Erläuterungen zum Verfassungsentwurf, Bern 1995, 36. Vgl. dazu schon BBl 132/1980 I 132.
- 63 BGE 121 I 98.
- 64 BGE 117 Ia 265.
- 65 Siehe zum Neutralitätsgrundsatz: K. SCHLAICH, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, Tübingen 1972 und U. WEDER, Die innenpolitische Neutralität des Staates. Ihre Bedeutung für die Schweiz, Zürich 1981 (beide passim).
- 66 Vgl. dazu KÄGI-DIENER (FN 33), 130 ff.
- 67 Siehe dazu J.P. MÜLLER, Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung, zweite überarb. Auflage von JÖRG PAUL MÜLLER/STEFAN MÜLLER, Grundrechte – Besonderer Teil, Bern 1991, 232 f. und KÄGI-DIENER (FN 33), 132 f.
- 68 Vgl. J.P. MÜLLER, Recht und Zeit (FN 68), 99.
- 69 WERLE, in STOLLEIS (Hrsg.) (FN 12), 63.

bestimmten, historisch-soziologisch bedingten Situationen verhüllt und unzugänglich sind, die sich aber in gewissen Epochen der Rechtsentwicklung aus ihrer Verborgenheit hervorholen, in den gesellschaftspolitischen Diskurs einbringen und schliesslich als konsensfähig gewordene, gleichsam "geronnene Werte"<sup>71</sup> in Verfassung, Gesetz oder juristischer Dogmatik festschreiben liessen<sup>72</sup>.

## 2. Gleichheit der Menschen und Geschlechtergleichstellung als Ausfluss der Menschenwürde

Bezogen auf die Gleichstellung der Geschlechter geht es darum zu klären, wie sich solcherart aus dem Ensemble der zunächst der philosophischen oder politischen Sphäre zuzurechnenden Menschenrechte rechtlich durchsetzbare Grundrechtsgarantien haben gewinnen lassen<sup>73</sup>. Der fundamentale ethische Wert der Gleichheit der Menschen als Ausfluss der Menschenwürde und Teil der "raison d'humanité" (YEHEZKEL DROR)<sup>74</sup> musste einen langen Weg zurücklegen, bis er sich in allen Belangen rechtlich "verdichten" liess.

Zwar haben ideengeschichtlich betrachtet bereits in der Antike etwa die Sophisten<sup>75</sup> und die Stoiker<sup>76</sup> die natürliche Gleichheit der Menschen erkannt. Gestützt auf dieses stoische Gedankengut hat denn auch das Corpus iuris civilis sowohl in den Institutionen als auch in den Digesten die Sklaverei klar als naturrechtswidrig bezeichnet, daraus jedoch keine rechtlichen Konsequenzen im Hinblick auf die praktische Durchsetzbarkeit dieser philosophischen Erkenntnis gezogen<sup>77</sup>.

*Obgleich philosophisch anerkannt, bereitete es sichtlich Mühe, das Gebot der Gleichbehandlung aller Menschen ins positive Recht zu überführen.*

## 3. Beschränkte Gleichbehandlung der Menschen und mangelhafte Geschlechtergleichstellung in der Vergangenheit

Soweit Bürgern in der Vergangenheit im Rahmen der Gewährleistung von Grund- und Menschenrechten auch Wahlrechte eingeräumt wurden, blieben diese als Privilegien mächtiger Gesellschaftsgruppen zunächst lange Zeit auf wenige Personen beschränkt.

So war in *England* das Wahlrecht noch bis in die zweite Hälfte des letzten Jahrhunderts auf die Adligen und auf eine schmale Schicht von vermögenden männlichen Bürgern begrenzt<sup>78</sup>. In den *USA* waren aufgrund der bis ins Jahr 1865 zugelassenen Sklaverei Menschen mit schwarzer Hautfarbe von den politischen Rechten ausgeschlossen<sup>79</sup>. In *Frankreich* brachte die Revolution die déclaration des droits de l'homme et du citoyen vom 26. August 1789 zwar den Männern die proklamierten Grund- und Menschenrechte. Die Frauen blieben jedoch davon ausgeschlossen, obschon MARIE JEAN CONDORCET in einem Artikel aus dem Jahre 1790 die Frage nach der Beteiligung der Frauen an der Gesetzgebung aufgeworfen hatte<sup>80</sup>. Die Frauen waren denn auch – wie das Beispiel von OLYMPE DE GOUGES zeigt – auf eine eigene Rechteerklärung angewiesen<sup>81</sup>. Ihrer déclá-

ration des droits de la femme et de la citoyenne aus dem Jahre 1789 war freilich kein Erfolg beschieden; OLYMPE DE GOUGES selbst wurde im Jahre 1793 als Gegnerin von MAXIMILIEN DE ROBESPIERRE hingerichtet<sup>82</sup>.

## 4. Realisierung der Rechtsgleichheit und Geschlechtergleichstellung in der Schweiz

Auch in der *Schweiz* vermochte sich der Gleichheitsgedanke nur mit Mühe durchzusetzen, zumal im Jahre 1848 in Art. 4 der Bundesverfassung ausdrücklich festgehalten werden musste, dass es in der Schweiz keine Untertanenverhältnisse, keine Vorrechte des Orts, der Geburt, der Familien oder Personen gibt<sup>83</sup>.

70 RUECKERT, in STOLLEIS (Hrsg.) (FN 12), 28.

71 RUECKERT, in STOLLEIS (Hrsg.) (FN 12), 26.

72 RUECKERT, in STOLLEIS (Hrsg.) (FN 12), 25.

73 Es kommt darauf an, dass Menschenrechte nicht nur in der Sphäre der Philosophie vertreten und "erklärt" werden, sondern dass sie auch als vor unabhängigen Gerichten durchsetzbare Rechte ihre verfassungsmässige Verankerung erhalten. Siehe dazu HAFNER (FN 60), 19 ff.

74 Siehe zum Begriff "raison d'humanité": Y. DROR, Ist die Erde noch regierbar? Ein Bericht an den Club of Rome, aus dem Englischen übersetzt von H.-J. BARON VON KOSKULL, München 1995, 116 ff.

75 Siehe dazu K. VORLAENDER, Philosophie des Altertums, Geschichte der Philosophie I, Hamburg 1963, 59, und E. BLOCH, Naturrecht und menschliche Würde, in DERS., Gesamtausgabe, Bd. 6, Frankfurt a.M. 1977, 20 f.

76 G. OESTREICH, Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriss, Berlin 1968, 17.

77 Dig. 1,5,4 pr. f. = Inst. 1,3,1-2.

78 Siehe dazu G. MANN, Politische Entwicklung Europas und Amerikas 1815–1871, in G. MANN (Hrsg.), Propyläen Weltgeschichte, Band VIII, Frankfurt a. M. 1960, 419 ff., 451 ff. und 546 ff.

79 Erst 1865 wurde im Anschluss an den Sezessionskrieg im 13. Amendment die Sklaverei für unzulässig erklärt. Mississippi hat dieses Amendment erst 1995 symbolisch ratifiziert (siehe NZZ vom 20. Februar 1995 [Nr. 42], 7)!

80 Der Titel lautete "Sur l'admission des femmes au droit de cité" (zit. nach A. KÖLZ, Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte, Ihre Grundlinien vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848, Bern 1992, 83).

81 Im Jahre 1789 hatte die Französin OLYMPE DE GOUGES in ihrer Erklärung der Frauenrechte die politische Gleichberechtigung der Geschlechter, d.h. das aktive und passive Wahlrecht der Frau und ihre Zulassung zu den öffentlichen Ämtern gefordert (siehe dazu BBl 109/1957 I 681 und MAHRER [FN 45], 232 ff.).

82 Siehe dazu WOODTLI (FN 42), 13 f.

83 Auch der vom Bundesrat 1995 vorgelegte Verfassungsentwurf einer nachgeführten Bundesverfassung zählt in Art. 7 Abs. 2 exemplarisch auf, welche rechtlichen Unterscheidungskriterien aufgrund zeitgeschichtlicher Erfahrungen unzulässig sind. Art. 7 Abs. 2 lautet wie folgt: "Niemand darf insbesondere wegen seiner Herkunft, seines Geschlechts, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner sozialen Stellung oder wegen seiner religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung diskriminiert werden." Vgl. auch Art. 10 Abs. 1

#### 4.1. Helvetik und Mediationszeit

Dieser heute noch geltende Wortlaut entspricht im wesentlichen demjenigen von Art. 3 der von NAPOLEON verfassten Bundesverfassung der Mediationsakte vom 19. Februar 1803<sup>84</sup>; in dieser Bestimmung werden ihrerseits Gedanken der zweiten Helvetischen Verfassung aus dem Jahre 1802 aufgenommen, worin zum ersten Mal in einer eidgenössischen Verfassung die Rechtsgleichheit im Sinne eines Verbots von Vorrechten bestimmter helvetischer Bürger explizit geregelt wurde<sup>85</sup>. Bis zu diesem Zeitpunkt war in der Helvetik die Rechtsgleichheit zwar für nichtjüdische<sup>86</sup> Männer in Teilbereichen hergestellt, eine ausdrückliche verfassungsmässige Verankerung der allgemeinen Rechtsgleichheit, in der auch die Frauen einbezogen gewesen wären, fehlte indessen<sup>87</sup>.

#### 4.2. Bundesvertrag und Regenerationszeit

Der von 1815 bis 1848 wirksame Bundesvertrag hielt in seinem § 7 die Gleichheit der Eidgenossen bezüglich der politischen Rechte mit folgendem Wortlaut fest: "Die Eidgenossenschaft huldigt dem Grundsatz, dass so wie es, nach Anerkennung der XXII Kantone, keine Unterthanenlande mehr in der Schweiz gibt, so könne auch der Genuss der politischen Rechte nie das ausschliessliche Privilegium einer Classe der Kantonsbürger sein"<sup>88</sup>.

Diese gewundene Formulierung stellte einen Kompromiss zwischen der Garantie der Rechtsgleichheit im Bereich der politischen Rechte einerseits und der Beachtung der kantonalen Souveränität andererseits dar<sup>89</sup>. De facto war denn auch die Zeit von 1815 bis 1848 dadurch gekennzeichnet, dass selbst in den Regenerationsverfassungen "noch mannigfache Abweichungen von der Gleichbehandlung"<sup>90</sup> namentlich im Hinblick auf die politischen Rechte enthalten waren. Im Vordergrund standen dabei das Zensuswahlrecht<sup>91</sup> und der Ausschluss von Geistlichen vom Wahlrecht oder von der Wählbarkeit<sup>92</sup>, wie er bereits in der ersten Helvetischen Verfassung festgehalten war<sup>93</sup> und in Gestalt des Ausschlusses der Geistlichen von der Wählbarkeit in den Nationalrat noch heute gilt<sup>94</sup>. Zudem wurden auch noch während der Regenerationszeit in gewissen Kantonen wie in Zürich und Basel die Bewohner der Hauptstädte bezüglich der politischen Rechte besser gestellt als die Landbevölkerung<sup>95</sup>. Allerdings handelte es sich dabei nicht mehr um die deutliche Vorherrschaft der Stadt- über die Landbevölkerung wie noch zur Mediations- und Restaurationszeit. Dennoch zerbrach der Kanton Basel im Jahre 1833 in erster Linie wegen der proportionalen Untervertretung der Landbevölkerung im Grossen Rat in einen Stadt- und in einen Landteil; eine Spaltung in zwei Halbkantone, die bekanntlich bis heute andauert.

Das *Frauenwahlrecht* wurde während der Regenerationszeit nicht oder – so die Äusserung des liberalen LUDWIG SNELL aus dem Jahre 1831 über die entsprechende Diskussion im verfassungsgebenden Zürcher Grossen Rat – lediglich "zart erörtert"<sup>96</sup>.

Als eher singulär ist der Vorstoss des Berners BEAT VON LERBER zu betrachten, der im Jahre 1830 in einer an den

Grossen Rat des Kantons Bern gerichteten Bittschrift "die volle Gleichstellung des weiblichen mit dem männlichen Geschlecht" verlangte, "da es nicht angehe, der Mutter die Rechte vorzuenthalten, die dem jungen Sohne zustehen"<sup>97</sup>.

Satz 2 der Berner Kantonsverfassung, wo in ähnlicher Weise ebenfalls exemplarisch verbotene Diskriminierungstatbestände aufgezählt werden (siehe dazu W. KÄLIN/U. BOLZ, Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, Bern/Stuttgart/Wien 1995, 257 f.).

- 84 Siehe E. HIS, Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts, Dritter Band: Der Bundesstaat von 1848 bis 1914, Basel 1938, Art. 3 der Bundesakte lautet wie folgt: "Il n'y a plus en Suisse ni pays sujets, ni privilèges de lieux, de naissance, de personnes ou de familles" (zit. nach A. KOELZ, Quellenbuch zur neueren schweizerischen Verfassungsgeschichte. Vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848, Bern 1992, 177). Siehe auch W. E. RAPPARD, Die Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft 1848–1948. Vorgeschichte, Ausarbeitung, Weiterentwicklung (deutsche Übersetzung durch A. LAETT), Zürich 1948, 193.
- 85 Die zweite Helvetische Verfassung "weist in Ziffer 6 und 7 zum ersten Male eine Formulierung der Rechtsgleichheit auf, die an die geltende Verfassung erinnert" (P. MEYER, Das Prinzip der Rechtsgleichheit in historischer und dogmatischer Betrachtung, Diss. Zürich, Langensalza 1923, 35). Die beiden Ziffern lauten wie folgt: "Art. 6. Es gibt keine Geburtsvorrechte unter den helvetischen Bürgern" und "Art. 7. Keine Ehrentitel noch Vorrang, als die von öffentlichen Stellen herrühren, sind anerkannt" (E. HIS, Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts, Erster Band: Die Zeit der Helvetik und der Vermittlungsakte 1798 bis 1813, Basel 1920, 334).
- 86 "Von der bürgerlichen Gleichheit waren in der Helvetik und in der Vermittlungszeit Juden ausgenommen" (HIS, Erster Band [FN 85], 337).
- 87 Siehe HIS, Erster Band (FN 85), 109 und MEYER (FN 85), 32 f.
- 88 E. HIS, Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts, Zweiter Band: Die Zeit der Restauration und der Regeneration 1814 bis 1848, Basel 1929, 343 ff.
- 89 Siehe MEYER (FN 85), 38.
- 90 KÖLZ (FN 80), 322.
- 91 So beim Wahlrecht etwa in den Kantonen Luzern und Bern, aber auch bei der Wählbarkeit in den erwähnten Kantonen Luzern und Bern sowie im Kanton Aargau. In allen Kantonen wurden die Konkursiten vom Wahlrecht und der Wählbarkeit ausgeschlossen (KÖLZ [FN 80], 322 f.). Siehe auch HIS, Zweiter Band (FN 88), 355 ff.
- 92 Die Kantone Luzern, Bern, Solothurn und Aargau schlossen Priester und Pfarrer entweder vom Wahlrecht oder von der Wählbarkeit aus (KÖLZ [FN 80], 323).
- 93 "Les ministres d'aucun culte ne peuvent exercer de fonctions politiques ni assister aux assemblées primaires" (Art. 26 der ersten Helvetischen Verfassung vom 12. April 1798).
- 94 BV Art. 75.
- 95 Siehe dazu und zum folgenden: HIS, Zweiter Band (FN 88), 345 f.
- 96 Zitat gemäss KÖLZ (FN 80), 322.
- 97 BBl 109/1957 I 690 (= Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Einführung des Frauenstimm- und -wahlrechts in eidgenössischen Angelegenheiten vom 22. Februar 1957).

Der Kanton Bern führte 1833 in seinem Gemeindegesetz das Stimmrecht auf Gemeindeebene auch für die Frauen ein, wenn sie die gleichen Zensusvoraussetzungen wie die Männer erfüllten, also Vermögenswerte besaßen und steuerpflichtig waren<sup>98</sup>. Dieses Recht der Frauen wurde durch das Gemeindegesetz von 1852 auf Ledige und Witwen eingeschränkt<sup>99</sup> und später – d.h. im Jahre 1887 – wieder ganz abgeschafft, "indem der Regierungsrat die Gemeinden in einem Kreisschreiben anwies, die Frauen nicht mehr zur Stimmabgabe zuzulassen"<sup>100</sup>.

In der nur Entwurf gebliebenen *Bundesurkunde der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 15. Dezember 1832, im sogenannten Pakt Rossi*, wurde die Rechtsgleichheit nicht eigens, sondern in Art. 6 Abs. 1 lit. b. im Rahmen der Vorschriften über die Gewährleistung der Kantonsverfassung geregelt; dadurch sollte die Homogenität im Bereich der politischen Rechte der männlichen Schweizer Bürger in den Kantonen hergestellt werden<sup>101</sup>. Die Bundesurkunde sah vor, dass der Bund die Gewährleistung unter anderem nur unter der Bedingung übernimmt, dass die Kantone "die Ausübung der politischen Rechte nach repräsentativen oder demokratischen Formen sichern, dieselbe keiner Bürgerklasse ausschliesslich zuwenden und keine Untertanenverhältnisse zwischen einzelnen Theilen des Kantons dulden"<sup>102</sup>. Auf ein Verbot der Zensuswahl wurde jedoch verzichtet. Eine bundesweite Garantie der politischen Rechte der Frauen war auch in der Bundesurkunde kein Thema.

Wie erwähnt, gab es neben dem fehlenden Frauenstimm- und -wahlrecht in einigen Kantonen noch bis zur Gründung des Bundesstaates im Jahre 1848 Ungleichheiten namentlich bei der Regelung der politischen Rechte. Das hierbei im Vordergrund stehende *Zensuswahlrecht*<sup>103</sup>, das den Ausschluss der nichtvermögenden Bürger von den politischen Rechten bedeutete, betraf auch und gerade die Frauen. Denn Frauen gehörten wegen ihres minderen gesellschaftlichen Standes in der Regel ebenfalls zu den nichtvermögenden Gesellschaftsgliedern. Sie waren in vielen Kantonen nicht handlungsfähig, unterstanden der Geschlechtervormundschaft, besaßen also damit denselben Status wie unmündige Kinder und Jugendliche<sup>104</sup>.

Betrachtet man die Geschichte des Zensuswahlrechts, so zeigt sich, dass sich die Realisierung des Prinzips "ein Mensch eine Stimme" (one man one vote) keineswegs als selbstverständlich erweist. So hat selbst Abbé EMMANUEL JOSEPH SIEYÈS als klassischer Verfechter der Gleichberechtigung der Bürger anlässlich der Französischen Revolution<sup>105</sup> das Wahlrecht auf diejenigen Aktivbürger beschränken wollen, die eine direkte Steuer im Wert von mindestens drei Arbeitstagen zahlen können<sup>106</sup>. Wer nichts zu versteuern hat, soll auch nicht über den Einsatz der Steuermittel, die nicht von ihm stammen, mitbestimmen dürfen; eine Maxime, die in ihrer Umkehrung – "wer stimmt, der steuert" – im übrigen in gewissen Kantonen dazu geführt hat, bloss die Stimmberechtigten mit der Aktivbürgersteuer zu belasten<sup>107</sup>.

Auch der ursprünglich aus Lausanne stammende liberale BENJAMIN CONSTANT unterstützte das Zensuswahlrecht

für das passive Wahlrecht von Parlamentariern, und zwar mit dem Argument, dass die Ausübung dieses Amtes Musse für die nötige Bildung und damit Eigentum voraussetze und dass nur vermögende Männer wirklich unabhängig seien<sup>108</sup>.

Wegen der um das Jahr 1848 verbreiteten Armut und aufgrund des zusätzlichen Ausschlusses der in "Kost und Lohn" stehenden Personen – also vor allem der Dienstboten<sup>109</sup> – von den politischen Rechten waren, wie ALFRED KÖLZ festhält, zur Zeit der Gründung des Bundesstaates wohl nur gegen zwanzig Prozent der Wohnbevölkerung stimm- und wahlberechtigt<sup>110</sup>.

#### 4.3. Bundesverfassung von 1848

Angesichts dessen erstaunt es nicht, dass die explizite Verankerung der Rechtsgleichheit in der Bundesverfassung von 1848 zunächst Diskussionen entfachte, ja sogar mit Widerstand verbunden war. So lehnte es die mit der Revision des Bundesvertrags beauftragte Tagsatzungskommission ab, in Art. 4 Satz 2 der künftigen Bundesverfassung neben den Vorrechten des Orts, der Geburt, der Familien und Personen auch noch diejenigen des Standes und des Vermögens zu verbieten<sup>111</sup>.

Bei der anschliessenden Beratung des Verfassungsentwurfs in der Tagsatzung wurde alsdann sogar vorgeschlagen, den ersten Satz "Alle Schweizer sind vor dem

98 BBl 109/1957 I 691.

99 L. RUCKSTUHL unter Mitarbeit von L. BENZ-BURGER, *Frauen sprengen Fesseln, Hindernislauf zum Frauenstimmrecht in der Schweiz*, Interfeminas Verlag Bonstetten (ohne Jahresangabe), 206.

100 BBl 109/1957 I 691.

101 Siehe dazu und zum folgenden: MEYER (FN 85), 39 f.

102 Siehe KÖLZ (FN 80), 380.

103 Siehe HIS, *Zweiter Band* (FN 88), 355 ff. und KÖLZ (FN 80), 342 ff. Vgl. auch HAEFLIGER (FN 5), 19 f.

104 Siehe dazu E. JORIS und H. WEISS (Hrsg.), *Frauengeschichte(n), Dokumente aus zwei Jahrhunderten zur Situation der Frauen in der Schweiz*, 2. A., Zürich 1987, 343.

105 Siehe zu SIEYÈS auch HIS, *Erster Band* (FN 85), 325.

106 H. FENSKE, *Politisches Denken von der Französischen Revolution bis zur Gegenwart*, in H. FENSKE/D. MERTENS/W. REINHARD/K. ROSEN (Hrsg.), *Geschichte der politischen Ideen*, Frankfurt a.M. 1987, 386.

107 HIS, *Dritter Band* (FN 84), 530. Den Grundsatz "wer stimmt, der steuert" befolgten Zürich, Schaffhausen und Zug noch über das Jahr 1848 hinaus.

108 KÖLZ (FN 80), 237.

109 Namentlich Dienstboten waren in gewissen Kantonen wie etwa in Genf, Basel-Stadt, Zug und Wallis noch über das Jahr 1848 hinaus von den politischen Rechten ausgeschlossen (siehe HIS, *Dritter Band* [FN 84], 510).

110 KÖLZ (FN 80), 323. Im Jahre 1841 waren in Luzern von einer Bevölkerung von 124521 Personen nur deren 23444 stimm- und wahlberechtigt (KÖLZ [FN 80], 344).

111 MEYER (FN 85), 40 (mit Hinweis auf das Protokoll über die Verhandlungen der am 16. August 1847 von der Tagsatzung mit der Revision des Bundesvertrages beauftragten Kommission).

Gesetze gleich" ganz zu streichen, und zwar mit der Begründung, er entspreche nicht vollkommen der Wahrheit, weil die Israeliten eine mindere Stellung hätten<sup>112</sup>. Ferner wurde vergeblich vorgeschlagen, die in Satz 2 erwähnten verbotenen Vorrechte auf die politischen Rechte zu beschränken<sup>113</sup>. Für die Teilhabe an den politischen Rechten wurde nämlich in etlichen Kantonen die Zugehörigkeit zu einer christlichen Konfession und im Kanton Luzern sogar die Zugehörigkeit zur katholischen Konfession verlangt<sup>114</sup>. Zudem vermied man es in der Tagsatzung, zugleich die ungleich behandelten kantonsfremden schweizerischen Niedergelassenen und das in gewissen Kantonen noch immer geltende Zensuswahlrecht zur Diskussion zu stellen. Von der Ungleichbehandlung der Frauen war schon gar nicht die Rede.

*Die 1848 in Art. 4 der Bundesverfassung festgehaltene Gleichheitsgarantie hatte somit wie der 133 Jahre später im Jahre 1981 eingefügte Abs. 2 zunächst primär programmatischen Gehalt, galt es doch die erwähnten Ungleichbehandlungen namentlich im Hinblick auf die politischen Rechte pro futuro zu beseitigen*<sup>115</sup>.

#### 4.4. Totalrevisionen der Bundesverfassung von 1872 und 1874

Vereinzelt konnten sich denn auch solche Ungleichheiten noch über das Jahr 1848 hinaus erhalten. So wurde die Bestimmung in der Verfassung des Kantons Appenzell-Innerrhoden, wonach nur an der Landsgemeinde teilnehmen durfte, wer den christlichen Religionsunterricht besucht hatte, erst 1876 – also erst nach der Totalrevision der Bundesverfassung im Jahre 1874 – gestrichen<sup>116</sup>.

Das *Frauenstimm- und -wahlrecht* war sowohl im von Volk und Ständen verworfenen ersten Totalrevisionsentwurf aus dem Jahre 1872 als auch in der schliesslich erfolgreichen Totalrevision von 1874 nicht zur Sprache gekommen, wenn man von einer 1872 nicht berücksichtigten Petition des Berner Ehepaars VON MAY VON RÜED zur Verankerung des Frauenstimmrechts in der totalrevidierten Bundesverfassung absieht<sup>117</sup>.

Die *Einschränkung der Niederlassungsfreiheit für die jüdische Bevölkerung* galt noch bis ins Jahr 1866, also solange, bis in der einzigen unter dem Régime der Verfassung von 1848 angenommenen Verfassungsrevision auch den nichtchristlichen Schweizer Bürgern die Niederlassungsfreiheit garantiert worden war<sup>118</sup>. Auch das Zensuswahlrecht bestand in gewissen Kantonen über das Jahr 1848 hinaus weiter<sup>119</sup>.

Der in der Bundesverfassung von 1848 enthaltene *Ausschluss der Geistlichen von der Wählbarkeit in den Nationalrat* wurde zwar im von Volk und Ständen abgelehnten Totalrevisionsentwurf von 1872 gestrichen<sup>120</sup>; auf Antrag des Ständerates wurde er jedoch wieder in die Bundesverfassung von 1874 aufgenommen<sup>121</sup>. Er gilt – wie hiervor erwähnt – heute noch<sup>122</sup> und ist selbst in dem 1995 vom Bundesrat vorgelegten Entwurf einer nachgeführten Bundesverfassung nicht beseitigt<sup>123</sup>.

#### 4.5. Entwicklung nach 1874

Die *Geschlechtervormundschaft* wurde erst durch das Bundesgesetz betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit aus dem Jahre 1881 für alle *unverheirateten Frauen* in der ganzen Eidgenossenschaft aufgehoben<sup>124</sup>. Für die *verheirateten Frauen* galt die kantonale Gesetzgebung weiter, so dass sich die Geschlechtervormundschaft für die Ehefrauen in einigen Kantonen bis 1912, dem Jahr des Inkrafttretens des schweizerischen Zivilgesetzbuches, aufrechterhalten konnte<sup>125</sup>. Die Regelung des Eherechts im Zivilgesetzbuch enthielt freilich immer noch frauenbevormundende Elemente<sup>126</sup>, die sich erst anlässlich der 1988 in Kraft getretenen Eherechtsrevision beseitigen liessen. Der Ausschluss der Frauen vom eidgenössischen Stimm- und Wahlrecht dauerte – wie bereits erwähnt – bis ins Jahr 1971<sup>127</sup>.

112 Siehe KÖLZ (FN 80), 589 (mit Hinweis auf die Verhandlungen vom 16. Mai 1848). Vgl. auch RAPPARD (FN 84), 193 f.

113 Dies entsprechend einem Antrag der Gesandtschaft von Solothurn (siehe Nachweis bei W. BURCKHARDT, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1974, 3. A., Bern 1931, 24).

114 His, Zweiter Band (FN 88), 359.

115 Vgl. dazu P. CARONI, Ungleiches Recht für alle, Vom Werden des ungleichen und nicht systemwidrigen Privatrechts, in: R. HERZOG (Hrsg.), Zentrum und Peripherie. Zusammenhänge – Fragmentierungen – Neuansätze. Festschrift für RICHARD BÄUMLIN zum 65. Geburtstag, Chur/Zürich 1992, insb. 109 f. (die Überlegung CARONIS zum Privatrecht, wonach zwischen formeller und materieller Ungleichheit eine "funktionale Beziehung" herrscht, lässt sich auch auf das Verfassungsrecht übertragen).

116 His, Dritter Band (FN 84), 528.

117 Siehe dazu WOODTLI (FN 42), 12.

118 Durch entsprechende Änderung der Bundesverfassung von Art. 41 und 48 der Bundesverfassung von 1848 (siehe dazu His, Dritter Band [FN 84], 517 f. und RAPPARD [FN 84], 308 ff.).

119 His, Dritter Band (FN 84), 529 f.

120 Bulletin der Verhandlungen der Schweiz. Bundesversammlung über die Revision der Bundesverfassung. Ständerath. Bern 1872, 397 ff.

121 Siehe dazu P. KARLEN, Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Schweiz, Zürich 1988, 156 f. mit weiteren Hinweisen.

122 BV Art. 75.

123 Nach Art. 121 des Verfassungsentwurfs von 1995 können in den Nationalrat, in den Bundesrat und in das Bundesgericht alle Stimmberechtigten *weltlichen Standes* gewählt werden (Hervorhebung durch FH).

124 Bundesgesetz betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit vom 22. Brachmonat 1881. Siehe dazu die Botschaft des Bundesrates in BBl 31/1879 III 764 ff. und DELFOSSE (FN 4), 160.

125 JORIS und WEISS (FN 104), 343.

126 Dies, obwohl sich auch die frühe Frauenbewegung zum Zivilgesetzbuch vernehmen liess (siehe dazu S. BENZ, Die Forderungen der frühen Frauenbewegung an ein schweizerisches Zivilgesetzbuch, in: Arbeitsgruppe Frauengeschichte Basel [Hrsg.], Auf den Spuren weiblicher Vergangenheit, Beiträge der 4. Schweizerischen Historikerinnentagung, Zürich 1988, 125 ff.).

Auch heute noch sind nicht alle Problemfelder der Gleichbehandlung beseitigt, wenn man sich etwa die Situation der in der Schweiz niedergelassenen *Ausländerinnen und Ausländer* vor Augen führt, die nicht in den Genuss der politischen Rechte aller Schweizer Bürgerinnen und Bürger gelangen können<sup>128</sup>. *Die Gleichbehandlungsproblematik thematisiert heute somit vor allem auch den Umgang mit kulturellen und nationalen Minderheiten*<sup>129</sup>. Soweit solche Minderheiten das Bürgerrecht besitzen, liegt die Chance in Reichweite, dass ihre Anliegen dank der ihnen zur Verfügung stehenden politischen Rechte eines Tages mehrheitsfähig werden<sup>130</sup>. Die Realisierung dieser Chance bleibt freilich in weiterer Ferne, wenn der betreffenden Personengruppe keine politischen Rechte zur Verfügung stehen, wenn sie also allein auf die Beeinflussung öffentlicher Meinungs- und Willensbildungsprozesse angewiesen ist, ohne sich selbst daran mit eigenen politischen Rechten beteiligen zu können.

Auch hierzu erweist sich die Gleichstellungsproblematik als exemplarisch: 1959 lehnten die stimmberechtigten Männer die Einführung des Frauenstimm- und -wahlrechts auf eidgenössischer Ebene im Verhältnis von 2 zu 1 ab. Öffentlicher Druck namentlich von Frauen und Frauenverbänden, parlamentarische Vorstösse<sup>131</sup>, aber vor allem auch der beabsichtigte Beitritt der Schweiz zur Europäischen Menschenrechtskonvention<sup>132</sup> und die Einführung des Frauenstimm- und -wahlrechts in diversen Kantonen<sup>133</sup> hatten bewirkt, dass 1971 wiederum ausschliesslich die Männer das Frauenstimm- und -wahlrecht auf eidgenössischer Ebene im Verhältnis von 2 zu 1 durch eine entsprechende Änderung von Art. 74 der Bundesverfassung angenommen haben<sup>134</sup>.

Die Zeitdimension kann somit durchaus bewusstseinsbildend wirken, umso mehr als gerade das Beispiel der Geschlechtergleichstellung im politischen Bereich belegt, dass sich im Zuge eines gesamtgesellschaftlichen Aufklärungsprozesses ein zunächst eingeschränkter Kreis privilegierter Personen – bestehend aus den mündigen Männern mit Schweizer Bürgerrecht – dazu bereitgefunden hat, ihr Stimm- und Wahlrecht mit den Frauen zu teilen: Dank der politischen Rechte ist es überdies möglich, solchen Entwicklungen Rechnung zu tragen und Anliegen, die vom Volk zunächst verworfen worden sind, im Verlaufe der Zeit nochmals zur Entscheidung zu bringen<sup>135</sup>.

*Gesamthaft betrachtet kann festgehalten werden, dass juristische Zeitgeschichte auch ein Licht auf das ethische und politische Fundament des Rechts wirft*<sup>136</sup>. Sie zeigt auf, wie sich ethische Erkenntnisse, die in den politischen Diskurs eingebracht worden sind, zu positivem Recht entwickelt haben; sie dient damit auch der Aufklärung und Bildung über die ethisch-politischen Wurzeln des geltenden Rechts.

#### D. Zukunftsdimension der juristischen Zeitgeschichte

Neben diesen rückwärts gewandten Blick, den die juristische Zeitgeschichte vermittelt, tritt – vor allem im

Zusammenhang mit dem erwähnten ethisch-politischen Element im Recht – zugleich auch eine nach vorwärts gerichtete Dimension der juristischen Zeitgeschichte. Mittels zeitgeschichtlicher Analyse wird nämlich nicht nur aufgedeckt, was im Recht bereits schon realisiert ist, sondern können vielmehr auch jene ethischen oder politischen Postulate offengelegt werden, die sich noch nicht verfas-

127 Nachdem 1959 ein erster Anlauf zur Einführung des Frauenstimm- und -wahlrechts auf eidgenössischer Ebene gescheitert war. Zuvor wurde auf parlamentarischer Ebene versucht, diese Rechte für die Frauen auf Bundesebene einzuführen; so etwa bereits im Jahre 1918 durch die Motionen GREULICH und GOETTISHEIM (siehe dazu und zu weiteren parlamentarischen Vorstössen im Zusammenhang mit dem Frauenstimm- und -wahlrecht in der Schweiz: RUCKSTUHL [FN 99], 23 ff.).

128 Siehe dazu D. BUSER, Das Ausländerstimmrecht aus juristischer Sicht, in AJP/PJA 1995 403 ff.

129 VORMBAUM, in (Hrsg.) STOLLEIS (FN 12), 79.

130 Vgl. J.P. MÜLLER, Recht und Zeit (FN 52), 98.

131 Siehe BBl 122/1970 I 61 f. (= Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Einführung des Frauenstimm- und -wahlrechts in eidgenössischen Angelegenheiten vom 23. Dezember 1969).

132 Die anstehende Unterzeichnung der EMRK hatte den Druck in rechtspolitischer Hinsicht erhöht, die Frage des Frauenstimm- und -wahlrechts auf eidgenössischer Ebene zu bereinigen (siehe WOODTLI [FN 42], 209 ff.; vgl. auch BBl 120/1968 II 1142 f.): So wurde 1969 in einer Motion des Sozialdemokraten ARNOLD vom Bundesrat verlangt, dass er dem Parlament einen Beschlusssentwurf zu Art. 74 BV vorlege, wonach diese Bestimmung spätestens auf den Zeitpunkt des Beitritts zur EMRK in authentischer Interpretation so auszulegen sei, dass unter den Begriff "Schweizer" übereinstimmend mit Art. 4 BV auch Frauen fallen. Zwar wurde die Motion von den Räten abgelehnt, jedoch anschliessend eine Verfassungsänderung zwecks Einführung des Frauenstimm- und -wahlrechts ausgearbeitet (BBl 122/1970 I 63 und 97 sowie HAEFLIGER [FN 5], 82).

133 So (jeweils bezogen auf das Stimm- und Wahlrecht auf kantonaler Ebene) 1959 in den Kantonen Waadt und Neuenburg, 1960 im Kanton Genf, 1966 im Kanton Basel-Stadt, 1968 im Kanton Basel-Landschaft, 1969 im Kanton Tessin und 1970 im Kanton Wallis (vgl. dazu BBl 122/1970 I 70 ff. und HAEFLIGER [FN 5], 30 ff.).

134 Siehe dazu GRISEL (FN 49), Entstehungsgeschichte. Beachte auch "Als die Suffragetten nicht mehr schreckten. 25 Jahre eidgenössisches Frauenstimmrecht" und "Es hängt den Stimmbürgern zum Halse heraus! Acht Anläufe zum kantonalen Frauenstimmrecht", in: NZZ vom 6. Februar 1996 (Nr. 30), 15 und 55.

135 Vgl. J.P. MÜLLER, Recht und Zeit (FN 52), 98 und DERS., Demokratische Gerechtigkeit, Eine Studie zur Legitimität rechtlicher und politischer Ordnung, München 1993, 152.

136 MAIER, in STOLLEIS (Hrsg.) (FN 12), 21.

sungsrechtlich verankern liessen oder die trotz ihrer verfassungsrechtlichen Positivierung in faktischer Hinsicht noch nicht hinreichend beachtet werden.

Der Zeitgeschichte kommt damit eine Funktion zu, die in erheblichem Masse in die Zukunft hinein wirkt; eine Funktion, die mit der vom Philosophen ERNST BLOCH vertretenen dialektischen Gegenüberstellung zwischen dem "jetzt schon" und dem "noch nicht" verglichen werden kann, zumal im "jetzt schon" stets auch bereits das "noch nicht" angelegt ist<sup>137</sup>. In diesem Sinne weist juristische Zeitgeschichte auf Lücken im Recht hin und deckt Versäumnisse und Mängel auf, wo ethische oder politische Postulate noch nicht verfassungsrechtlich verankert und faktisch-empirisch beachtet werden.

Es braucht nicht speziell hervorgehoben zu werden, dass die Gleichstellungsproblematik ein weites Feld noch einzulösender Postulate in sich birgt, die sich aus einer Beschäftigung mit der zeitgeschichtlichen Entwicklung der Geschlechtergleichheit ergeben<sup>138</sup>. Zwar liess sich in der Bundesverfassung das Gleichbehandlungsgebot der Geschlechter festschreiben; in der Verfassungsrealität sind jedoch etliche materielle gleichstellungsrechtliche Ansprüche, die sich aus Abs. 2 von Art. 4 der Bundesverfassung zugunsten der Frauen ergeben, noch nicht hinreichend erfüllt.

So muss die in Art. 4 Abs. 2 Satz 3 der Bundesverfassung statuierte Lohngleichheit der Geschlechter für gleichwertige Arbeit mit JEAN-FRANÇOIS AUBERT "im gegenwärtigen Zeitpunkt als Misserfolg bezeichnet werden"<sup>139</sup>, weil dieses Verfassungsgebot de facto noch keineswegs verwirklicht ist<sup>140</sup>. Und auch im Hinblick auf die Repräsentation der Frauen in politischen und richterlichen Gremien besteht ein offensichtliches faktisches Defizit an Gleichstellung. So sind die Frauen in Parlamenten, Regierungen und Gerichten noch immer stark untervertreten; dies als Ausdruck eines Mangels an Chancengleichheit<sup>141</sup>, dem unter anderem auch mittels Quotenregelungen abgeholfen werden soll<sup>142</sup>.

Die zeitgeschichtliche Beschäftigung mit den Realien macht deutlich, dass der verfassungsrechtliche Gestaltungsauftrag zur Gleichstellung der Geschlechter in Familie, Ausbildung und Arbeit noch nicht in allen Teilen erfüllt ist. Aus zeitgeschichtlicher Warte lässt sich somit feststellen, dass die Intentionen bei der Verankerung von Abs. 2 von Art. 4 der Bundesverfassung im Jahre 1981 über den Stand des heute Realisierten hinausgegangen sind<sup>143</sup>. Der in Art. 4 eingefügte Abs. 2 widerspiegelt demzufolge nicht die soziale Wirklichkeit, sondern bildet Programm und Richtlinie für das staatliche Handeln zur Umsetzung des verfassungsmässig aufgegebenen Auftrags<sup>144</sup>. Der verfassungsrechtlich verankerten, formellen Gleichberechtigung muss eine effektive und materielle – d.h. tatsächliche – Geschlechtergleichstellung folgen<sup>145</sup>. Vergleicht man heute das bereits Verwirklichte mit dem zeitgeschichtlich Aufgegebenen, so lassen sich diejenigen Defizite benennen, die es im Hinblick auf die Erfüllung des Verfassungsauftrags durch einen effektiven Vollzug des am 1. Juli 1996 in Kraft tretenden eidgenössischen Gleichstellungsgesetzes<sup>146</sup> oder durch zusätzliche gesetzgeberische Massnahmen zu beseitigen gilt.

## IV. Risiken juristischer Zeitgeschichte

### A. Risiken

Obschon – wie die Ausführungen zeigen – juristische Zeitgeschichte Chancen in sich birgt und ihre Nützlichkeit ausser Zweifel steht<sup>147</sup>, verbinden sich mit zeitgeschichtlichen Analysen auch Risiken<sup>148</sup>.

Vor allem die mangelnde historische Distanz zum Forschungsgegenstand kann den Blick für eine nüchterne Betrachtungsweise verstellen. Es stellt sich damit das hermeneutische Problem, dass je nach der zeitlichen Nähe des Forschungsgegenstandes subjektive Vorverständnisse in die Bewertung zeitgeschichtlicher Vorgänge einfließen<sup>149</sup>, die eine objektive zeithistorische Untersuchung erschweren oder gar verunmöglichen<sup>150</sup>. Die zeitgeschichtliche Reflexion ist wegen der Nähe zur Gegenwart immer noch Teil

137. Siehe dazu etwa E. BLOCH, Das Prinzip Hoffnung, Kapitel 17, Frankfurt a. M. 1977, 224 ff.

138. VORMBAUM, in STOLLEIS (Hrsg.) (FN 12), 75.

139. AUBERT (FN 1), Nr. 1783<sup>bis</sup>, 1119.

140. BIGLER-EGGENBERGER (FN 2), 2.

141. Siehe zum Begriff "Chancengleichheit" als Aspekt von Art. 4 BV: B. WEBER-DÜRLER, Chancengleichheit und Rechtsgleichheit, in Festschrift für ULRICH HAEFELIN, Zürich 1989, 205 ff.

142. Siehe dazu D. BUSER, Die Zulässigkeit der Quotierung von Parlamentsmandaten, in AJP/PJA 1994 330 ff., G. MUELLER, Quotenregelung – Rechtsetzung im Spannungsfeld von Gleichheit und Verhältnismässigkeit, in ZBl. 91/1990, 306 ff. und SCHWANDER CLAUS (FN 61) (passim). Welche Probleme sich bei der Durchsetzung der Quotenregelung bei der Stellenbesetzung selbst durch gleich qualifizierte Personen stellen, belegt das die Quotierung ablehnende Urteil des EuGH vom 17. Oktober 1995 (vgl. dazu YVO HANGARTNER, gleichen Zugang von Männern und Frauen zu öffentlichen Ämtern, Bemerkung zum Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften im Fall Kalanke, AJP/PJA 1995 1554 ff.) und ASTRID EPINEY/NORA REFAEIL, Chancengleichheit: ein teilbarer Begriff?, Zur Zulässigkeit von "Bevorzugungsregeln" im Anschluss an das Urteil des EuGH in der RS. 450/93 – Kalanke, AJP/PJA 1996 179 ff.).

143. Siehe dazu J. P. MÜLLER, Grundrechte (FN 67), 132 f. und KÄGI-DIENER (FN 33), 132 f.

144. Siehe BIGLER-EGGENBERGER (FN 2), 4.

145. In diesem Zusammenhang ist auch auf Art. 10 Abs. 3 der Berner Verfassung hinzuweisen, wonach Kanton und Gemeinden die tatsächliche Gleichstellung von Mann und Frau fördern (siehe dazu KÄLIN/BOLZ [Hrsg.] [FN 83], 259 ff.).

146. Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24. März 1995.

147. R. SCHROEDER, in STOLLEIS (Hrsg.) (FN 12), 44.

148. R. SCHROEDER in STOLLEIS (Hrsg.) (FN 12), 46.

149. Schon HERODOT, der als Vater der Geschichte gilt und von dem der Begriff "Historie" stammt, hat sich bei seiner an sich objektiven zeitgeschichtlichen Schilderung der Entwicklung des antiken Griechenlands während des 5. Jahrhunderts vor Christus in hohem Masse von Subjektivismen leiten lassen (siehe dazu SCHULZ [FN 13], 36).

150. J. SCHROEDER, in STOLLEIS (Hrsg.) (FN 12), 40.

der eigenen Lebenswelt und politisch-sozialen Einbindung. Es dürfte schwer fallen und ist in vielen Fällen praktisch unmöglich, sich "von dieser bewusstseinsmässigen Einbindung zu befreien"<sup>151</sup>. Juristische Zeitgeschichte ist deshalb keinesfalls a priori interessenfrei und apolitisch; sie kann im Gegenteil einen eminent politischen Charakter erhalten<sup>152</sup>. Sie kann vom momentanen Zeitgeist geprägt sein, so dass zeitgeschichtliche Forschungsergebnisse unter anderen Zeitumständen anders ausfallen können.

Die Gefahr ist deshalb nicht von vorneherein von der Hand zu weisen, dass juristische Zeitgeschichte dazu benutzt werden kann<sup>153</sup>, um bestimmte normative Lagen zu zementieren, während sich die zugrundeliegende soziologische Realität längst in anderer Richtung weiterentwickelt hat; ein Missbrauch der Geschichte, den bereits FRIEDRICH NIETZSCHE in seinen "unzeitgemässen Betrachtungen" angeprangert hat<sup>154</sup>. Obschon der Wert der Geschichte und insbesondere der Zeitgeschichte ausser Zweifel steht, ist deshalb gleichwohl dem Jerusalemer Politologen YEHEZKEL DROR beizupflichten, dass "das historische Denken ... nicht zur geistigen Zwangsjacke"<sup>155</sup> werden darf.

Bezogen auf die Gleichberechtigungproblematik kann in diesem Zusammenhang auf eine Äusserung von CLAUDIA KAUFMANN, ehemalige Leiterin des Eidgenössischen Büros für Gleichberechtigung von Frau und Mann, hingewiesen werden. KAUFMANN hält im Hinblick auf die allfällige Verwendung rechtshistorischer Auslegungsmethoden im Bereich der Geschlechtergleichstellung folgendes fest: "Für Juristinnen und Juristen ist es immer verlockend, bei der Beurteilung einer Bestimmung auf ihre Entstehungsgeschichte näher einzutreten. So erhellend und rechtshistorisch höchst interessant dieser 'Blick zurück' meist auch ist, darf er doch für die Würdigung einer Norm aus *heutiger* Sicht nicht alleine ausschlaggebend sein. Die rein historische Auslegung ist gerade im Gleichstellungsbereich gefährlich und zugleich einengend. Die gesellschaftlichen Verhältnisse können sich seit der gesetzlichen Verankerung sehr verändert haben, heute überholte Argumente der Gesetzgebung müssen die damals getroffene Massnahme noch nicht zwingend als veraltet erscheinen lassen, vor allem können aber auch in der Zwischenzeit ganz neue, damals noch unbeachtet gebliebene Aspekte von grosser Relevanz sein. Namentlich hat auch das Verständnis des in der Verfassung verankerten Gleichstellungsauftrages eine Entwicklung erfahren, die für die verfassungsmässige Interpretation einer Norm von Bedeutung sein kann"<sup>156</sup>. KAUFMANN gelangt deshalb zum Ergebnis, dass gegenüber rein historisch begründeten Interpretationen Skepsis angezeigt sei.<sup>157</sup>

## B. Risikobegrenzung

Freilich sollten sich die skizzierten Gefahren und Risiken zeitgeschichtlichen Denkens durch sorgfältiges methodisches Vorgehen eingrenzen lassen<sup>158</sup>: So gehört es eigentlich zur Beachtung der "leges artis" juristischer Methodik, dass zeitgebundene Erkenntnisinteressen reflektiert und offengelegt werden. Auch bei zeitgeschichtlicher Analyse

ist deshalb juristisch korrekt vorzugehen und die sachlogische Argumentation soweit als möglich von subjektiven Wertungen auseinanderzuhalten; im Bewusstsein freilich, dass sich Logik und Wertung letztlich nicht vollständig trennen lassen, sondern dass juristische Argumentation a priori immer auch von zeitgebundenen subjektiven Vorverständnissen mitgeprägt ist<sup>159</sup>.

## V. Schlussbemerkungen

Abschliessend sollen die Ausführungen in folgenden Kernthesen zusammengefasst werden:

1. Der Begriff "Zeitgeschichte" entstammt der Geschichtswissenschaft. Seit dem Zweiten Weltkrieg wird er als "juristische Zeitgeschichte" vor allem in der Bundesrepublik Deutschland auch im Bereich der Rechtsgeschichte verwendet.
2. Juristische Zeitgeschichte beschäftigt sich mit historischen Forschungsgegenständen, die eine gewisse Nähe zur Gegenwart aufweisen. In der Schweiz empfiehlt es sich, die verfassungsrechtliche Zeitgeschichte mit der Gründung des Bundesstaates im Jahre 1848 beginnen zu lassen.
3. Trotz klarer Dominanz der geltungszeitlichen, ausschliesslich dogmatisch orientierten Verfassungsinterpretation kann und darf bei der Verfassungsauslegung die Zeitdimension nicht ausgeklammert werden. Staatsrechtsdogmatik ist deshalb nur dann in der Lage, sinn-

151 VORMBAUM, in STOLLEIS (Hrsg.) (FN 12), 74.

152 R. SCHROEDER in STOLLEIS (Hrsg.) (FN 12), 46.

153 DROR (FN 74), 103.

154 Gemäss NIETZSCHE ist die "besonders schlimme Wahrnehmung" zu machen, "dass man die Ausschweifungen des historischen Sinnes, an denen die Gegenwart leidet, absichtlich fördert, ermutigt und – benutzt" (F. NIETZSCHE, *Unzeitgemässe Betrachtungen* [Zweites und viertes Stück], in *Werke* in zwei Bänden, Band I, Zürich 1977, 167).

155 DROR (FN 74), 202.

156 C. KAUFMANN, Gleichberechtigung und Sonderrechte für Frauen – (k)ein Widerspruch? in K. KLETT/D. YERSIN (Hrsg.), *Die Gleichstellung von Frau und Mann als rechtspolitischer Auftrag*, Festschrift für MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, Basel/Frankfurt a.M. 1993, 157, 170 f.

157 Diese Skepsis ist auch im Falle des "Historikerstreits" über die Frage, ob der aus dem Jahr 1945 stammende Auftrag zur Schaffung einer Mutterschaftsversicherung gemäss Art. 34<sup>quingies</sup> Abs. 4 BV erfüllt ist, angebracht (siehe dazu B. VOGEL, *Der Historikerstreit um die Mutterschaftsversicherung*, in *BaZ* vom 8. Februar 1996 [Nr. 33], 10). Bei der Beantwortung dieser Frage ist nämlich zu beachten, dass der Auftrag zur Schaffung der Mutterschaftsversicherung im Lichte des 1981 in die Verfassung aufgenommenen Gleichstellungsauftrages in Art. 4 Abs. 2 BV eine neue Dimension erhalten hat.

158 Gemäss SCHULZE, in STOLLEIS (Hrsg.) (FN 12), 54.

159 R. A. RHINOW, *Rechtsetzung und Methodik. Rechtstheoretische Untersuchungen zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung*, Basel/Stuttgart 1979, 136 mit Hinweisen auf H.-G. GADAMER.

volle und zukunftsweisende Resultate zu liefern, wenn rechtsgeschichtliche und vor allem zeitgeschichtliche Erwägungen einbezogen werden.

4. Juristische Zeitgeschichte vermag ein Licht auf das ethische und politische Fundament des Rechts zu werfen. Sie dient der Aufklärung und Bildung, weil sie aufzeigt, wie sich ethische Erkenntnisse zu positivem Recht entwickelt haben.
5. Der juristischen Zeitgeschichte kommt eine Dimension in die Zukunft hinein zu. Juristische Zeitgeschichte deckt nicht nur auf, was im Recht bereits schon realisiert ist, sondern legt vielmehr auch jene ethischen oder politischen Postulate offen, die sich noch nicht rechtlich verankern liessen oder die trotz ihrer rechtlichen Positivierung in faktischer Hinsicht noch nicht hinreichend beachtet werden.
6. Mit zeitgeschichtlichen Analysen verbinden sich auch Risiken<sup>160</sup>. Vor allem die mangelnde historische Distanz zum Forschungsgegenstand kann den Blick für eine objektive Betrachtungsweise verstellen.
7. Diese Gefahren lassen sich dadurch eingrenzen, dass bei der Untersuchung zeitgeschichtlicher Vorgänge Erkenntnisinteressen offengelegt und Sachlogik und subjektive Wertung möglichst auseinandergehalten werden.

160 R. SCHROEDER, in STOLLEIS (Hrsg.) (FN 12), 46.

1. La notion d'"histoire contemporaine" provient de la science historique. Depuis la Deuxième Guerre mondiale, on utilise le concept d'"histoire juridique contemporaine" également dans le domaine de l'histoire du droit, et ce surtout en République Fédérale d'Allemagne.

2. L'histoire juridique contemporaine s'occupe de domaines de recherches qui présentent une certaine proximité avec le présent. En Suisse, on fait généralement remonter l'histoire constitutionnelle contemporaine à la création de l'Etat fédéral en 1848.

3. Malgré une dominante claire de l'interprétation de la constitution propre au temps moderne et exclusivement orientée de façon dogmatique, on ne peut ni ne doit ignorer la dimension temporelle lors de l'interprétation. La dogmatique constitutionnelle n'est en mesure de livrer les résultats utiles et utilisables à l'avenir que lorsque des éléments relatifs à l'histoire du droit et à l'histoire contemporaine sont pris en compte.

4. L'histoire juridique contemporaine veut lever le voile sur les fondements politiques du droit. Elle a pour but l'information et l'éducation, car elle démontre comment des découvertes éthiques se sont développées jusqu'à devenir du droit positif.

5. Il revient à l'histoire juridique contemporaine une dimension dans le futur. L'histoire juridique contemporaine ne couvre pas seulement ce qui a déjà été réalisé par le droit mais expose bien plutôt les postulats éthiques et politiques qui n'ont pas encore été repris par le droit ou qui, malgré leur transposition au niveau législatif, ne sont pas encore assez respectés dans les faits.

6. Des risques sont aussi liés à l'analyse de l'histoire contemporaine. C'est surtout le cas du manque de distance historique qui sépare le chercheur de l'objet de l'étude, ce qui peut nuire à une analyse objective de la situation.

7. Ces dangers peuvent être limités par le fait que lors de recherches au sujet d'événements contemporains les pôles d'intérêt sont clairement exposés et que la logique des faits est séparée au maximum de l'appréciation subjective.

Antonio Fossetti, lic. en droit