

27. September 2018

Die rechtlichen Rahmenbedingungen von Förderungsmaßnahmen für Frauen

Das Wichtigste in Kürze

Als Förderorgan des Bundes für die wissenschaftliche Forschung ist der SNF an die Grundrechte gebunden. Er ist verpflichtet, im Rahmen seiner Förderungstätigkeit und Zuständigkeiten der Gleichberechtigung von Frau und Mann einen hohen Stellenwert einzuräumen (Artikel 8 Absatz 3 der Bundesverfassung). Dies bedeutet einerseits, dass der SNF Frauen und Männer gleich behandeln muss. Andererseits bedeutet es aber auch, dass der SNF *Förderungsmaßnahmen* für Frauen ergreifen muss, die zur tatsächlichen Gleichstellung von Frauen und Männern beitragen, soweit diese nicht verwirklicht ist.

Zwischen dem Gebot der Gleichbehandlung von Frau und Mann und der Förderungspflicht gegenüber Frauen besteht ein *Spannungsverhältnis*. Um dieses aufzulösen, sind im konkreten Fall das Interesse an der Gleichbehandlung und das Interesse an der Herstellung der tatsächlichen Gleichstellung gegeneinander abzuwägen. Das Bundesgericht hat hierzu in seiner Praxis Vorgaben entwickelt. Die *Förderungsmaßnahmen des SNF* erfüllen diese Vorgaben des Bundesgerichts.

Was genau wirkungsvolle Forschungsförderung für Frauen beinhalten sollte, ist unter Abwägung verschiedener Aspekte zu entscheiden. Der SNF entwickelt die diesbezüglichen Überlegungen stets weiter. Er wird Gleichstellungsmassnahmen jedenfalls auch weiterhin grosse Aufmerksamkeit schenken, so auch in seinen Planungen (Mehrjahresprogramm 2021-2024).

Inhalt

1.	Die Förderungsmassnahmen des SNF	3
2.	Rechtliche Rahmenbedingungen von Förderungsmassnahmen	4
2.1	Bindung des SNF an die Grundrechte	4
2.2	Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV)	4
2.2.1	Rechtsgleichheit in der Rechtsetzung	5
2.2.2	Rechtsgleichheit in der Rechtsanwendung	7
2.3	Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV)	7
2.4	Gleiche Rechte für Mann und Frau (Art. 8 Abs. 3 BV)	9
2.4.1	Grundsatz der Gleichberechtigung (Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV)	9
2.4.2	Gesetzgebungsauftrag (Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV)	11
2.4.3	Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Quoten	17
2.4.4	Rechtsetzung zu Quoten	22
2.4.5	Tendenz der Rechtsentwicklung zu Förderungsmassnahmen	23
2.4.6	Quoten im SNF	24
3.	Beurteilung der Förderungsmassnahmen	24
3.1	Allgemeines	24
3.2	Erhöhung des «Spending Levels» für Forscherinnen auf Stufe Assistenzprofessur	26
3.2.1	Gegenstand der Massnahme	26
3.2.2	Rechtsgrundlage	26
3.2.3	Verhältnismässigkeit	26
3.2.4	Ergebnis	26
3.3	Gleichstellungsbeitrag	26
3.3.1	Gegenstand der Massnahme	26
3.3.2	Rechtsgrundlage	27
3.3.3	Verhältnismässigkeit	27
3.3.4	Ergebnis	27
3.4	PRIMA-Beiträge	27
3.4.1	Gegenstand der Massnahme	27
3.4.2	Rechtsgrundlage	27
3.4.3	Verhältnismässigkeit	28
3.4.4	Ergebnis	28
3.5	Masters Internships for Women	28
3.5.1	Rechtsgrundlage	28
3.5.2	Verhältnismässigkeit	28
3.5.3	Ergebnis	28
3.6	Temporäre Massnahmen für Wissenschaftlerinnen mit Gesuchen beim European Research Council (ERC)	28
3.6.1	Allgemeines	28
3.6.2	Rechtsgrundlage	29
3.6.3	Verhältnismässigkeit	29
3.6.4	Ergebnis	29
4.	Abschliessende Betrachtungen	29

1. Die Förderungsmassnahmen des SNF

Der SNF verwirklicht und unterstützt entsprechend seinem Leitbild für die Gleichstellung in der Forschungsförderung¹ verschiedene Massnahmen für die Förderung von Frauen. So hat das Forschungsratspräsidium im Rahmen des Mehrjahresplans 2017-2020 eine generelle *Erhöhung des «Spending Levels»* für Forscherinnen auf Stufe Assistenzprofessur bei allen Förderinstrumenten (nicht nur bei der Karriereförderung) vorgesehen. Aus finanziellen Gründen konnten in der Folge nicht alle Massnahmen umgesetzt werden (Verzicht auf Erhöhung des «Spending Levels»). Eine umgesetzte Massnahme ist dagegen der *Gleichstellungsbetrag*, welchen Forscherinnen erhalten können (Ziff. 2.21 u. Anhang 7 des Ausführungsreglements [AR]).

Des Weiteren gewährt der SNF hervorragenden Wissenschaftlerinnen aller Disziplinen nach dem Doktorat oder mit einer gleichwertigen Forschungserfahrung, die eine akademische Karriere im Hinblick auf eine Professur in der Schweiz anstreben *PRIMA-Beiträge*². In der Leistungsvereinbarung 2017-2020 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, vertreten durch das Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation (SBFI) und dem SNF sind dafür 40 Millionen Franken geplant³.

Im Auftrag des Bundes finanziert der SNF mit namhaften Beiträgen die Entstehung neuer Forschungsschwerpunkte in der Schweiz, dies im Rahmen der Programmförderung für die Nationalen Forschungsschwerpunkte (NFS). Massnahmen für die angemessene Beteiligung der Frauen in den NFS gehören dabei zum vertraglich vorgeschriebenen Pflichtprogramm. Beispielhaft sei auf eine solche Massnahme des Nationalen Forschungsschwerpunkts (NFS) «Robotics»⁴. Der NFS «Robotics» ist ein Forschungskonsortium der ETH Lausanne («Leading House»⁵), der ETH Zürich («Co-leading House»), der Universität Zürich und der Universität der italienischsprachigen Schweiz (USI). Im Rahmen des NFS «Robotics» werden alljährlich drei *«Masters Internships for Women»* vergeben. Dabei handelt es sich um drei- bis sechsmonatige Praktika in einem NFS-Robotics-Laboratorium, die ausschliesslich für Master-Studentinnen bestimmt sind, die in einem Gebiet mit Bezug zur Robotik studieren⁶.

Und schliesslich förderte der SNF bis Ende 2017 durch temporäre Massnahmen die *Erhöhung der Beteiligung von Wissenschaftlerinnen aus den Geistes- und Sozialwissenschaften an Ausschreibungen des European Research Council (ERC)*, indem vom ERC abgelehnte Gesuche beim SNF unter erleichterten Bedingungen beim SNF nochmals eingereicht werden konnten⁷.

Der SNF hat alle diese Massnahmen nach Prüfung und Einschätzung ihrer Rechtmässigkeit eingeführt. Nachfolgend wird die rechtliche Zulässigkeit von speziellen Gleichstellungsmassnahmen

¹ Leitbild des SNF für die Gleichstellung von Frau und Mann vom 15./16. Januar 2008.

² [Reglement über die Gewährung von PRIMA-Beiträgen](#) vom 25. Januar 2017, Art. 1 Abs. 1; «PRIMA» steht dabei als Buchstabenkurzwort für «Promoting Women in Academia» (s. Anm. 1 des PRIMA-Reglements).

³ S. Anhang zur [Leistungsvereinbarung 2017-2020](#).

⁴ <https://www.nccr-robotics.ch/nccr-robotics/what-is-nccr-robotics/>; www.snf.ch > Fokus Forschung > Projekte & Resultate > NFS > NFS Robotik; vgl. Art. 11 Abs. 1 der Verordnung zum Bundesgesetz über die Förderung der Forschung und der Innovation (V-FIFG).

⁵ «Heiminstitution» gemäss Art. 10 Abs. 1 Bst. b V-FIFG.

⁶ <https://www.nccr-robotics.ch/students-academics/masters-internships-for-women/>.

⁷ [Temporäre Massnahmen für Wissenschaftlerinnen mit Gesuchen beim ERC](#), Reglement des Nationalen Forschungsrates vom 15. September 2015, Ziff. 1.

vertieft dargestellt. Hierzu werden zunächst die rechtlichen Rahmenbedingungen erläutert (Ziff. 2). Anschliessend werden die Frauenförderungsmassnahmen des SNF daraufhin geprüft, ob sie diese Rahmenbedingungen einhalten (Ziff. 3).

Die Rechtskonformität von Gleichstellungsmassnahmen ist bisweilen Gegenstand von Anfragen. Eine solche betraf beispielsweise die oben erwähnten «Masters Internships for Women» im NFS «Robotics». Die nachfolgenden Ausführungen des Rechtsdiensts des SNF dienen als Hintergrundwissen und Erläuterung der Rechtmässigkeit von Gleichstellungsmassnahmen.

2. Rechtliche Rahmenbedingungen von Förderungsmassnahmen

2.1 Bindung des SNF an die Grundrechte

Wer eine staatliche Aufgabe wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen (Art. 35 Abs. 2 BV). Auch Private, die vom Staat übertragene Aufgaben wahrnehmen, sind an die Grundrechte gebunden⁸. Grundrechtsbeschränkungen durch Private bedürfen demnach einer gesetzlichen Grundlage, die den Anforderungen der Verfassung genügt⁹.

Der SNF ist das Förderorgan des Bundes für die wissenschaftliche Forschung (Art. 4 u. Art. 10 Abs. 1 FIFG). Er nimmt eine staatliche Aufgabe wahr und ist somit zur Einhaltung der Grundrechte verpflichtet. Durch seine Förderungstätigkeit hat er einen erheblichen Einfluss darauf, wer mit öffentlichen Mitteln forschen und sich wissenschaftlich weiterentwickeln kann. Seine diesbezügliche Praxis ist damit grundrechtsrelevant und hat dem *Geschlechtergleichheitsgebot* von Art. 8 Abs. 3 BV zu entsprechen¹⁰. Dies gilt sowohl für die Rechtsanwendung (z. B. die Bewilligungspraxis zu den Forschungsförderungsgesuchen bzw. die Verteilung der Förderungsgelder), als auch für die Rechtsetzung. Einschränkungen des Geschlechtergleichheitsgebots müssen den Anforderungen der Verfassung genügen.

Zum besseren Verständnis dieses Gebots wird nachfolgend zunächst der Gehalt der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) und des Diskriminierungsverbots (Art. 8 Abs. 2 BV) dargestellt, bevor vertieft auf das Geschlechtergleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 3 BV) eingegangen wird.

2.2 Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV)

«Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.» – Zu den zentralen Grundrechten gehört die in Art. 8 BV garantierte Rechtsgleichheit. Art. 8 Abs. 1 BV hält den Grundsatz fest, dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind. Er ist von allen Staatsorganen in allen Funktionen zu beachten, also nicht

⁸ BGE 140 I 205, E. 5 (Zofingue); Ulrich Häfelin / Walter Haller / Helen Keller / Daniela Thurnherr, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Rz. 277.

⁹ Illustrativ ist hierzu BGE 139 I 306, E. 4.1: Die AGBs der SRG sind keine genügende gesetzliche Grundlage im Sinne von Art. 36 BV für die Verweigerung der Ausstrahlung eines SRG-kritischen Werbespots durch die SRG; Martin Wyss, Der diskrete Charme des Legalitätsprinzips, in: Felix Uhlmann (Hrsg.), Das Legalitätsprinzip in Verwaltungsrecht und Rechtsetzungslehre, Zürich / St. Gallen 2017, S. 87 f.

¹⁰ So in Bezug auf die Praxis der Universitäten Regula Kägi-Diener, Besprechung BGE 131 II 361, AJP 2006, S. 108.

nur bei der Rechtsanwendung, sondern auch bei der Rechtsetzung; insofern ist der Wortlaut von Art. 8 Abs. 1 BV zu eng¹¹.

2.2.1 Rechtsgleichheit in der Rechtsetzung

Die Rechtsgleichheit gebietet, vergleichbare Sachverhalte gleich und unterschiedliche Sachverhalte unterschiedlich zu behandeln. Es gilt für die Rechtsetzung in allen Erlassformen und auf sämtlichen Ebenen der staatlichen Tätigkeit (Bund, Kantone und Gemeinden)¹².

Knüpft ein Erlass an zwei vergleichbare Sachverhalte die genau gleichen Rechtsfolgen an, spricht man von *absoluter Gleichbehandlung*. Die Bundesverfassung verlangt nur in wenigen Bereichen absolute Gleichbehandlung, so in Art. 8 Abs. 3 BV betreffend gleicher Rechte für Mann und Frau¹³. Das Rechtsgleichheitsgebot von Art. 8 Abs. 1 BV verlangt demgegenüber nur eine *relative Gleichbehandlung*: Gleiches ist nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln. Eine Ungleichbehandlung muss dabei durch *sachliche und vernünftige Gründe* und *erhebliche tatsächliche Unterschiede* gerechtfertigt sein. Was solche Unterschiede sind, bestimmt sich nach der herrschenden Rechtsauffassung bzw. den herrschenden Wertanschauungen¹⁴. Zu deren Objektivierung können Hilfsmittel beitragen, z.B. neuere Gesetzgebungsrevisionen auf Bundesebene oder gesamtschweizerische Gesetzgebungstendenzen; bei Erlassen mit einem bestimmten Zweck, der nicht in Zweifel gezogen wird, kann auch die darin zum Ausdruck kommende Haltung des Gesetzgebers ein Urteil über erhebliche tatsächliche Unterschiede oder wesentliche tatsächliche Gleichheit ermöglichen. Die herrschende Wertanschauung unterliegt sodann dem zeitlichen Wandel, so dass die Frage, ob eine rechtliche Unterscheidung zulässig ist, zu verschiedenen Zeiten verschieden beantwortet wird¹⁵.

So betrachtete das Bundesgericht den Ausschluss von Frauen vom Anwaltsberuf 1887 nicht als Verstoß gegen die Rechtsgleichheit¹⁶, während es 1923 keinen Grund mehr für deren Nichtzulassung erkennen konnte¹⁷. 1957 liess das Bundesgericht offen, ob der Begriff «Schweizer» in Bezug auf das kantonale Stimmrecht so ausgelegt werden könne, dass

¹¹ Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr (Anm. 8), Rz. 747.

¹² Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr (Anm. 8), Rz. 750.

¹³ Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr (Anm. 8), Rz. 752.

¹⁴ Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr (Anm. 8), Rz. 752 ff.

¹⁵ Vgl. Beatrice Weber-Dürler, Rechtsgleichheit, in: Daniel Thürer / Jean-François Aubert / Jörg Paul Müller, Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 41 Rz. 13.

¹⁶ BGE 13 I, E. 2. (Emilie Kempin): «Nun erscheint aber nach der jedenfalls zur Zeit noch zweifellos herrschenden Rechtsanschauung die verschiedene rechtliche Behandlung der Geschlechter auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts, speziell in Bezug auf das Recht der Bethätigung im öffentlichen Leben, als eine der innern Begründung keineswegs entbehrende. Als im Widerspruche mit Art. 4 der Bundesverfassung stehend, kann daher eine kantonalesgesetzliche Norm, welche die Frauen von der Parteivertretung vor Gericht ausschließt, jedenfalls nicht erachtet werden.»

¹⁷ BGE 49 I 14, S. 19 f. (Dora Roeder): «Par suite des transformations d'ordre économique et social qui se sont produites au cours des dernières décades, les femmes ont été obligées d'étendre leur activité à des domaines qui autrefois paraissaient réservés aux hommes (...). La différence de sexe n'est donc plus en elle-même une raison suffisante pour refuser aux femmes l'accès à telle profession déterminée; on doit encore rechercher si

es auch die Frauen umfasse¹⁸, doch 1990 zögerte es nicht mehr, in Appenzell Innerrhoden das Frauenstimm- und -wahlrecht direkt und ohne Gewährung einer Übergangsfrist einzuführen, und dies erst noch nur wenige Monate nachdem die Landsgemeinde die Einführung deutlich abgelehnt hatte¹⁹. Das Bundesgericht hielt andererseits eine Feuerwehrdienstpflicht nur für Männer noch 1986 für zulässig²⁰, also deutlich nach dem am 14. Juni 1981, an dem Art. 4 Abs. 2 BV in Kraft getreten war, der die Gleichstellung von Mann und Frau ohne Rücksicht auf die hergebrachten Vorstellungen über die Rolle der Geschlechter vorschreibt²¹; erst 1997 vermochte es keine Gründe für eine solche Ungleichbehandlung mehr zu erkennen²².

Trifft ein Erlass Unterscheidungen, für die kein sachlicher und vernünftiger Grund ersichtlich ist, oder unterlässt er solche, obwohl sie getroffen werden müssten, ist die Rechtsgleichheit verletzt: Bei Eingriffen in die Rechtsgleichheit geht es um erlaubte oder unerlaubte Kriterien der Differenzierung, nicht um die Einschränkung des Grundrechts. Die von Art. 36 BV aufgestellte Ordnung für die Einschränkung von Grundrechten ist deshalb nicht für die Rechtsgleichheit und die daraus abgeleiteten Grundrechte wie Schutz vor Willkür und Wahrung von Treu und Glauben konzipiert²³.

les conditions particulières de cette profession rendent les femmes inaptes à l'exercer. Or tel n'est certainement pas le cas de la profession d'avocat. Dans de nombreux cantons, les femmes sont autorisées (...) à pratiquer le barreau (...). Seuls des préjugés et des conceptions surannées motivant ainsi l'exclusion des femmes qui résulte de la loi fribourgeoise, elle apparaît comme une restriction inadmissible de la liberté garantie par l'art. 31 Const. féd. et par conséquent la patente qui pour cette unique raison a été refusée à la recourante doit lui être accordée.»

¹⁸ BGE 83 I 181, E. 6 (Antoinette Quinche). Das Stimmrecht war in der Waadtländer Verfassung geregelt, die von der Bundesversammlung gewährleistet worden war. Das Bundesgericht überprüfte die Verfassungsmässigkeit der Bestimmung deshalb nicht.

¹⁹ Appenzell Innerrhoden war der letzte Kanton, der das Frauenstimm- und Wahlrecht noch nicht kannte und sogar dessen Einführung an der Landsgemeinde vom 29. April 1990 abgelehnte hatte; BGE 116 Ia 359 vom 27. November 1990, E. 10 (Theresa Rohner).

²⁰ ZBI 88/1987 S. 306 E. 4c/aa.

²¹ Art. 4 der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 lautete: «Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich. Es gibt in der Schweiz keine Untertanenverhältnisse, keine Vorrechte des Orts, der Geburt, der Familien oder Personen.» Durch Volksabstimmung vom 14. Juni 1981 wurde der bisherige Artikel 4 zu Artikel 4 Absatz 1, und folgender Absatz 2 wurde angefügt: «Mann und Frau sind gleichberechtigt. Das Gesetz sorgt für ihre Gleichstellung vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit. Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit.»

²² BGE 123 I 56, E. 2. (Sils-Domleschg).

²³ Botschaft über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1, S. 194. Weber-Dürler (Anm. 15, § 41 Rz. 15) sieht es hingegen so, dass die Rechtsgleichheit im Unterschied zu den Freiheitsrechten keine zulässigen Einschränkungen kenne; bei einer Verletzung der Rechtsgleichheit sei es also nicht möglich, einen Eingriff unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV zu rechtfertigen. Allerdings würde ein Erlass, der unsachliche oder unvernünftige Unterscheidungen trifft oder nötige Unterscheidungen unterlässt, stets auch an den Prüfkriterien von Art. 36 BV (Verhältnismässigkeit, öffentliches Interesse, Schutz von Grundrechten Dritter) scheitern.

2.2.2 Rechtsgleichheit in der Rechtsanwendung

Die Rechtsnormen sind von den rechtsanwendenden Verwaltungsbehörden und Gerichten von Bund, Kantonen und Gemeinden in allen gleich gelagerten Fällen in gleicher Weise anzuwenden. Diese Bindung der rechtsanwendenden Behörden an Art. 8 Abs. 1 BV ist v.a. dort wichtig, wo die anzuwendenden Normen unbestimmte Begriffe verwenden oder den Behörden ein Ermessen einräumen²⁴.

Das Bundesgericht vertritt den Standpunkt, eine rechtsungleiche Behandlung könne grundsätzlich nur angefochten werden, wenn sie von der gleichen Behörde ausgeht²⁵. Eine Ausnahme macht es für den Fall, dass zwar zwei verschiedene Behörden entschieden haben, aber eine von ihnen sich in einer ähnlichen Lage befand, wie wenn sie beide Entscheidungen gefällt hätte²⁶.

2.3 Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV)

«Niemand darf diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung.» – Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV will Personen, die zu einer bestimmten Gruppe gehören, welche historisch oder in der gegenwärtigen sozialen Wirklichkeit tendenziell ausgegrenzt oder als minderwertig angesehen wird, vor sozialer Ausgrenzung schützen²⁷. Eine Diskriminierung liegt vor, wenn eine Person allein aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer solchen Gruppe ungleich behandelt wird²⁸.

Eine Diskriminierung bewirkt eine Benachteiligung der davon betroffenen Personen, die als Herabwürdigung oder Ausgrenzung einzustufen ist, weil sie an Unterscheidungsmerkmalen anknüpft, die einen wesentlichen und nicht oder nur schwer aufgebaren Teil ihrer Identität ausmachen.

Eine Regelung kann *direkt* oder unmittelbar diskriminierend sein, indem sie die unzulässige Unterscheidung selbst vornimmt. Sie kann aber auch *indirekt* oder mittelbar diskriminierend wirken, wenn sie keine offensichtliche Benachteiligung von spezifisch gegen Diskriminierung geschützten Gruppen vorsieht, in ihren tatsächlichen Auswirkungen aber eine solche bewirkt, ohne dass dies sachlich begründet wäre²⁹.

Art. 8 Abs. 2 BV listet beispielhaft einige *verpönte Unterscheidungsmerkmale* auf; es handelt sich um Eigenschaften, die die Betroffenen nicht oder kaum ändern können (wie Alter oder Geschlecht)

²⁴ Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr (Anm. 8), Rz. 765.

²⁵ BGE 138 I 321, E. 5.3.6; s. die Kritik dazu bei Weber-Dürler (Anm. 15), § 41 Rz. 21, m. w. Hinw.; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr (Anm. 8), Rz. 766.

²⁶ BGE 91 I 169, E. 1.

²⁷ Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr (Anm. 8), Rz. 774.

²⁸ BGE 139 I 292, E. 8.2.1; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr (Anm. 8), Rz. 774.

²⁹ BGE 8C_696/2016, E. 3.3 («Eine indirekte Diskriminierung liegt vor, wenn eine formal geschlechtsneutrale Regelung im Ergebnis wesentlich mehr bzw. überwiegend Angehörige des einen Geschlechts gegenüber denjenigen des anderen benachteiligt, ohne dass dies sachlich begründet wäre.»); BGE 139 I 169 E. 7.2.1 (Nicht-einbürgerung von geistig Behinderten mangels eigenen Willens zur Einbürgerung); 138 I 205 E. 6.2 (Bemessung des IV-Einkommens von Fahrenden anhand der statistischen Daten der Durchschnittsbevölkerung).

oder deren Änderung ihm nach den Wertvorstellungen, die den Grundrechten zugrunde liegen, nicht zumutbar ist, wie Lebensform oder weltanschauliche Überzeugungen³⁰.

Weil sie an solche verpönte Unterscheidungsmerkmale anknüpft, gilt eine Diskriminierung als *qualifizierte Ungleichbehandlung* von Personen in vergleichbaren Situationen und als *Verstoss gegen das Gebot zur Achtung der Menschenwürde* nach Art. 7 BV³¹. Anders als beim allgemeinen Gleichheitsgebot ist somit im Bereich der für das Diskriminierungsverbot typischen Anknüpfungstatbestände die *absolute Gleichbehandlung* der Normalfall, die Differenzierung die Ausnahme³².

Unterschiedliche Regelungen, die an ein verpöntes Unterscheidungsmerkmal anknüpfen, sind jedoch nicht von vorneherein ausgeschlossen. Vielmehr begründet die Anknüpfung an ein verpöntes Unterscheidungsmerkmal zunächst den blossen Verdacht einer unzulässigen Differenzierung. Dieser kann nur durch eine *qualifizierte Rechtfertigung* beseitigt werden: Es müssen *triftige und ernsthafte Gründe* vorliegen, die sich aus den tatsächlichen Unterschieden ergeben, damit eine rechtliche Ungleichbehandlung vor der Verfassung standhält. Ob dies der Fall ist, kann zu verschiedenen Zeiten verschieden beantwortet werden³³.

Manchmal sind Verschiedenbehandlungen, die an eines der genannten Unterscheidungsmerkmale anknüpfen, sogar geradezu nötig, wie z.B. ein Mindestalter als Voraussetzung für die zivilrechtliche Handlungsfähigkeit und die Ausübung der politischen Rechte, oder die Berücksichtigung der speziellen Bedürfnisse von Menschen mit Behinderung im Baurecht oder der besonderen Anliegen von religiösen Minderheiten im Schulrecht³⁴.

Auch positive Ungleichbehandlungen, mit spezifischen und üblicherweise vorübergehenden *Förderungsmassnahmen* zugunsten besonders benachteiligter Gruppen («affirmative action»), die den Ausgleich früherer oder aktueller Diskriminierung bezwecken, können verfassungsmässig nicht nur zulässig, sondern unter Umständen sogar geboten sein, denn gerade mittelbare Diskriminierungen können oft nicht durch blosses Aufheben einer angefochtenen Regelung korrigiert werden. Aus Art. 8 Abs. 2 BV i. V. m. Art. 35 BV folgt die Verpflichtung der mit staatlichen Aufgaben betrauten Organe, im Rahmen ihrer Kompetenzen festgestellte Diskriminierungen zu beseitigen³⁵. Dass Förderungsmassnahmen, die an das Geschlecht oder eine Behinderung anknüpfen, zulässig sind, ergibt sich bereits aus Art. 8 Abs. 3 u. 4 BV. Förderungsmassnahmen dürfen Dritte jedoch nicht in unzumutbarer Weise benachteiligen. Beispiele für Förderungsmassnahmen sind z.B. Medienkampagnen oder die Einrichtung von speziellen Behörden wie das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann³⁶.

³⁰ Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr (Anm. 8), Rz. 774.

³¹ BGE 2C_723/2015, E. 3.1; 139 I 292, E. 8.2.1; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr (Anm. 8), Rz. 774.

³² BGE 138 I 265, E. 4.2.1.

³³ BGE 2C_723/2015, E. 3.1; 140 I 201, E. 6.4.2; 138 I 265, E. 4.2.1; 116 V 198, E. II.2.a/bb; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr (Anm. 8), Rz. 774.

³⁴ Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr (Anm. 8), Rz. 774.

³⁵ Rainer J. Schweizer, in: Bernhard Ehrenzelle / Benjamin Schindler / Rainer J. Schweizer / Klaus A. Vallender, Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich / St. Gallen 2014, Art. 8 BV, Rz. 59; Bundesamt für Justiz, Rechtsstellung der Fahrennden in der Schweiz hinsichtlich ihrer Eigenschaft als anerkannte nationale Minderheit, Gutachten vom 27. März 2002, [VPB 66.50](#), Ziff. 3.3.2.

³⁶ S. a. Art. 3 Abs. 3 GIG; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr (Anm. 8), Rz. 774.

Art. 8 Abs. 2 BV begründet im Übrigen – im Unterschied zu Art. 8 Abs. 3 BV – keinen individualrechtlichen Anspruch darauf, dass faktische Gleichheit hergestellt wird. Mit anderen Worten enthält das Diskriminierungsverbot *kein Egalisierungsgebot*³⁷.

Massnahmen, die über die Beseitigung von mittelbaren Diskriminierungen hinausgehen, sind eigentliche *Privilegierungen*. Ein Beispiel für eine Privilegierung sind Quoten. Bei einem Konflikt zwischen solchen Massnahmen und formalrechtlicher Gleichstellung muss eine Interessenabwägung erfolgen, da beides gleichwertige Anliegen sind³⁸.

2.4 Gleiche Rechte für Mann und Frau (Art. 8 Abs. 3 BV)

Art. 8 Abs. 3 BV konkretisiert das Verbot der Diskriminierung auf Grund des Geschlechts von Art. 8 Abs. 2 BV³⁹. Ob eine Geschlechterdiskriminierung vorliegt, wird deshalb auf der Grundlage von Art. 8 Abs. 3 BV als *lex specialis* zu Art. 8 Abs. 2 BV beurteilt⁴⁰.

Art. 8 Abs. 3 BV garantiert wie eingangs erwähnt eine *absolute rechtliche Gleichheit*. Im Gegensatz zu Art. 8 Abs. 1 BV, der von einer relativen Gleichheit ausgeht, vermögen sachliche und vernünftige Gründe eine ungleiche Behandlung von Mann und Frau nicht zu rechtfertigen⁴¹. Allerdings gehen besondere Verfassungsnormen, die auf Grund des Geschlechts Unterscheidungen vornehmen, als *lex specialis* vor (so Art. 59 Abs. 1-3 BV, Militärdienst; Art. 61 Abs. 3 BV, Zivilschutz)⁴².

2.4.1 Grundsatz der Gleichberechtigung (Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV)

«Mann und Frau sind gleichberechtigt.» – Das Gebot der Gleichbehandlung richtet sich an alle staatlichen Organe und vermittelt einen unmittelbaren Anspruch betroffener Frauen und Männer auf Gleichbehandlung. Der Geschlechtsunterschied darf kein Kriterium für eine rechtsungleiche Behandlung durch den Staat sein. Ausnahmen sind nur gerechtfertigt, wo geschlechtsspezifische Sachzwänge eine geschlechtsspezifische Sonderlösung geradezu gebieten, wie z.B. die besondere Schutzbedürftigkeit der Frau als Schwangere oder Mutter⁴³. Nach ständiger Praxis des Bundesgerichts ist eine unterschiedliche Behandlung von Mann und Frau nur dann zulässig, «wenn auf dem Geschlecht beruhende *biologische oder funktionale Unterschiede* eine Gleichbehandlung absolut ausschliessen»⁴⁴. Für eine Ungleichbehandlung ist also eine qualifizierte Begründung nötig⁴⁵.

³⁷ BGE 141 I 9, E. 3.1, m. w. Hinw. Das Bundesgericht hielt hier fest: «Für die Beseitigung faktischer Benachteiligungen behinderter Personen besteht vielmehr ein eigenständiger verfassungsrechtlicher Beseitigungsauftrag (Art. 8 Abs. 4 BV), welchen der Gesetzgeber zu konkretisieren hat.». S. a. Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr (Anm. 8), Rz. 774.

³⁸ Schweizer (Anm. 35), Rz. 60, unter Berufung auf BGE 125 I 21, E. 3d/cc; vgl. unten, Ziff.2.4.2.

³⁹ BGE 140 I 201, E. 209.

⁴⁰ Schweizer (Anm. 35), Rz. 69.

⁴¹ Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr (Anm. 8), Rz. 779.

⁴² BGE 2C_583/2015, E. 2.1.

⁴³ Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr (Anm. 8), Rz. 780.

⁴⁴ BGE 129 I 265, E. 3-2; 125 I 21, E. 3a; 123 I 56, E. 2. (betr. Feuerwehrdienstersatz).

⁴⁵ Margrith Bigler-Eggenberger / Regula Kägi-Diener, in: Bernhard Ehrenzeller / Benjamin Schindler / Rainer J. Schweizer / Klaus A. Vallender, Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich / St. Gallen 2014, Art. 8 BV, Rz. 103.

Das Kriterium des *funktionalen Unterschieds* ist in der Praxis kaum von Bedeutung; es darf jedenfalls nicht dazu dienen, auf traditionellen Rollenvorstellungen beruhende Unterschiede beizubehalten, denn eine solche Festschreibung der Rollenverteilung zwischen Mann und Frau will die Bestimmung gerade verhindern⁴⁶. *Biologische Unterschiede* sind nur relevant, wenn sie dem Gesetzgeber vernünftigerweise keine andere Wahl lassen, als nach Geschlecht zu differenzieren⁴⁷.

So hat das Bundesgericht im Urner Quotenentscheid entschieden, dass *politische Quoten* nicht aufgrund von biologischen oder funktionalen Unterschieden erforderlich sind. Quotenregelungen lassen sich deshalb nicht auf Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV abstützen⁴⁸.

Auch ein *strengeres Bewertungssystem für Mädchen* als für Knaben bei der Zulassung zur Mittelschule mit dem Ziel, ein Gleichgewicht zu erreichen zwischen der Zahl der aufgenommenen Mädchen (die im Schnitt bessere Resultate erreichten) und der aufgenommenen Knaben, stellt nach Ansicht des Bundesgerichts einen Verstoss gegen den Grundsatz der Gleichberechtigung der Geschlechter dar. Angesichts der Tatsache, dass Mädchen und Knaben die gleiche Ausbildung und die gleiche Prüfungsvorbereitung erhielten, könne die Ungleichbehandlung nicht durch allfällige Unterschiede in der physischen und psychischen Entwicklung von Knaben und Mädchen gerechtfertigt werden. Die Eigenheiten dieser Entwicklungen könnten nicht mit den ausgeprägten funktionalen Unterschieden verglichen werden, die ausnahmsweise eine Abweichung vom Grundsatz der Gleichheit der Geschlechter erlaubten⁴⁹.

Am Beispiel des Urlaubs für Mütter und Väter bei der Geburt eines Kindes kann aufgezeigt werden, wie die *Vor- und Nachteile von Massnahmen zugunsten eines Geschlechts gegeneinander abzuwägen sind*. So scheint die Einführung eines Vaterschaftsurlaubs, der gleich lang wäre wie der für Mütter, zunächst nur eine Massnahme zu Gunsten der Männer zu sein. Indes würde dadurch ein *Elternurlaub* eingeführt, den Männer und Frauen beanspruchen könnten. Dadurch würde eine formelle Gleichstellung von Mann und Frau erreicht. Die rechtliche Schlechterstellung der Frauen auf dem Arbeitsmarkt infolge des zwingenden Mutterschaftsurlaubs, der durch die biologischen Unterschiede (Niederkunft, Stillen) gerechtfertigt ist, würde durch einen Vaterschaftsurlaub gleicher Dauer ausgeglichen, da die Väter gleich lang wie die Mütter ausfallen würden. Ein Vaterschaftsurlaub könnte sich in diesem Sinn positiv für Frauen auswirken, indem eine Benachteiligung auf dem Arbeitsmarkt durch solche Urlaube gleichermassen Frauen und Männer treffen würde⁵⁰.

Bei einem *Konflikt des Grundsatzes der Gleichheit der Geschlechter mit anderen Grundrechten* ist ein «gerechtes Gleichgewicht» (*«juste équilibre»*) zwischen diesen herzustellen. Hierzu orientiert sich das Bundesgericht an Art. 36 BV, da dessen 2. Absatz, wonach Einschränkungen von Grundrechten durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt

⁴⁶ BGE 116 V 198, E.2.2.a/cc; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr (Anm. 8), Rz. 780.

⁴⁷ Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr (Anm. 8), Rz. 780.

⁴⁸ BGE 125 I 21, E. 3a.

⁴⁹ BGE 108 Ia 22, E. 5 (Aufnahmeprüfung Waadt).

⁵⁰ Bigler-Eggenberger / Kägi-Diener (Anm. 45), Rz. 108. Vgl. die Volksinitiative «Für einen vernünftigen Vaterschaftsurlaub – zum Nutzen der ganzen Familie»; der Bundesrat lehnt diese ab, s. [Medienmitteilung](#) vom 18. Oktober 2017.

sein müssen, solche Grundrechtskonflikte zum Gegenstand hat. Es sind somit die betroffenen *öffentlichen und privaten Interessen* und die *Verhältnismässigkeit* des Eingriffs zu beurteilen⁵¹.

In *BGE 140 I 201 (Zofingue)* hat die Universität Lausanne die Zofingia (Section Vaudoise) nicht mehr als universitären Verein anerkannt, um den Gleichstellungsauftrag zu respektieren und zu verwirklichen, weil die Zofingia nur Männer aufnimmt. Die Zofingia machte in der Folge eine Verletzung der Vereinsfreiheit und der Rechtsgleichheit geltend. Das Bundesgericht wog den Grundsatz der Gleichheit von Mann und Frau und die Vereinsfreiheit gegeneinander ab. Es zog erstens in Betracht, dass eine grosse Auswahl an Gleichstellungsmassnahmen bestehe und die Behörde diejenigen Massnahmen wählen müsse, die am wenigsten die Interessen anderer verletzt. Die Universität hätte deshalb eine Fördermassnahme wählen müssen, die nicht die Vereinsfreiheit der Zofingia beeinträchtigte und diese gleichzeitig gegenüber anderen Vereinen benachteiligte. Zweitens verglich das Bundesgericht die Auswirkungen der Nichtanerkennung: Die positiven Leistungen der Universität – Zurverfügungstellen von Versammlungsräumen und Büros, Auftritt auf der Website der Universität, E-Mail-Adresse der Universität – hätten nur sehr kleine Auswirkungen auf die Organisation der Universität. Für die Zofingia hingegen könne die Verweigerung dieser Leistungen es erheblich erschweren, einerseits wie die übrigen Vereine von einer gewissen Bekanntheit und institutionellen Legitimität zu profitieren und andererseits sich bekanntzumachen und mit potentiellen Mitgliedern in Kontakt zu treten. Zusammenfassend hielt das Bundesgericht fest, das öffentliche Interesse an der Verwirklichung der Geschlechtergleichheit sei stark zu relativieren, weil die Universität weniger einschneidende Massnahmen ergreifen könnte; ausserdem werde das Interesse der Universität, einer Männerverbindung keine positiven Leistungen zukommen zu lassen, gemindert durch ihre freie Wahl, Frauenverbindungen zu fördern. Schliesslich seien die Vorteile, die die Mitglieder der Zofingia hätten, nicht so gross, dass die Frauen dadurch substantielle und nicht kompensierbare Nachteile für ihre Karriere oder Ausbildung erlitten, so dass der staatliche Eingriff «unvernünftig» sei. Die Gesamtabwägung der betroffenen Interessen ergebe, dass die Vereinsfreiheit und die Rechtsgleichheit stärker zu gewichten seien als die Geschlechtergleichheit⁵².

2.4.2 Gesetzgebungsauftrag (Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV)

Allgemeines

«Das Gesetz sorgt für ihre rechtliche und tatsächliche Gleichstellung, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit.» – Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV beauftragt den Gesetzgeber in Bund, Kantonen und Gemeinden, die *rechtliche und tatsächliche Gleichstellung* in der Gesetzgebung zu verwirklichen. Dieser Auftrag gilt für sämtliche Rechtsbereiche und enthält einen *Auftrag an den Gesetzgeber*, nicht nur

⁵¹ BGE 140 I 201, E. 6.7 (Zofingue).

⁵² BGE 140 I 201, E. 6.7.4 (Zofingue); dieser Entscheid wurde in der Lehre stark kritisiert, vgl. Hans Michael Riemer, Vereinigungsfreiheit dominiert Verbot der Geschlechtsdiskriminierung, recht 2014, S. 233 f.; Judith Wytttenbach, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2015/2016, ZBJV 151 (2015), S. 728 f.

die rechtliche, sondern auch die tatsächliche gesellschaftliche Gleichstellung der Geschlechter herbeizuführen⁵³.

In Bezug auf die Universitäten kann eine *faktische Einschränkung des Gleichheitsprinzips bei der Anstellungspraxis* festgestellt werden, die zwei Faktoren zugeschrieben werden kann: Erstens dem «*Think-manager-think-male-Phänomen*», wonach Vorstellungen von führenden Köpfen (auch der Wissenschaft) sehr viel ausgeprägter mit dem Bild des typischen Mannes korrelieren als mit demjenigen der typischen Frau; deshalb werden Männer allein aufgrund des Geschlechts als geeigneter für Führungspositionen wahrgenommen. Und zweitens dem Phänomen der «*Reproduktion von Eigenbildern*», wonach eine homogene Gruppe (wie z.B. die vorwiegend männlichen Wissenschaftler an einer Fakultät) neue Mitglieder bewusst oder unbewusst nach Kriterien auswählen, die ihr entsprechen («Gleich und Gleich gesellt sich gern»); in einer maskulinen Gruppe wird eines dieser Kriterien das männliche Geschlecht sein. Unbewusste Vorurteile und Geschlechtsstereotypen können so dazu führen, dass in Berufungsverfahren Frauen gegenüber Männern benachteiligt sind. Wird nicht bewusst Gegensteuer gegeben, werden deshalb Schlüsselpositionen von Männern tendenziell an Männer weitergegeben. *Quoten* bzw. der Ausschluss von Männern sind so betrachtet ein Schutz vor unsachlichen Einflusskriterien im Auswahlverfahren. Sie bedeuteten damit Schutz vor rechtlicher Ungleichbehandlung aufgrund faktisch ungleicher Ausgangslage⁵⁴. Der SNF sieht eine starre Quote für den Stiftungsrat sowie für den Ausschuss des Stiftungsrats vor, der den Nationalen Forschungsrat wählt und eine flexible Quote (Präferenzregel) für den Nationalen Forschungsrat selbst, der über die Unterstützung der Beitragsgesuche entscheidet (s. unten, Ziff. 2.4.6).

Eine Studie des SNF hat gezeigt, dass in den Jahren 2009 bis 2015 *von Frauen eingereichte Förderungsgesuche im Mittel schlechter bewertet* werden als von Männern eingereichte⁵⁵. Dabei bewerten die weiblichen Expertinnen die Förderungsgesuche generell schlechter als ihre männlichen Kollegen, unabhängig davon, ob es sich um Gesuche von Männern oder Frauen handelt. Eine zweite Studie des SNF untersuchte die *Erfolgsrate* der Gesuche und

⁵³ BGE 142 I 49, E. 9.6.1; Bigler-Eggenberger / Kägi-Diener (Anm. 45), Art. 8 BV, Rz. 103. – Gleiche Rechte für Frau und Mann gewährleistet eine knappe Hälfte der Kantone (ZH, BE, FR, BS, BL, AR, SG, TI, VD, NE, GE, JU), wovon zehn (ZH, BE, FR, BS, SH, AR, TI, VD, NE, GE) den Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit und sieben (ZH, BE, NW, ZG, BS, SH, AR) Förderungsmassnahmen für eine tatsächliche Gleichberechtigung von Mann und Frau vorschreiben; s. Andreas Auer, Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Bern 2016, Rz. 1479.

⁵⁴ Regula Kägi-Diener, Impulse des CEDAW-Übereinkommens für die Gleichstellung im Erwerbsleben insbesondere in der Quotenfrage, AJP 11/2006, S. 1459; Regula Kägi-Diener (Anm. 10), S. 108 f; Philipp Dubach / Victor Legler / Mario Morger / Heidi Stutz Frauen und Männer an Hochschulen: Indikatoren zur Chancengleichheit in Studium und wissenschaftlicher Laufbahn. Im Auftrag des Teilprogramms Chancengleichheit von Frau und Mann vom SBFJ finanziert Bericht des Büro Bass, Bern 2017, S. 75. – Diese Einschätzung deckt sich mit der Bewertung des Bundesgerichts einer Quote von einem Drittel. Im Urner Quotenentscheid (BGE 125 I 21, E. 5b/aa) hat es festgehalten, ein tieferer Frauenanteil als ein Drittel sei ein Indiz dafür, dass traditionelle Rollenverteilungen den Ausschlag gäben.

⁵⁵ João Martins / François Delavy / Anne Jorstad / Matthias Egger, Geographic and Gender Bias in Peer Review of Applications Submitted to the Swiss National Science Foundation, 2017, abrufbar unter <http://peerreview-congres.org/prc17-0280>.

die Budgetkürzungen der geförderten Projekte im Zeitraum 2014-2016⁵⁶. Die Gesuche der Frauen hatten in den Geistes- und Sozialwissenschaften die gleiche Erfolgsrate wie diejenigen der Männer, die Erfolgsrate der Frauen war hingegen um 7,8% tiefer in der Mathematik und den Ingenieur- und Naturwissenschaften und 3,5% tiefer in der Biologie und der Medizin. Die von Frauen beantragten Förderungsmittel wurden zudem stärker gekürzt als die der Männer. Die den Frauen genehmigten Förderungsmittel waren ausserdem tiefer als diejenigen der Männer, und zwar um 2,7% tiefer in den Geistes- und Sozialwissenschaften, um 5,7% tiefer in der Mathematik und den Ingenieur- und Naturwissenschaften und 3,2% tiefer in der Biologie und der Medizin. Beide Studien lassen offen, ob diese Unterschiede die Folge von Diskriminierung sind. Frühere Untersuchungen hatten keine oder geringe Diskriminierungseffekte festgestellt⁵⁷.

Eine kanadische Studie kommt zum Schluss, dass bei Förderungsgesuchen, bei denen die wissenschaftliche Qualität des Projekts im Zentrum der Bewertung stand, die Gesuche von Männern eine 0,9% höhere Chance hatten, gefördert zu werden. Wenn der Fokus der Bewertung hingegen auf der Person des «Principal Investigators» (Hauptgesuchstellerin bzw. Hauptgesuchsteller) lag, so betrug der Unterschied 4%. Gesuchstellerinnen sind somit gleich erfolgreich wie Gesuchsteller, wenn die Forschung beurteilt wird, aber nicht, wenn die forschende Person beurteilt wird⁵⁸. Die Studie wurde im Auftrag des Canadian Institutes of Health Research (CIHR) durchgeführt. Sie war nicht randomisiert, so dass die Abweichung nicht abschliessend begründet werden konnte; die Abweichungen könnten z.B. auch auf eine unterschiedliche Qualität der Publikationen der Forschenden zurückzuführen sein. Interessant ist aber die Feststellung, dass diese Unterschiede verschwanden, nachdem die CIHR die mit den Bewertungen betrauten Experten zur Absolvierung eines Trainings zur Vermeidung von unbeabsichtigter Ungleichbehandlung verpflichtete⁵⁹.

Die Evaluation des Bundesprogramms Chancengleichheit von Frau und Mann an den Universitäten hat ergeben, dass Männer weniger Kompromisse für ihre Karriere machen als Frauen, und da Erwerbsunterbrüche und Teilzeitphasen für eine Wissenschaftskarriere schädlich sind, sind die *traditionellen Erwerbsmodelle, in welchen Frauen grosse Anteile an Aufgaben wie Kindererziehung, Pflege und Haushaltführung übernehmen und Teilzeit arbeiten, karriereschädlich*. Auf dem Weg zur Professur haben die Frauen die schlechteren Karten: Sie müssen den Hauptteil der Hausarbeit häufiger selbst übernehmen und sich mehr um die Kinder kümmern, und sie machen bei der Mobilität mehr Kompromisse: Sie sind *weniger mobil* und sind schon öfter wegen der Karriere ihres Partners umgezogen. Sie haben aber nicht nur mehr Schwierigkeiten, Karriere zu machen, sie erleben auch häufiger karrierebedingte Trennungen. Bei den Wissenschaftlerinnen sind zudem *Doppelkarrierepaare* (definiert als Paare, bei denen beide Partner mindestens zu 80% tätig sind und mindestens einen Masterabschluss haben) viel häufiger sind als bei Wissenschaftlern. Bei den

⁵⁶ François Delavy / Anne Jorstad / Matthias Egger, Gender Bias in Funding of Proposals Submitted to the Swiss National Science Foundation, abrufbar unter <http://peerreviewcongress.org/prc17-0304>.

⁵⁷ Dubach/Legler/Morger/ Stutz (Anm. 54), S. 77.

⁵⁸ Holly O. Witteman / Michael Hendricks / Sharon Straus / Cara Tannenbaum, Female grant applicants are equally successful when peer reviewers assess the science, but not when they assess the scientist, 2017.

⁵⁹ Giorgia Guglielmi, Gender bias goes away when grant reviewers focus on the science, abrufbar unter <http://www.nature.com> > nature > news > [article](#).

Professorinnen gibt es 57% Doppelkarrierepaare, bei den Professoren 31%. Hingegen sind bei den Professorinnen nur 8% der Partner nicht erwerbstätig, während dies bei 22 % der Professoren der Fall ist, nur bei 14% der Professorinnen geht der Partner einer anderen (nicht als Karriere im definierten Sinne zu verstehenden) Erwerbsarbeit nach, während dies bei 40% der Professoren der Fall ist. Wissenschaftlerinnen sind zudem *häufiger Singles und häufiger kinderlos* als Wissenschaftler. Nur 7% der Professoren, aber 21% der Professorinnen sind Singles. Und nur 51% der Professorinnen, aber 64% der Professoren haben Kinder. Wissenschaftlerinnen schieben den Kinderwunsch auch häufiger auf⁶⁰.

Der im Sommer 2017 vom SBFH herausgegebene Bericht zur Chancengleichheit an Universitäten kommt zum Ergebnis, dass Frauen nach dem Doktorat *weniger laufbahnspezifische Unterstützung* durch arrivierte Wissenschaftler und Wissenschaftlerinnen erhalten und schlechter in die internationalen Netzwerke der «Scientific Community» eingebunden sind als Männer. «Diese subtilen, aber für die Karrierechancen ausgesprochen wichtigen Prozesse können zu einer schleichenden Desintegration von Nachwuchsforscherinnen führen, die vor allem gegen Ende der Post-Doc-Phase – bei der Bewerbung um eine Professur – sichtbar wird»⁶¹.

Handlungspflicht der Behörden

Auch wenn der Verfassungstext nur den Gesetzgeber anspricht, haben auch die *rechtsanwendenden Behörden* (Verwaltung, Richter, mit öffentlichen Aufgaben betraute Private) die Pflicht, dem Geschlechtergleichheitsgebot in den Schranken ihrer Zuständigkeit zum Durchbruch zu verhelfen. Es ist also nicht ausschliesslich der Gesetzgeber im formellen Sinne angesprochen, sondern jede Behörde, die einen Ermessensspielraum hat⁶². Der Verfassungsauftrag gilt somit auch für den SNF und seine Förderungstätigkeit.

Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV enthält einen *Sozialgestaltungsauftrag*, der dahin geht, auf den *Abbau bestehender Stereotypisierungen und diskriminierender Strukturen* hinzuwirken⁶³. Dieser Gleichstellungsauftrag wird durch das *UNO-Übereinkommen vom 18. Dezember 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, CEDAW)*⁶⁴ konkretisiert und ergänzt⁶⁵.

In *BGE 137 I 305 (Kanton Zug)* hat das Bundesgericht ausgeführt, dass es nicht genüge, die Diskriminierung von Frauen durch Private zu verbieten. «Vielmehr bedarf es gezielter Massnahmen, um stereotype Rollenbilder und gesellschaftlich institutionalisierte Verhaltensmuster und damit einhergehende Benachteiligungen zu beseitigen sowie ein Umdenken in der Gesellschaft einzuleiten. Es besteht ein klarer Auftrag an Bund und Kantone,

⁶⁰ Philipp Dubach / Iris Graf / Heidi Stutz / Lucien Gardiol, [Evaluation Bundesprogramm Chancengleichheit von Frau und Mann an den Universitäten](#), 3. Phase 2008-2011, Schlussbericht des Büro Bass im Auftrag der Programmleitung des Bundesprogramms Chancengleichheit, Bern 2012, S. IV ff.

⁶¹ Dubach/Legler/Morger/ Stutz (Anm. 54), S. 75.

⁶² S. oben, Ziff. 2.1; Bigler-Eggenberger / Kägi-Diener (Anm. 45), Rz. 111.

⁶³ BGE 140 I 201, E. 6.4.2; 137 I 305, E. 3.1.

⁶⁴ [SR O.108](#); für die Schweiz am 26. April 1997 in Kraft getreten.

⁶⁵ S. dazu BGE 137 I 305, E. 3.2.

dass sie zur tatsächlichen Gleichstellung von Mann und Frau tätig werden müssen. Ein Ermessensspielraum steht ihnen nur bei der Frage zu, *wie* sie diesen Auftrag erfüllen, dagegen ist das Ob verfassungs- und völkerrechtlich vorgegeben»⁶⁶. Der Entscheid des Kantonsrats Zug, die Gleichstellungskommission nicht weiterzuführen und die Schaffung einer neuen Chancengleichheitskommission abzulehnen, ohne eine Ersatzlösung vorzusehen, sei deshalb verfassungswidrig⁶⁷.

Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV lässt daher *positive Massnahmen* zur Verwirklichung der Gleichstellung der Geschlechter, insbesondere *Frauenförderungsmassnahmen*, und damit unter Umständen eine Abweichung vom Diskriminierungsverbot zu. Im Bereich der Gleichstellung der Geschlechter bildet das Diskriminierungsverbot demnach bloss eine relative Schranke des Egalisierungsgebots. Es schliesst «unverhältnismässige» Ungleichbehandlungen der Geschlechter aus⁶⁸.

Positive Massnahmen können dabei formell *geschlechtsneutrale* Massnahmen sein wie z.B. Tageschulen und Kinderkrippen oder Quoten, oder *geschlechtsspezifische* wie besondere Beratungs- oder Schulungsangebote zur Verwirklichung der Chancengleichheit und Vorrangklauseln (Bevorzugung der Frau bei gleicher Qualifikation wie der Mann)⁶⁹.

Verhältnismässigkeit

Ob das Interesse an der absoluten Gleichbehandlung von Mann und Frau (Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV) oder das Interesse an der Schaffung der Voraussetzungen für faktische Gleichheit (Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV) mehr Gewicht haben soll, ist (z.B. bei der Beurteilung von Quotenregelungen) aufgrund einer *Interessenabwägung* zu entscheiden⁷⁰. Der materielle Gleichstellungsauftrag muss als gleichwertiger Bestandteil von Art. 8 Abs. 3 BV gesehen werden und darf nicht etwa als Ausnahmebestimmung betrachtet und deshalb restriktiv interpretiert werden. Eine angemessene Massnahme zur Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung stellt daher keine verfassungswidrige Diskriminierung dar⁷¹.

Während das Bundesgericht das Spannungsverhältnis zwischen dem Gebot der formalrechtlichen Gleichstellung und dem materiellen Gleichstellungsauftrag durch eine Abwägung der betroffenen Interessen löst, orientiert sich die herrschende Lehre mehrheitlich am System der *praktischen Konkordanz* zwischen diesen teilweise gegenläufigen, aber grundsätzlich gleichwertigen Zielen. Die beiden Ansichten stehen indes im Einklang, denn beides läuft auf eine *Verhältnismässigkeitsprüfung* hinaus⁷².

Somit muss die Förderungsmassnahme *geeignet* sein, eine tatsächliche Gleichheit der Geschlechter herbeizuführen; sie muss weiter *erforderlich* sein, d.h. es gibt keine gleich geeignete, mit dem

⁶⁶ BGE 137 I 305, E. 4.

⁶⁷ BGE 137 I 305, E. 5.5.; s. a. die Fortsetzung der Angelegenheit in BGE 1C_504/2016.

⁶⁸ BGE 123 I 152, E. 3b; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr (Anm. 8), Rz. 789.

⁶⁹ Bigler-Eggenberger / Kägi-Diener (Anm. 45), Rz. 114.

⁷⁰ Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr (Anm. 8), Rz. 788.

⁷¹ BGE 125 I 21, E. 3d/bb.

⁷² BGE 125 I 21, E. 3d/cc; vgl. dazu auch das Vorgehen bei einem Konflikt zwischen dem Grundsatz der Gleichheit der Geschlechter mit anderen Grundrechten (s. oben bei Anm. 51).

individuellen Interesse an Gleichbehandlung besser zu vereinbarende Massnahme; und schliesslich muss die Gleichstellungsmassnahme *angemessen* sein (Zweck-Mittel-Relation, Verhältnismässigkeit im engeren Sinne): «Die vorgeschlagene Massnahme ist mit dem Zweck der faktischen Gleichstellung zu vergleichen. Das Zweck-Mittel-Verhältnis verlangt eine Abwägung zwischen dem Ziel der Gleichstellung und der Wirkung der mit der Massnahme verbundenen Eingriffe in die Grundrechtsstellung Dritter. Je schwerer diese Einwirkungen sind, desto grösser muss im entsprechenden Sachbereich das Interesse an der Herbeiführung der Gleichstellung der Geschlechter sein.»⁷³ Das bedeutet insbesondere, dass die Abweichung von der absoluten Gleichheit nicht schwerer ins Gewicht fallen darf als das Interesse an der tatsächlichen Gleichstellung⁷⁴.

Gesetzliche Grundlage

Förderungsmassnahmen zugunsten einer bestimmten Gruppe bedürfen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zudem ab einer gewissen Intensität einer *formell-rechtlichen Grundlage*. Die Anforderung an die rechtliche Grundlage ist umso höher, als die Massnahmen die Grundrechte Dritter bedeutend beeinträchtigen könnten und die öffentliche Meinung dazu kontrovers ist; diesfalls braucht es für solche Massnahmen eine klare politische Wahl des Gesetzgebers im formellen Sinn, d.h. der Legislative, ansonsten der Grundsatz der Gewaltenteilung verletzt zu werden droht. Zu den kontroversen Förderungsmassnahmen gehören jedenfalls starre Quoten⁷⁵. Bei einem breiten Anwendungsbereich, längerer Dauer und wenig vertrauten oder umstrittenen Mitteln sollte der Gesetzgeber im formellen Sinn tätig werden⁷⁶. Verordnungen der Exekutive sind keine genügende gesetzliche Grundlage dafür.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Frauenanteil im Nationalrat 23,5% und im Ständerat 15,2% beträgt⁷⁷. In den kantonalen Parlamenten beträgt der Frauenanteil im Durchschnitt 27,2%⁷⁸. Gegen den Willen der Männer sind Quotenregelungen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts somit auf Bundesebene ausgeschlossen⁷⁹. Auf kantonalen Ebene sind die Frauen ähnlich schwach vertreten.

In Bezug auf Quotenregelungen unterscheidet das Bundesgericht zwischen *starren und flexiblen* (oder weichen) *Quoten*. Starre Quoten sind nach der Terminologie des Bundesgerichts solche, die Frauen ohne Rücksicht auf ihre Qualifikationen bevorzugen; flexible Quoten bevorzugen Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Qualifikation gegenüber den Männern⁸⁰. Aus Art. 8 Abs. 3 Satz 2

⁷³ BGE 123 I 152, E. 3b.

⁷⁴ Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr (Anm. 8), Rz. 789.

⁷⁵ BGE 131 II 361, E. 7.4, bestätigt in BGE 1C_504/2016, E. 3.4.2.

⁷⁶ Bigler-Eggenberger / Kägi-Diener (Anm. 45), Rz. 111.

⁷⁷ Stichtag: 16. Juni 2017; s. www.parlament.ch > Über das Parlament > Fakten und Zahlen > [Ratsmitglieder](#).

⁷⁸ www.bfs.ch > Statistiken finden > Politik > Wahlen > [Frauen und Wahlen](#).

⁷⁹ Vgl. a. Bigler-Eggenberger / Kägi-Diener (Anm. 45), Rz. 106, wonach die Übervertretung der Männer in der Gesetzgebung und in der Rechtsfortbildung zur Folge habe, dass an einer männlichen Lebenswelt orientierte Massstäbe überproportional ins Recht einflüssen.

⁸⁰ BGE 131 II 361, E. 5.3. Flexible Quoten kommen z.B. bei der Filmförderung zum Einsatz: Bei der Förderung des Drehbuchschreibens und der Projektentwicklung bei gleicher Qualität werden Gesuche von Autorinnen be-

BV ergibt sich, dass Quoten einer *gesetzlichen Grundlage* bedürfen⁸¹. Starre Quoten sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kaum je zulässig, weil sie unter dem Gesichtspunkt des Diskriminierungsverbots einen schweren Eingriff darstellen; sie erfordern jedenfalls eine Grundlage im formellen Gesetz. Für flexible Quoten lässt das Bundesgericht hingegen reglementarische Grundlagen genügen, weil hier die Kompetenzen der betroffenen Personen im Vordergrund stehen und männliche Kandidaturen nicht zum Vorneherein und automatisch ausgeschlossen werden⁸². Der Ausschluss von Männern von einer Bewerbung wird ebenfalls unter der Kategorie der Quote behandelt⁸³.

2.4.3 Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Quoten

Übersicht zur Entwicklung der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Quoten zur Verwirklichung der Chancen- oder der Ergebnisgleichheit hat eine Entwicklung durchgemacht. 1982 lehnte das Bundesgericht starre Quoten als verfassungswidrig ab, weil Chancengleichheit nichts Anderes bedeute als *formalrechtliche Gleichstellung* der Menschen (BGE 108 I 22, Aufnahmeprüfung Waadt). 1997 anerkannte es, dass *Chancengleichheit in der sozialen Wirklichkeit* zu schaffen sei; es gehe aber um Gleichheit der Chancen und nicht des Resultats, weshalb starre Quoten nicht zulässig seien; insbesondere seien Quoten bei Volkswahl-Mandaten unzulässig (BGE 123 I 152, Solothurner Quoteninitiative). 1998 «präzisierte» es seine Rechtsprechung dahingehend, dass auch *starre Quoten zulässig* seien, sofern sie verhältnismässig sind; es bestätigte im Übrigen seine Rechtsprechung, wonach Quoten bei Volkswahl-Mandaten stets verfassungswidrig sind (BGE 125 I 21, Urner Quoteninitiative). 2005 hielt es fest, dass Förderungsmassnahmen einer *gesetzlichen Grundlage* bedürfen, wobei starre Quoten eine Grundlage im formellen Gesetz haben müssen, während für flexible Quoten auch reglementarische Grundlagen genügen (BGE 131 II 361, Balmelli). Dieser letzte Entscheid ist vorliegend besonders interessant, weil es um die Ausschreibung einer Universitätsstelle nur für Frauen ging.

vorzugt; bei der Förderung der Herstellung und der Postproduktion können bei gleicher Qualität Filme von Regisseurinnen bevorzugt werden; s. Ziff. 2.1.1.1, 2.1.2.1, 2.1.3.1 sowie 2.1.4.2 von Anhang 1 der FiFV; www.bak.admin.ch > Kulturschaffen > Film > Filmförderung > [Gender in der Filmförderung](#).

⁸¹ BGE 131 II 361, E. 7.1. – Ausserdem ist Art. 164 BV zu beachten, wonach alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen sind; vgl. Christa Tobler, Quoten zum Dritten: Gesetzliche Grundlagen für Frauenförderungsmassnahmen und Entschädigungen für Diskriminierungen – Zur Entscheidung des Bundesgerichtes vom 14. März 2005 in der Rechtssache Tiziano Balmelli gegen Rekurskommission der Universität Freiburg im Üchtland, recht 2005, S. 226.

⁸² BGE 131 II 361, E. 7.4; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr (Anm. 8), Rz. 789; kritisch Kägi-Diener (Anm. 10), S. 109. – Bigler-Eggenberger / Kägi-Diener (Anm. 45, Rz. 115), kritisieren den Ansatz des Bundesgerichts, Quoten als Diskriminierungen einzustufen. Dieser Ansatz berücksichtige Art. 4 Abs. 1 des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979 (CEDAW; s. Anm. 64) nicht, der vorsieht, dass Sondermassnahmen zur Beschleunigung der De-facto-Gleichberechtigung von Frau und Mann nicht als Diskriminierungen im Sinne dieses Übereinkommens gelten. Männer könnten Quoten deshalb nur gestützt auf das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot von Art. 8 Abs. 1 BV anfechten. Differenzierungen seien demzufolge zulässig, wenn sie sich auf ernsthafte, sachliche Gründe stützten. Diese Gründe ergäben sich aus den Verpflichtungen der Schweiz aus dem Übereinkommen vom 18. Dezember 1979.

⁸³ Bigler-Eggenberger / Kägi-Diener (Anm. 45), Rz. 114.

Die einzelnen Entscheide: BGE 108 I 22, Aufnahmeprüfung Waadt

In diesem Entscheid vom 12. Februar 1982 ging es wie oben schon erwähnt um ein unterschiedliches Bewertungssystem für Knaben und Mädchen bei der Mittelschulaufnahmeprüfung im Kanton Waadt. Der Waadtländer Regierungsrat machte geltend, dass bei einem einheitlichen Bewertungssystem für Knaben und Mädchen die Mädchen wegen der Entwicklungsunterschiede eine Chance von 33% hätten, die Aufnahmeprüfung zu bestehen und die Knaben nur eine Chance von 25%. Zur Herstellung der Chancengleichheit sei deshalb eine Quote gerechtfertigt⁸⁴. Das Bundesgericht verneinte, dass funktionale Unterschiede bestünden, die eine Ungleichbehandlung rechtfertigten. Dem Argument der Chancengleichheit hielt das Bundesgericht unter Hinweis auf die Botschaft des Bundesrates über die Volksinitiative «Gleiche Rechte für Mann und Frau» vom 14. November 1979 entgegen, dass Chancengleichheit nie etwas anderes bedeutet habe als die *formalrechtliche Gleichstellung* der Menschen. Für die Schule bedeute dies, dass jeder Schüler individuell eine rechtsgleiche Behandlung einfordern könne, unabhängig davon, zu welchem Geschlecht er gehöre. Indem der Regierungsrat den Begriff der Chancengleichheit auf die kollektive Ebene gehoben habe und auf zwei soziale Gruppen anwende, verkenne er den individuellen Charakter der Grundrechte⁸⁵.

BGE 123 I 152, Solothurner Quoteninitiative

In diesem Entscheid vom 19. März 1997 hatte das Bundesgericht eine Initiative zu beurteilen, die verlangte, dass im Kantonsrat, im Regierungsrat und in den Gerichten die Frauen und Männer entsprechend ihrem kantonalen Bevölkerungsanteil vertreten sein sollten. Das Bundesgericht entschied, dass *starre Quoten unzulässig* seien. Nach Ansicht des Bundesgerichts geht es beim Gleichstellungsgebot von Art. 8 Abs. 3 Satz 2 darum, «Chancengleichheit von Mann und Frau in der sozialen Wirklichkeit zu schaffen, um die rechtliche und faktische Möglichkeit eines jeden, seine Stellung in der Gesellschaft ohne den Einfluss geschlechtsspezifischer Hindernisse zu gestalten. Die angestrebte Gleichheit ist eine Gleichheit der Chancen und nicht des Resultats. Die Chancengleichheit zielt ausschliesslich auf die Gleichheit der Startbedingungen ab, wobei sie im Zusammenhang mit der Frauenfrage nicht eine Angleichung der Startbedingungen „in jeder Hinsicht“ herbeiführen, sondern lediglich die Geschlechtszugehörigkeit als einen für die gesellschaftliche Stellung des Einzelnen bestimmenden Faktor ausschalten soll. Quotenregelungen, welche eine

⁸⁴ BGE 108 I 22, E. 4b.

⁸⁵ BGE 108 I 22, E. 5b. In der Botschaft heisst es (BBl 1980 I 69, S. 120): «Der auch im Initiativtext (Abs. 4) verwendete Begriff der Chancengleichheit macht die Schwierigkeiten der praktischen Handhabung des Gleichheitssatzes besonders deutlich. Dieser Begriff bedeutete ursprünglich die rein formalrechtliche Gleichstellung der Menschen, die an den bestehenden gesellschaftlichen und ökonomischen Ungleichheiten unter den Menschen nichts Wesentliches änderte und nur besonders leistungsfähigen Einzelnen die Entfaltung der Persönlichkeit und den sozialen Aufstieg ermöglichte. Heute hat sich die politische Praxis, besonders in der Bildungs-, der Konjunktur-, der Wirtschafts- und der Strukturpolitik, immer mehr mit der von namhaften schweizerischen Staatsrechtslehrern erhobenen Forderung auseinanderzusetzen, die Chancengleichheit als Teilgehalt der Rechtsgleichheit anzuerkennen und demzufolge von Verfassung wegen ökonomische und soziale Hindernisse, die der persönlichen und wirtschaftlichen Entfaltung des Einzelnen entgegenstehen, zu beseitigen.» Die zitierten «namhaften Staatsrechtslehrer» sind Fritz Gygi, Jörg Paul Müller und Peter Saladin. Das Bundesgericht setzt sich im Entscheid nicht mit den «Forderungen dieser namhaften Staatsrechtslehrer» auseinander.

paritätische Vertretung der Geschlechter vorschreiben oder anstreben, zielen auf Ergebnisgleichheit ab und gehen über das Ziel der Chancengleichheit hinaus.»⁸⁶ Das Bundesgericht stützte sich zustimmend auf Jörg Paul Müller und Georg Müller: Bei der Chancengleichheit gehe es darum, die tatsächlichen Voraussetzungen auszugleichen, unter denen von den rechtlich garantierten Freiheitsrechten Gebrauch gemacht werden könne (Jörg Paul Müller). Der Staat solle die wirtschaftlichen und sozialen Hindernisse für die Entfaltung des Einzelnen abbauen sowie die Wahrnehmung von Bildungs-, Berufs- und anderen Lebenschancen erleichtern; er dürfe aber nicht versuchen, die Individuen in der sozialen Wirklichkeit gleichzustellen, namentlich ihre ökonomische Situation völlig anzugleichen; ein Staat, der solche Ergebnisgleichheit anstrebe, werde zum Zu- und Umverteiler von Rechten und Gütern, der Freiheit nicht ermögliche, sondern verdränge (Georg Müller)⁸⁷.

Das Bundesgericht verwies zudem auf das *Urteil Kalanke* des EuGH von 1995, in dem dieser ebenfalls zum Schluss kam, dass eine nationale Regelung, wonach bei gleicher Qualifikation die Bewerberin dem Bewerber vorzuziehen ist, bis ein Frauenanteil von mindestens 50% erreicht ist, an die Stelle der Förderung der Chancengleichheit das Ergebnis setze, zu dem aber allein die Verwirklichung der Chancengleichheit führen könne, weshalb eine solche Regelung nicht mit dem in der EG-Richtlinie statuierten Grundsatz der Gleichbehandlung sowie der Förderung der Chancengleichheit vereinbar sei. Nach Auffassung des EuGH sei selbst eine leistungsbezogene Quotenregelung unzulässig, wenn sie automatisch den Frauen den Vorrang einräumt⁸⁸.

Ausserdem werde in der Lehre die *Eignung* der Quoten zur Realisierung der faktischen Gleichstellung angezweifelt, weil die Untervertretung der Frauen in oberen und leitenden Positionen nicht in erster Linie ein rechtliches Problem sei, sondern v.a. auf soziale und gesellschaftliche Ursachen zurückzuführen sei. Aus all diesen Gründen sei die Quotenregelung vorliegend *kein geeignetes Mittel* zur Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung von Mann und Frau⁸⁹.

Auch die *Erforderlichkeit* verneinte das Bundesgericht. Es verwies darauf, dass keine gesetzlichen Hindernisse bestünden, dass sogar eine Frauenmehrheit verwirklicht werden könnte und dass in den nächsten Jahren eine langsame Annäherung der Sitzzahlen der Geschlechter im Parlament zu erwarten sei. Die Gleichberechtigung gebe den Frauen die Chance, von ihren Rechten in gleicher Weise Gebrauch zu machen, wie es die Männer täten.⁹⁰

Des Weiteren führte das Bundesgericht aus, dass auch die *Angemessenheit* (Verhältnismässigkeit im engeren Sinn) der Quotenregelung offensichtlich nicht gegeben sei: Die Quotenregelung gehe weit über die Chancengleichheit hinaus, indem sie Ergebnisgleichheit herbeiführen wolle. Schon deshalb sei sie offensichtlich kein verhältnismässiges Mittel zur Verwirklichung der Gleichstellung der Geschlechter. Die Initiative sehe eine mehr als paritätische Vertretung der Frauen verbindlich und ohne Berücksichtigung von Qualifikationen vor. Nach der Lehre sei eine Bevorzugung der Frauen bis zur Erreichung der Parität mit dem Gleichbehandlungsgebot nach Art. 4 Abs. 2 Satz 1

⁸⁶ BGE 123 I 152, E. 5b.

⁸⁷ Zustimmend zitiert in BGE 123 I 152, E. 5b; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr (Anm. 8), Rz. 790; Weber-Dürler (Anm. 15), § 41 Rz. 17 f.

⁸⁸ BGE 123 I 152, E. 5b.

⁸⁹ BGE 123 I 152, E. 5b. (unter Berufung auf Andreas Auer, Les mesures positives de l'art. 4 al. 2 Cst., AJP 1993, S. 1347.

⁹⁰ BGE 123 I 152, E. 5b.

BV unvereinbar; starre, relativ hohe Quoten seien praktisch immer unverhältnismässig, weil Männer so in grösserer Zahl und über längere Zeit trotz besserer Eignung von einer beruflichen Tätigkeit ausgeschlossen würden und der Arbeitgeber gezwungen werde, weniger qualifiziertes Personal zu beschäftigen (Georg Müller); starre Quoten würden gegen das Leistungsprinzip verstossen; je höher die fachlichen Anforderungen für ein politisches Fachgremium seien, desto unverhältnismässiger sei ein solches Quotensystem ohne Qualifikationsbezug. Das Bundesgericht verwies auch auf die deutsche Lehre, wonach nur leistungsbezogene Quoten allenfalls zulässig sein können, weil berufliche Chancengleichheit stets Gleichheit am Massstab gleicher beruflicher Qualifikation bedeute. Das Bundesgericht führte weiter aus, dass das Geschlecht für die Besetzung der höchsten politischen Ämter und obersten Richterstellen des Kantons nicht das entscheidende Kriterium bilden dürfe, weshalb grundsätzlich jede Quotenregelung in diesem Bereich unzulässig sein dürfte; Quotenregelungen seien allenfalls für Entscheidungsgremien zu erwägen, die nicht primär nach fachlichen Qualifikationen zu bestellen seien, wie z.B. bei Laiengerichten, Aufsichtsorganen, Schulkommissionen usw. Die Quotenregelung hätte zur Folge, dass für die Männer der Zugang zum Amt eines Regierungsrates oder eines Obergerichters unter Umständen auf Jahre hinaus versperrt wäre. Diese Auswirkungen wären unzumutbar, so dass die Quoten einen unverhältnismässigen Eingriff in das Diskriminierungsverbot nach Art. 4 Abs. 2 Satz 1 BV darstellten⁹¹.

Schliesslich prüfte das Bundesgericht die Quotenregelung unter dem Aspekt des Stimm- und Wahlrechts, weil sie vom Volk gewählte Behörden betraf. Das allgemeine, freie und gleiche Stimm- und Wahlrecht gelte absolut; Einschränkungen seien nur zulässig, um ein Wahlsystem zu verwirklichen (z.B. Wahlkreiseinteilungen oder Mandatszuteilungen im Hinblick auf die Funktionen eines Organs in einem bestimmten politischen System, wie etwa die Vertretung der Kantone im Ständerat oder eine Mindestvertretungsgarantie im Nationalrat). Das Abstellen auf das Geschlecht sei keine solche systembedingte Abweichung und deshalb unzulässig⁹².

BGE 125 I 21, Urner Quoteninitiative

In diesem Entscheid vom 7. Oktober 1998 setzte sich das Bundesgericht mit der Kritik der Lehre an seinem Entscheid zur Solothurner Quoteninitiative auseinander. Es präziserte, *ergebnisbezogene Quoten* seien möglich, wenn sie *verhältnismässig* seien; die Solothurner Initiative gehe unter dem Aspekt der materiellen Chancengleichheit über das Gebotene hinaus, indem sie zeitlich unbefristet eine paritätische Repräsentation der Geschlechter und in diesem Sinn eine Ergebnisgleichheit festschreiben wollte⁹³. Das Bundesgericht hielt an der im Solothurner Entscheid begründeten Rechtsprechung fest, dass Quoten bei Volkswahl-Mandaten verfassungswidrig seien. Eine Drittelsquote für nicht vom Volk gewählte Behörden und Kommissionen mit abschwächender Übergangsbestimmung sei hingegen zulässig; sie berühre die Wahl- und Abstimmungsfreiheit nicht. Unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit führte das Bundesgericht aus, dass eine 30%-Quote es nicht ausschliesse, den Fähigkeiten der Bewerberinnen und Bewerber Rechnung zu tragen; werde die Minimalgrenze von einem Drittel unterschritten, sei dies vielmehr ein Indiz dafür, dass traditionelle Rollenvorstellungen den Ausschlag gegeben hätten, deren Überwindung Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV gerade bezwecke. Die Mindestquote sei deshalb *geeignet*, Chancengleichheit herzustellen. Sie sei auch *erforderlich*, weil der Frauenanteil trotz formalrechtlicher Gleichheit tief

⁹¹ BGE 123 I 152, E. 5b.

⁹² BGE 123 I 152, E. 8.

⁹³ BGE 125 I 21, E. 3d/aa.

geblieben sei; weniger einschneidende Massnahmen, die ebenso geeignet wären, seien nicht offenkundig; zudem habe der kantonale Verfassungsgeber einen Ermessensspielraum bei der Festlegung der Mittel zur Gleichstellung von Frauen. Schliesslich sei die Massnahme auch *angemessen*, weil die Quotenregelung nur greife, wenn der Mindestanteil von einem Drittel unterschritten sei. Der Mindestanteil werde sich nach Abbau der noch bestehenden Hindernisse für eine gleichberechtigte Teilnahme von Frauen am politischen Leben von selbst einstellen, so dass die Quote eine limitierte Wirkung habe. Deshalb müsse die zeitliche Befristung nicht unter dem Blickwinkel der Verhältnismässigkeit in Betracht gezogen werden (der Landrat, der die Initiative für ungültig erklärt hatte, hatte die Quotenregelung wegen der fehlenden Befristung als unverhältnismässig erachtet). Auch die Wahlvorschlagsquote für die Landratswahlen, wonach die Differenz zwischen Männern und Frauen auf den Wahllisten nicht mehr als eins betragen darf, war nach Ansicht des Bundesgerichts geeignet, erforderlich und angemessen.

Die Initiative wurde in der nachfolgenden Volksabstimmung verworfen. Eine Volksinitiative auf Einführung von Quoten in Bundesbehörden ist am 12. März 2000 ebenfalls wuchtig verworfen worden⁹⁴.

BGE 131 II 361, Balmelli

In dieser Entscheidung vom 14. März 2005 ging es um die Ausschreibung einer Stelle als Assistenzprofessorin oder Oberassistentin explizit nur für Frauen. Ob eine solche starre Quote mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit vereinbar sei, war für das Bundesgericht «pour le moins douteux». Es liess die Frage aber offen, weil Förderungsmassnahmen einer *gesetzlichen Grundlage* bedürften; dies ergebe sich direkt aus Art. 8 Abs. 3 BV («Das Gesetz sorgt für ihre rechtliche und tatsächliche Gleichstellung»). Diese gesetzliche Grundlage fehlte⁹⁵: Art. 7 der Verordnung zum Nachwuchsförderprogramm sah vor, dass jede Universität grundsätzlich mindestens 40% der Programmstellen mit Frauen besetzen müsse; eine Verordnung ist aber kein Gesetz im formellen Sinne. Ausserdem sei die Bestimmung eher eine Zielnorm als eine Quotenregelung, insbesondere, weil sie keine Sanktion vorsehe; dass 40% der Stellen «grundsätzlich» Frauen zuzuteilen seien, spreche eher dagegen, dass starre oder fixe Quoten auf dieser Grundlage zulässig seien. Das Universitätsförderungsgesetz sei zwar ein Gesetz im formellen Sinne, statuiere aber in Art. 2 Bst. b lediglich in allgemeiner Weise das Ziel, die Gleichstellung auf allen universitären Stufen zu verwirklichen. Das genüge nicht als gesetzliche Grundlage, um der Exekutive oder einer Verwaltungsbehörde die Kompetenz zu delegieren, starre Quoten einzuführen.

Trotz fehlender gesetzlicher Grundlage machte das Bundesgericht dennoch Ausführungen zur Verhältnismässigkeit der Massnahme. Hintergrund der Massnahme bildeten Bundesbeiträge zur Nachwuchsförderung an der Universität, wobei Art. 7 der Verordnung wie erwähnt vorsah, dass der Frauenanteil der so Geförderten grundsätzlich mindestens 40% betragen sollte («programme de relève»). Ein Evaluationsbericht dieses Förderprogramms kam zum Schluss, dass diese Quote zu einem viel höheren Frauenanteil beigetragen habe, aber gewisse *strukturelle Barrieren*, die mit der Geschlechtszugehörigkeit verbunden seien, nicht habe beseitigen können, und sprach sich für Begleitmassnahmen wie *Kinderkrippen* und *mehr Teilzeitstellen* aus, um die Vereinbarkeit von Beruf und Familie zu erhöhen. Das Bundesgericht führt weiter aus, dass Zahlen dazu, wie viele der im Rahmen des «programme de relève» geförderten Frauen Professorinnen wurden, fehlten, so dass

⁹⁴ Weber-Dürler (Anm. 15), § 41 Rz. 32; BBI 2000 2990.

⁹⁵ BGE 131 II 361, E. 7.1, E. 7.6. Vgl. Anm. 82.

die *Eignung* der Massnahme nicht beurteilt werden könne. Ausserdem habe die Massnahme offenbar die strukturellen Barrieren nicht beseitigen können. Das Bundesgericht verwies ausserdem auf das Nachfolgeprogramm des «programme de relève». Dieses sieht *Anreizprämien* für die Anstellung von Frauen vor, ein *Mentoring* für Frauen zu deren Unterstützung und besseren Vernetzung mit einem Beratungsdienst, Weiterbildungsmöglichkeiten und einem Teildispens von der Unterrichtspflicht sowie *Kinderbetreuungsstrukturen* vor. Die Kinderbetreuungsstrukturen stünden auch den Männern zur Verfügung; das Mentoring stehe zwar nur Frauen offen, begünstige sie aber nur sehr indirekt auf ihrem Weg zu einer Professur, während die Anreizprämien, vorausgesetzt, sie seien wirksam, weniger männerdiskriminierend als starre Quoten seien, weil sie Männer nicht zum Vorneherein und ohne Rücksicht auf ihre Qualifikationen und Kompetenzen von einer Stelle ausschliessen. Die *Erforderlichkeit* der Massnahme sei somit diskutabel⁹⁶.

Am meisten zu kritisieren sei die starre Quote aber unter dem Gesichtspunkt der *Angemessenheit*: Das «programme de relève» war auf eine *lange Zeitdauer* ausgelegt (1992-2007⁹⁷), die ausgeschriebenen Posten stellten einen nicht zu vernachlässigenden komparativen *Vorteil für die wissenschaftliche Karriere* dar, weil 20% der Begünstigten (wobei man nicht wisse, wieviel Prozent davon Frauen seien) eine Professur erlangt hätten⁹⁸. Es sei nicht entscheidend, dass 60% der verfügbaren Stellen zur Verfügung der Männer blieben, denn es sei jedem Quotensystem inhärent, dass ein Grossteil bei der Gruppe verbleibe, deren Anteil man mit Quoten verringern möchte. Wenn zudem viel mehr Männer als Frauen eine akademische Karriere anstrebten, so stelle die 40%-Quote ganz klar einen Eingriff dar. Der Eingriff sei umso schwerer, als *nur wenige Stellen* gäbe und Interessierte oft jahrelang auf einen freien Lehrstuhl warten müssen. Vor allem aber sei es unter dem Gesichtspunkt des gesunden Menschenverstands und des *öffentlichen Interesses* nicht zu rechtfertigen, bei so qualifizierten Aufgaben wie der universitären Lehrtätigkeit den Kompetenzen und Qualifikationen der Kandidaten nicht Rechnung zu tragen.

2.4.4 Rechtsetzung zu Quoten

In Art. 734f des Entwurfs zur *Änderung des Aktienrechts* vom 23. November 2016 schlägt der Bundesrat vor, dass bei grossen börsenkotierten Gesellschaften im jährlichen Vergütungsbericht gewisse Angaben zu machen sind, sofern nicht jedes Geschlecht mindestens zu 30 Prozent im Verwaltungsrat bzw. zu 20 Prozent in der Geschäftsleitung vertreten ist. Es sind die Gründe anzugeben, wieso die Richtwerte nicht erreicht werden, und es sind die Massnahmen anzugeben, die zur Förderung des weniger stark vertretenen Geschlechts ergriffen werden bzw. ergriffen worden sind⁹⁹. Der Bundesrat hält dazu fest, dass gemäss Erkenntnissen aus der Regulierungsfolgenabschätzung die ausgewogenere Vertretung der Geschlechter im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung dazu führen könne, dass diese ihre finanziellen Leistungen verbesserten, indem ein innovativeres Arbeitsumfeld gebildet werde¹⁰⁰. Den Gesellschaften soll für die Anpassung an die neue Bestimmung eine Frist von fünf (Verwaltungsrat) bzw. zehn Jahren (Geschäftsleitung) eingeräumt werden. Durch die geschlechtsneutrale Formulierung der Norm («Geschlechterrichtwerte»),

⁹⁶ BGE 131 II 361, E. 6.5-6.6.

⁹⁷ Effektiv war es aber «nur» bis 2004 in Kraft; BGE 131 II 361, E. 6.2.

⁹⁸ Diese Darlegung steht etwas in Widerspruch zur Erwägung, dass die Eignung der Massnahme nicht beurteilt werden könne.

⁹⁹ Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017 399, S. 452 ff.

¹⁰⁰ Botschaft (Anm. 99), S. 662.

so der Bundesrat, sei zudem auch eine Auslegung zugunsten der Männer möglich, sollten diese im Einzelfall im Verwaltungsrat oder in der Geschäftsleitung untervertreten sein¹⁰¹. Die Regelung gilt als eher Moderat im internationalen Vergleich¹⁰². Der Nationalrat als erstbehandelnder Rat hat dem bundesrätlichen Vorschlag in der Sommersession 2018 knapp zugestimmt¹⁰³.

2.4.5 Tendenz der Rechtsentwicklung zu Förderungsmassnahmen

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts betonte ursprünglich stark den Aspekt der Chancengleichheit und lehnte Massnahmen zur Erreichung der Ergebnisgleichheit und damit Quoten – in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre – 1982, also kurz nach Einführung des expliziten Gleichstellungsauftrags an den Gesetzgeber in Art. 4 Abs. 2 aBV, ab¹⁰⁴. 1998 erachtete es dann eine starre Quote von einem Drittel für zulässig; diese sei erforderlich, weil der Frauenanteil immer noch tief geblieben sei¹⁰⁵. Eine Quote von 40% lehnte das Bundesgericht allerdings 2005 ab¹⁰⁶. Der Bundesrat sieht im Entwurf zur Revision des Aktienrechts ebenfalls Quoten von 30% bzw. 20% vor. Auch in der Lehre ist es heute unbestritten, dass Quoten grundsätzlich eine zulässige Förderungsmassnahme darstellen. So wird etwas geltend gemacht, dass Quoten eine Bedingung zur Verwirklichung der Chancengleichheit darstellten, denn die Personen, die zu der Gruppe gehörten, die man fördern wolle, müssten sehen können, dass es für sie möglich sei, die entsprechenden Position zu erreichen¹⁰⁷. Auch für die Überwindung des Think-manager-think-male-Phänomens, das die Verwirklichung der Chancengleichheit ebenfalls beeinträchtigt, können Quoten notwendig sein. Heute sollte eine *Quote von 40%* als angemessene Förderungsmassnahme gelten; ein tieferer Anteil lässt auf eine Diskriminierung schliessen und reicht nicht aus, um traditionelle Rollenbilder zu überwinden.

Als Tendenz zeichnet sich ab, dass *zunehmend intensivere Förderungsmassnahmen* auf Konsens stossen und zulässig sind, je länger die tatsächliche Gleichstellung der Frauen seit dem Inkrafttreten des Verfassungsauftrags im Jahre 1981 nicht verwirklicht ist¹⁰⁸. Diese Tendenz steht in Einklang mit der von der Schweiz 1997 eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtung, «alle geeigneten Massnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau durch Personen, Organisationen oder Unternehmen zu ergreifen»¹⁰⁹.

In diesem Zusammenhang kann auch auf die in den oben erwähnten Entscheiden dargestellten Entwicklungen der Rechtsprechung zum Frauenstimmrecht und zur Feuerwehrpflicht hingewiesen werden, die alle auf die Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung von Mann und Frau

¹⁰¹ Botschaft (Anm. 99), S. 663.

¹⁰² Rolf Sethe / Meltem Cetinkaya, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht, SJZ 113/2017, S. 522.

¹⁰³ AB 2018 N 1137 ff.

¹⁰⁴ BGE 108 I 22 (Aufnahmeprüfung Waadt); 123 I 152 (Solothurner Quoteninitiative).

¹⁰⁵ BGE 125 I 21 (Urner Quoteninitiative, Erste öffentlich-rechtliche Abteilung),

¹⁰⁶ BGE 131 II 361 (Balmelli, Zweite öffentlich-rechtliche Abteilung).

¹⁰⁷ Nenad Stojanović, Dialogue sur les quotas. Penser la représentation dans une démocratie multiculturelle, Paris 2013, S. 96.

¹⁰⁸ Vgl. in diesem Sinne auch den Entscheid des Bundesgerichts zum Frauenstimmrecht im Kanton Appenzell Innerrhoden, BGE 116 Ia 359, insb. E. 9b (Theresa Rohner).

¹⁰⁹ Art. 2 Bst. e des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (Anm. 64).

hinführten¹¹⁰, sowie auf die deutlichen Worte des Bundesgerichts im Entscheid vom 21. November 2011 betreffend die Gleichstellungskommission des Kantons Zug, wonach die ersatzlose Abschaffung der Kommission verfassungswidrig sei, weil es gezielte Massnahmen brauche, um ein *Umdenken der Gesellschaft* einzuleiten¹¹¹.

2.4.6 Quoten im SNF

Art. 9a und 14a der Statuten des SNF sehen für den *Stiftungsrat* und den *Ausschuss des Stiftungsrats* eine *starre Quote* von mindestens 40% pro Geschlecht vor. Gegenwärtig sind 17 der 40 Mitglieder des Stiftungsrates, d.h. 42,5%, und 5 der 12 zu berücksichtigenden Mitglieder des Ausschusses, also 41,67%, Frauen¹¹². Gestützt auf eine Übergangsbestimmung ist für die Amtsperiode 2016 bis 2019 ein Anteil von 30% für das untervertretene Geschlecht noch zulässig. Ausserdem können der Stiftungsrat und der Ausschuss des Stiftungsrates bei Bedarf, insbesondere bei Wahlgeschäften, eine Genderexpertin oder einen Genderexperten zu seinen Sitzungen einladen und sich beraten lassen (Art. 9b u. 14b der Statuten).

Für den *Nationalen Forschungsrat* sieht das Wahlreglement vor, dass der SNF die paritätische Vertretung der Frauen im Forschungsrat anstrebt und diesem Ziel auf allen Stufen des Wahlverfahrens Rechnung zu tragen ist. Hierzu ist eine *flexible Quote* vorgesehen, d.h. Frauen erhalten bei gleicher Qualifikation auf allen Stufen des Wahlverfahrens den Vorzug, bis die paritätische Vertretung erreicht ist (Art. 19 des Wahlreglements). Dieses Ziel ist noch nicht erreicht; gegenwärtig sind von den 100 Mitgliedern des Forschungsrates 29% Frauen¹¹³. Die Untervertretung von Frauen in gewissen Wissenschaftsdisziplinen und auf Stufe Professur in der Schweiz schlägt sich in der Zusammensetzung des Forschungsrates nieder.

3. Beurteilung der Förderungsmassnahmen

3.1 Allgemeines

Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass bei der Beurteilung der Zulässigkeit von Förderungsmassnahmen wie folgt vorzugehen ist: Zunächst ist abzuklären, ob für diese eine (genügende) *Rechtsgrundlage* besteht; je intensiver die Massnahme ist, desto stärker muss diese formell legitimiert sein¹¹⁴. Danach ist zu prüfen, ob die Fördermassnahme *verhältnismässig* ist, d.h. ob sie geeignet, erforderlich und angemessen ist¹¹⁵.

In Bezug auf die Anforderungen an die Rechtsgrundlagen der Förderungsmassnahmen des SNF sind die *gesetzlichen Bestimmungen des FIFG* zu beachten:

¹¹⁰ S. oben bei Ziff. 2.2.1.

¹¹¹ S. oben bei Ziff. 2.4.2.

¹¹² Gemäss www.snf.ch > Der SNF > Organisation > Forschungsrat > [Suche nach Forschungsräten](#), abgerufen am 22. November 2017.

¹¹³ Gemäss www.snf.ch > Der SNF > Organisation > [Stiftungsrat](#), abgerufen am 22. November 2017.

¹¹⁴ S. dazu oben, Ziff. 2.4.2 bei Anm. 75.

¹¹⁵ S. dazu oben, Ziff. 2.4.2 bei Anm. 72.

Nach Art. 6 Abs. 2 Bst. b FIFG fördern die Forschungsorgane bei der Erfüllung ihrer Aufgaben die Chancengleichheit und die tatsächliche Gleichstellung von Mann und Frau. Es handelt sich dabei gemäss der Botschaft des Bundesrates um ein «inhaltliches Sachziel, das von allen Forschungsorganen übergeordnet zu beachten ist»¹¹⁶. Art. 6 Abs. 2 Bst. b FIFG geht nicht über die bereits verfassungsrechtlich vorgegebene Gleichstellungsverpflichtung hinaus, die auch für den SNF gilt¹¹⁷. Er erteilt den Verfassungsauftrag aber spezifisch für die Förderungstätigkeit der Forschungsorgane. Aus Art. 6 Abs. 2 Bst. b FIFG ergeben sich mit anderen Worten direkt inhaltliche Vorgaben für die Förderungstätigkeit des SNF: *Diese muss zur Chancengleichheit und zur tatsächlichen Gleichstellung von Mann und Frau beitragen.*

Nach der jüngsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung können nur «weniger wichtige Normen» an Private delegiert werden¹¹⁸. Der SNF erlässt nach Art. 9 Abs. 3 FIFG die für die Forschungsförderung notwendigen Bestimmungen in seinen Statuten und Reglementen; diese bedürfen der Genehmigung durch den Bundesrat, soweit sie Aufgaben regeln, für die Bundesmittel verwendet werden. Ausgenommen von der Genehmigungspflicht sind *Ausführungsbestimmungen von beschränkter Tragweite*. Die Bestimmungen des SNF über Förderungsmassnahmen für Frauen sind Ausführungsbestimmungen von beschränkter Tragweite. Sie unterstehen somit nicht der Genehmigungspflicht. Das Beitragsreglement delegiert in Art. 48 den Erlass von Ausführungsbestimmungen an den Forschungsrat.

Rechtsetzungstechnisch nimmt Art. 9 Abs. 3 FIFG eine Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen auf Private – nämlich den SNF – vor (vgl. Art. 164 Abs. 2 BV)¹¹⁹. Die Statuten und die Reglemente des SNF zur Forschungsförderung stellen mit anderen Worten eine delegierte Rechtsetzung dar, die in unmittelbar verbindlicher und generell-abstrakter Weise Pflichten auferlegt, Rechte verleiht und Zuständigkeiten festlegt (vgl. Art. 22 Abs. 4 ParlG). Durch die Delegation werden die SNF-Normen zu *staatlichem Gesetzesrecht*, das die Vorgaben des übergeordneten Bundesrechts, namentlich des FIFG und der BV, einhalten muss; es handelt sich nicht etwa um Verwaltungsverordnungen, also nicht um blosser interne Weisungen, Richtlinien oder ähnliches ohne unmittelbare Verbindlichkeit für Dritte¹²⁰. Die rechtsetzenden Erlasse des SNF sind denn auch in der Amtlichen

¹¹⁶ Botschaft zur Totalrevision des Forschungs- und Innovationsförderungsgesetzes vom 9. November 2011, BBl 2011 8827, S. 8873.

¹¹⁷ S. dazu oben, Ziff. 2.1.

¹¹⁸ BGE 136 I 316, E. 2.4.1; vgl. Müller/Uhlmann (Anm. 119), Rz. 491.

¹¹⁹ Eine solche Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen auf Private muss eine Grundlage im formellen Gesetz haben, weil sie einen erheblichen Eingriff in die von der Verfassung vorgesehene Kompetenzordnung darstellt; ausserdem sollte die delegierte Rechtsetzung einer staatlichen Genehmigung unterstellt werden; s. Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr (Anm. 8), Rz. 1890; Georg Müller / Felix Uhlmann, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 490 u. 492; Bundesamt für Justiz, Gesetzgebungslaufplan, 3. Aufl. 2007, Rz. 842; vgl. August Mächler, Die (unzureichende) gesetzliche Grundlage für staatliche Aufgaben, in: Felix Uhlmann (Hrsg.), Das Legalitätsprinzip in Verwaltungsrecht und Rechtssetzungslehre, Zürich / St. Gallen 2017, S. 101 ff.

¹²⁰ BGE 136 I 316, E. 2.4.1; Müller/Uhlmann (Anm. 119), Rz. 501; Felix Uhlmann, Verwaltungsverordnungen in der Rechtsetzung: Gedanken über Pechmarie, LeGes 2009/2, S. 152; unzutreffend BVerwGE B-6076/2016, E. 5.2.

Sammlung des Bundesrechts (AS) zu veröffentlichen (Art. 2 Bst. e PubLG; Art. 49 BR)¹²¹. Für die Bestimmtheit der gesetzlichen Vorschriften, die die Aufgabenerfüllung des SNF regeln, gelten die gleichen Anforderungen wie bei den gesetzlichen Vorschriften, die die Aufgabenerfüllung durch die öffentliche Verwaltung regeln¹²².

3.2 Erhöhung des «Spending Levels» für Forscherinnen auf Stufe Assistenzprofessur

3.2.1 Gegenstand der Massnahme

Wie eingangs erwähnt, hat der Forschungsrat eine generelle Erhöhung des «Spending Levels» für Forscherinnen auf Stufe Assistenzprofessur im Rahmen seiner Planung ins Auge gefasst. Auf die Umsetzung wurde in der Folge aus finanziellen Gründen verzichtet.

3.2.2 Rechtsgrundlage

Von der Intensität einer solchen Massnahme her genügt eine reglementarische Grundlage.

3.2.3 Verhältnismässigkeit

Bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit der Massnahme wäre insbesondere deren *Eignung* zu prüfen, also zu untersuchen, inwiefern die Erhöhung der Förderungsmittel für Assistenzprofessorinnen dazu beiträgt, die tatsächliche Gleichstellung herbeizuführen. Es wäre abzuklären, ob besser finanziell ausgestattete Assistenzprofessorinnen mehr Berufungen zu einer Professur oder vergleichbare Stellenangebote erhalten als Assistenzprofessorinnen ohne diese Förderung.

3.2.4 Ergebnis

Für die generelle Erhöhung des «Spending Levels» für Forscherinnen auf Stufe Assistenzprofessur wäre eine *reglementarische Grundlage* zu schaffen. Die Frage stellt sich im Moment aber nicht, da auf die Umsetzung der Massnahme verzichtet wurde.

3.3 Gleichstellungsbeitrag

3.3.1 Gegenstand der Massnahme

Gemäss Art. 28 Abs. 2 Bst. h BR und Ziff. 2.21 AR gehören *Kosten für Gleichstellungsmassnahmen* zu den anrechenbaren Kosten von Forschungsvorhaben. Die Einzelheiten sind in Anhang 7 zum AR geregelt.

Der SNF will mit dem Gleichstellungsbeitrag die Karriereentwicklung und die Vernetzung der Nachwuchswissenschaftlerinnen unterstützen (Anhang 7, Ziff. 7.1). Er kann für die Finanzierung von Mentoring, Coaching, Kursen zur Karriereförderung, Vernetzungstreffen und ähnliche Massnahmen verwendet werden (Anhang 7, Ziff. 7.3).

Der Gleichstellungsbeitrag kann von Doktorandinnen, Postdocs und nicht promovierten Mitarbeiterinnen an Fachhochschulen geltend gemacht werden (Anhang 7, Ziff. 7.4). Maximal können pro Forscherin 1000 Franken pro zwölf Monate Projektlaufzeit ausgerichtet werden (Ziff. 7.2).

¹²¹ S.a. Art. 48 Abs. 3 BR; Vgl. a. Art. 13 Abs. 2 Bst. c u. Art. 14 Abs. 3 PubLG; Müller/Uhlmann (Anm. 119), Rz. 493 u. 501.

¹²² Bundesamt für Justiz (Anm. 119), Rz. 845.

3.3.2 Rechtsgrundlage

Der Gleichstellungsbetrag ist mit 1000 Franken pro Jahr eher bescheiden ausgestattet. Er stellt offensichtlich keine intensive Förderungsmassnahme dar. Das Beitragsreglement stellt deshalb eine genügende rechtliche Grundlage dar.

3.3.3 Verhältnismässigkeit

Der Gleichstellungsbeitrag kann für die Finanzierung von Mentoring, Coaching, Kursen zur Karriereförderung, Vernetzungstreffen und ähnliche Massnahmen verwendet werden. Diese Massnahmen sind *geeignet*, die Karriere von Frauen zu fördern und zur tatsächliche Gleichstellung beizutragen. Sie ist auch *erforderlich*: Der oben erwähnte Bericht des SBFI hat festgestellt, dass Frauen nach dem Doktorat weniger laufbahnspezifische Unterstützung erhalten und schlechter vernetzt sind als Männer¹²³. Fraglich scheint allerdings, ob 1000 Franken pro Jahr *angemessen* sind, um *spürbar wirksame Massnahmen* finanzieren zu können.

3.3.4 Ergebnis

Der Gleichstellungsbeitrag steht auf einer genügenden rechtlichen Grundlage. Näher zu prüfen wäre, ob die beabsichtigte Wirkung mit der bescheidenen Ausstattung der Massnahme tatsächlich erzielt werden kann. Die *Verhältnismässigkeit* der Massnahme könnte mit anderen Worten näher abgeklärt werden.

3.4 PRIMA-Beiträge

3.4.1 Gegenstand der Massnahme

Der SNF gewährt hervorragenden Wissenschaftlerinnen aller Disziplinen nach dem Doktorat oder mit einer gleichwertigen Forschungserfahrung, die eine akademische Karriere im Hinblick auf eine Professur in der Schweiz anstreben, PRIMA-Beiträge (Art. 1 Abs. 1 des Reglements über die Gewährung von PRIMA-Beiträgen vom 25. Januar 2017). Diese Beiträge stehen ausdrücklich nur Frauen offen. Der PRIMA-Beitrag umfasst das Salär und zusätzlich Projektmittel bis zu 750'000 Franken für fünf Jahre (Art. 10 u. 11 PRIMA-Reglement). PRIMA-Beitragsempfängerinnen, die während der Laufdauer des Beitrags an eine Hochschule in der Schweiz auf eine Professorenstelle berufen werden, nehmen die gesamten verbleibenden PRIMA-Mittel mit; die Salärmittel werden dabei in Projektmittel umgewandelt. PRIMA-Beitragsempfängerinnen sind damit attraktive Kandidatinnen für die Hochschulen (Art. 1 Abs. 1 u. Art. 4 PRIMA-Reglement).

3.4.2 Rechtsgrundlage

PRIMA-Beiträge sind die Grundlage für eine bezahlte fünfjährige Forschungstätigkeit mit einem eigenen Team. PRIMA ist ein Programm für dieselbe Karrierestufe wie «Ambizione», das gleichermaßen Frauen wie Männer offensteht und es auch diesen ermöglicht, eine frühe selbständige Forschungstätigkeit aufzunehmen. Zwar sieht «Ambizione» nur rund die Hälfte der Projektmittel vor, von der PRIMA-Stipendiatinnen profitieren, und das Programm dauert nur vier und nicht fünf Jahre. Ausserdem können PRIMA-Beitragsempfängerinnen, die eine Berufung erhalten, die Restmittel mitnehmen, was bei Ambizione nicht der Fall ist. PRIMA-Stipendiatinnen sind somit besser gestellt als Ambizione-Forscher. Von der Intensität der Fördermassnahme her genügt aber eine reglementarische Grundlage.

¹²³ S. oben, Ziff. 2.4.2 bei Anm. 57.

3.4.3 Verhältnismässigkeit

Die PRIMA-Massnahmen sind *geeignet* und *erforderlich*, um zur tatsächlichen Gleichstellung der Frauen beizutragen. Für PRIMA sind rund 9 Mio. Franken vorgesehen, während für «Ambizione» Beiträge im Umfang von 37 Mio. Franken gesprochen werden (Stand 2016). Es bleiben somit genug Mittel für die Männer bzw. für Kandidaturen, bei denen die Qualifikation das einzige entscheidende Kriterium ist. Angesichts der geringen Mittel – PRIMA ist mit 9 Mio. Franken relativ bescheiden ausgestattet – ist auch die *Angemessenheit* klar gegeben.

3.4.4 Ergebnis

Nach der obenstehenden Analyse erweisen sich die PRIMA-Beiträge als rechtskonform. Es besteht kein Handlungsbedarf.

3.5 Masters Internships for Women

3.5.1 Rechtsgrundlage

Im Vertrag zwischen NFS-Leitung, Heiminstitutionen und SNF ist für jeden NFS die Auflage verankert, qualifizierte Forscherinnen aktiv zu fördern und Gleichstellungsmassnahmen zu ergreifen bzw. Frauenförderungsmassnahmen zu ergreifen. Die Praktika des NFS «Robotics», die ausschliesslich Frauen offenstehen¹²⁴, sind eine solche Massnahme. Es geht dabei um drei Praktikumsstellen, die auf drei- bis sechs Monate befristet sind und bei denen ausserdem nur die Reise- und Lebenshaltungskosten entschädigt werden, und auch das nur bis maximal 2000 Franken¹²⁵. Angesichts der Geringfügigkeit dieser Massnahme genügt es, dass sie eine Grundlage in der vertraglichen Grundlage hat, bzw. sie liegt angesichts ihrer Geringfügigkeit im Ermessen der Institutionen.

3.5.2 Verhältnismässigkeit

Die «Masters Internships for Women» erlauben es Frauen, die Robotik auf Mastersstufe studieren, drei bis sechs Monate in einem NFS-Robotik-Laboratorium an einem Projekt zu arbeiten. Diese Massnahme ist zur Herstellung der tatsächlichen Gleichstellung von Mann und Frau insofern *geeignet*, als sie ein Plus an Erfahrung und ein Plus im Lebenslauf darstellt und einen Vorteil für die weitere Karriere sein kann, insbesondere auch durch die Kontakte, die in solch einem Praktikum geknüpft werden können. Sie ist wie schon mehrfach erwähnt *erforderlich*, und auch die *Angemessenheit* ist angesichts der Geringfügigkeit der Massnahme zu bejahen.

3.5.3 Ergebnis

Die «Masters Internships for Women» stellen eine zulässige Fördermassnahme dar.

3.6 Temporäre Massnahmen für Wissenschaftlerinnen mit Gesuchen beim European Research Council (ERC)

3.6.1 Allgemeines

Der SNF förderte durch temporäre Massnahmen die Erhöhung der Beteiligung von Wissenschaftlerinnen aus den Geistes- und Sozialwissenschaften an Ausschreibungen des European Research

¹²⁴ S. <https://www.nccr-robotics.ch/students-academics/masters-internships-for-women/>, wo unter «NCCR Robotics Masters Internships» nur das Programm für Frauen aufgeführt ist.

¹²⁵ S. <https://www.nccr-robotics.ch/students-academics/masters-internships-for-women/>.

Council (ERC), indem vom ERC abgelehnte Gesuche beim SNF unter erleichterten Bedingungen nochmals eingereicht werden konnten (Temporäre Massnahmen für Wissenschaftlerinnen mit Gesuchen beim ERC, Reglement des Nationalen Forschungsrates vom 15. September 2015, Ziff. 1.). Diese ergänzende Massnahme bot Forscherinnen im Bereich der Geistes- und Sozialwissenschaften die Möglichkeit, den Forschungsplan, die Publikationsliste und den Lebenslauf als Teil eines Gesuchs, das durch den ERC in die zweite Evaluationsphase zugelassen, dort aber abgelehnt wurde, ohne Änderungen einzureichen. Beim Evaluationsverfahren wurden grundsätzlich keine neuen externen Gutachten beigezogen¹²⁶. Die erleichterte Gesuchseingabe war möglich für Förderungsprofessuren, wenn ein Salär beantragt wurde, oder für die Projektförderung, wenn kein Salär beantragt wurde (Ziff. 2.2 Temporäre Massnahmen für Wissenschaftlerinnen mit Gesuchen beim ERC). Die Massnahme ist am 1.1. 2016 in Kraft getreten und war bis Ende 2017 in Kraft (Anm. 1 zu Ziff. 5.2 des Reglements). Sie ist nicht verlängert worden, weil nur sehr wenige Gesuche eingingen (3 bei der Abteilung 1, 2 bei den Förderprofessuren). Es ist offen, ob so wenige Gesuche eingingen, weil immer nur wenige Frauen beim ERC Gesuche einreichen, weil nur wenige Frauen in die zweite Runde kamen und ihr Projekt dort abgelehnt wurde oder weil die Massnahme nicht nützlich war.

3.6.2 Rechtsgrundlage

Die Massnahme wird im erwähnten Reglement des Nationalen Forschungsrates geregelt. Es stützt sich auf Art. 48 BR, der dem Forschungsrat die Kompetenz zur Regelung der spezifischen Bedingungen des Förderangebots überträgt (Art. 48 Abs. 3 BR). Die Massnahme ist nicht sehr intensiv und befristet, so dass diese Rechtsgrundlage genügt.

3.6.3 Verhältnismässigkeit

Durch die Erleichterung der Gesuchseingabe ist die Massnahme grundsätzlich *geeignet*, die Gesuchseinreichung von Wissenschaftlerinnen beim SNF zu erhöhen. Sie ist *erforderlich* und *angemessen*; hier ist insbesondere hervorzuheben, dass die Massnahme befristet ist. Es wäre näher abzuklären, wieso die Massnahme nicht auf stärkeren Anklang stiess.

3.6.4 Ergebnis

Die temporären Massnahmen für Wissenschaftlerinnen mit Gesuchen beim ERC verfügten über eine genügende rechtliche Grundlage und waren grundsätzlich verhältnismässig; es bleibt offen, wieso sie nicht mehr Erfolg hatten.

4. Abschliessende Betrachtungen

Nach der Darlegung insbesondere von Regula Kägi-Diener¹²⁷ wird an den Universitäten die tatsächliche Gleichstellung durch das Think-manager-think-male-Phänomen und das Phänomen der Reproduktion von Eigenbildern eingeschränkt. Strukturelle Hindernisse für die Gleichstellung im Bereich der Wissenschaft in der Schweiz sind ausgeprägt. Gezielte Massnahmen sind erforderlich, wenn sie nachhaltig überwunden werden sollen.

¹²⁶ S. www.snf.ch > Förderung > Ergänzende Massnahmen > ERC/GSW: [Temporäre Massnahmen für Forscherinnen](#).

¹²⁷ S. oben Ziff. 2.4.2.

Der SNF entwickelt deshalb seine Überlegungen zur Verwirklichung von Chancengleichheit und tatsächlicher Gleichstellung stets weiter. Er wird Gleichstellungsmassnahmen auch weiterhin grosse Aufmerksamkeit schenken. Sie werden auch im Mehrjahresprogramm 2021-2024 angemessen Berücksichtigung finden.