sui generis

Analysen und Perspektiven
von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts
der Universität Zürich

CHEN

Unter Gleichen

Herausgegeben von Lukas Hussmann, Nicole Nickerson
Arezoo Sang Bastian und Youlo Wujohktsang

Beitrag von Caroline Rausch

**Wer handelt, wenn die
Gesetzgebung untätig bleibt?**

Erschienen in APARIUZ XXII

APARIUZ XXII: Unter Gleichen

Dieses Werk ist erschienen in der Reihe *sui generis*,
herausgegeben von Daniel Hürlimann und Marc Thommen.

1. Auflage 25. Juli 2021 – © 2021 bei den Autorinnen

Dieses Werk wurde unter einer Creative Commons Lizenz als Open Access
veröffentlicht, die bei Weiterverwendung nur die Nennung des Urhebers erfordert
(CC BY 4.0 – <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>).

Die Druckvorstufe dieser Publikation wurde vom Schweizerischen
Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung unterstützt.

ISBN: 978-3-907297-19-3

DOI: 10.38107/019

Wer handelt, wenn die Gesetzgebung untätig bleibt?

© 2021 Caroline Rausch

DOI: 10.38107/019-03

www.suigeneris-verlag.ch

Caroline Rausch

Wer handelt, wenn die Gesetzgebung untätig bleibt?

I. Einleitung	34
----------------------	----

II. Ausgangslage: Nichtfortführung der Gleichstellungskommission im Kanton Zug	34
1. Kontext	34
2. Untersuchungsgegenstand	35

III. Bundesgerichtsurteil	36
1. Erwägungen	36
2. Beurteilung	38

IV. Verordnung der Kantonsregierung	40
1. Zulässigkeit der Verordnung	41
2. Beurteilung	42

V. Ausblick	44
--------------------	----

I. Einleitung

Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV¹ statuiert als Gesetzgebungsauftrag die rechtliche und tatsächliche Gleichberechtigung von Frau und Mann. Trotzdem weisen Untersuchungen und statistische Erhebungen teilweise erhebliche geschlechtsspezifische Ungleichheiten in der beruflichen Stellung, im Anteil der Vollbeschäftigten, der Vertretung in den politischen Institutionen oder dem Erwerbseinkommen nach.² Lange Verzögerungen scheinen auch nach der späten Einführung des Frauenstimmrechts ein prägendes Merkmal der Schweizer Gleichstellungspolitik zu sein. Unerfüllte Gesetzgebungsaufträge kommen aber nicht nur im Bereich der Gleichstellung vor, sie sind ein Phänomen, das sich in vielen Gebieten beobachten lässt.³

Der vorliegende Beitrag geht der Frage nach, welche rechtsstaatlichen Mittel zur Verfügung stehen, um auf einen unerfüllten Gesetzgebungsauftrag zu reagieren. Behandelt werden, anhand des Beispiels der Nichtfortführung der Gleichstellungskommission im Kanton Zug, zwei Möglichkeiten, um die Erfüllung von Gesetzgebungsaufträgen voranzutreiben, eine von Seiten der Judikative und eine andere von Seiten der Exekutive. Ein besonderes Augenmerk wird auf der Eignung und der Problematik solcher Lösungen liegen.

II. Ausgangslage: Nichtfortführung der Gleichstellungskommission im Kanton Zug

1. Kontext

Der Gleichstellungsauftrag ist in Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV verankert. Er wird durch das CEDAW-Übereinkommen und die jeweiligen spezifischen kantonalen

1 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

2 Bundesamt für Statistik, Auf dem Weg zur Gleichstellung von Frau und Mann, 2019; Vierter/Fünfter Bericht der Schweiz über die Umsetzung des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau (CEDAW), 2014.

3 Bekannte Beispiele sind die Mutterschaftsversicherung, das Doppelbesteuerungsverbot und Art. 5 RPG. Vgl. dazu: GIOVANNI BIAGGINI, Verfassung und Richterrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1991, S. 452–453; ALAIN GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2017, S. 93; RENÉ RHINOW / MARKUS SCHEFER / PETER UEBERSAX, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016, N 83–84; EVELYNE SCHMID, Völkerrecht und die Legislative: Wenn der nationale Gesetzgeber mit den Schultern zuckt, Völkerrechtsblog, 6. August 2014.

Bestimmungen⁴ untermauert und konkretisiert. Die Bestimmungen fordern die rechtliche und tatsächliche Gleichstellung von Frau und Mann.⁵

In der Lehre wird betont, dass der Gleichstellungsauftrag weder einklagbare Rechte noch Bundeskompetenzen begründet. Der Auftrag ist program-matischer Natur und es handelt sich um einen Gesetzgebungsauftrag.⁶ Angesprochen wird die Legislative von Bund, Kantonen und Gemeinden in ih-ren jeweiligen Zuständigkeitsbereichen.⁷ Obwohl der Verfassungstext nur den Gesetzgeber nennt, richtet sich der Auftrag auch an alle anderen Staats-organe. Da die Pflicht den Rahmen der gewaltenteiligen und föderalistischen Kompetenzordnung respektieren muss, ist bei grundlegenden Regelungen mit einer gewissen Tragweite zwar immer noch das Parlament gefordert. Die anderen Gewalten können sich aber nicht einfach mit Hinweis auf die Legis-lative zurückhalten.⁸

2. Untersuchungsgegenstand

Im Kanton Zug wurde zur Erfüllung des Gleichstellungsauftrages u.a. 1998 eine befristete Kommission für die Gleichstellung von Frau und Mann gebildet. 2010 beantragte der Regierungsrat dem Kantonsrat die Fortführung der Gleichstellungskommission auf acht Jahre sowie ein erweitertes Budget und ein präzisiertes Mandat. In der zweiten Lesung fiel die Vorlage mit bloss einer Stimme Differenz, 37 zu 36, jedoch durch.⁹ Damit lief die Gleichstellungs-kommission aus, ohne dass ein Ersatz beschlossen wurde. In der Folge stellte

4 Im Kanton Zug: § 5 Abs. 2 KV/ZG.

5 PC BV-MAHON, in: Jean-François Aubert/Pascal Mahon (Hrsg.), *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, Zürich 2003 (zit. PC BV-VERFAS-SERIN), Art. 8 N 20; BSK BV-WALDMANN, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), *Schweizerische Bundesverfassung*, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. BSK BV-VERFAS-SERIN), Art. 8 N 106; BGE 142 I 49 E. 9.6.1.

6 Botschaft zur Volksinitiative «Gleiche Rechte für Mann und Frau», BBl 1980 I 96, 142; ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, Band II, 3. Aufl., Bern 2013, N 1118; OFK BV-BIAGGINI, in: Giovanni Biaggini (Hrsg.), *BV Kommentar*, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. OFK BV-VERFAS-SERIN), Art. 8 N 30.

7 SGK BV-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, in: Bernhard Ehrenzeller (et al.) (Hrsg.), *Die Schweizerische Bundesverfassung*, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2014 (zit. SGK BV-VERFAS-SERIN), Art. 8 N 110; ETIENNE GRISEL, *Egalité*, 2. Aufl., Bern 2009, N 231; BGE 137 I 305 E. 3.1

8 Botschaft «Gleiche Rechte für Frau und Mann» (Anm. 6), 142; JÖRG PAUL MÜLLER, *Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV*, Bern 2018, S. 71; REGULA KÄGI-DIENER, *Urteilsbesprechung BGE 137 I 305*, AJP 2012, 400-403, S. 402; JACQUES DUBEY, *Droits fondamentaux*, Volume II, Basel 2017, N 3160; BGE 137 I 305 E. 3.1; BGE 140 I 201 E. 6.4.2.

9 Kanton Zug, Protokoll des Kantonsrates, 80. Sitzung, 28. Oktober 2010, S. 2753.

die Regierung alle Zahlungen an laufende Projekte der Gleichstellungskommission ein, und bereits aufgegleiste Vorhaben zugunsten der Gleichstellung mussten abgesagt werden.¹⁰

Das Stimmvolk sah sich mit einem unerfüllten Gesetzgebungsauftrag konfrontiert und Parteien sowie Einzelpersonen reichten am Bundesgericht eine Beschwerde ein.¹¹ Fraglich ist, wie die Judikative mit dem untätigen Gesetzgebungsorgan umgegangen ist.¹²

III. Bundesgerichtsurteil

1. Erwägungen

Das Bundesgericht hatte zu beurteilen, ob ein Gesetzgebungsauftrag einen justiziablen Gehalt aufweisen könne. Nach Aufarbeitung der herrschenden Lehre befand das Gericht, dass ein allfälliger Anspruch auf gesetzgeberisches Handeln aus der Norm abzuleiten sei, die den Gesetzgebungsauftrag enthält.¹³ Die Beschwerdeführerinnen müssen substantiiert darlegen können, dass ein bindender Auftrag mit klar identifizierbaren Verpflichtungen besteht.¹⁴ Da die Frage, ob eine Bestimmung eine Handlungspflicht des Gesetzgebungsorgans enthält, eine materiellrechtliche ist, genügt für einen Eintretensbeschluss ein vertretbar begründeter *potentieller* Anspruch, analog der Rechtsprechung zu Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG,¹⁵ auf gesetzgeberisches Handeln.¹⁶ Im vorliegenden Fall begründeten die Beschwerdeführerinnen

10 REGULA KÄGI-DIENER, Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichts betreffend Gleichstellungskommission Zug, recht 2012, 30-34, S. 30.

11 Während des laufenden Beschwerdeverfahrens lehnte der Kantonsrat Zug eine erneute Motion zur Schaffung gesetzlicher Grundlagen zur Umsetzung der Chancengleichheit von Frau und Mann ab. Kanton Zug, Protokoll des Kantonsrates, 85. Sitzung, Donnerstag, 9. Dezember 2010, S. 2913.

12 Aus Platzgründen findet vorliegend keine detaillierte Urteilsbesprechung statt und es wird nur auf die für den vorliegenden Beitrag relevanten Punkte eingegangen werden. Für eine detaillierte Urteilsbesprechung siehe: KÄGI-DIENER (Anm. 8), S. 400-403; GABRIELA MEDICI, Verpflichtung der Kantone, eine wirksame Gleichstellungspolitik zu betreiben, Jusletter, 2. April 2012; KÄGI-DIENER (Anm. 10) S. 30-34; WALTER KÄLIN (et al.), ZBJV 148/2012, S. 686-689; MATHIAS KAUFMANN, Die unmittelbare Anwendbarkeit von Verfassungsnormen, Jusletter, 16. Oktober 2017; EVELYNE SCHMID, Völkerrechtliche Gesetzgebungsaufträge in den Kantonen, ZSR 2016 I, 3-25.

13 BGE 137 I 305 E. 2.4. Ein ähnliches Vorgehen ist auch beim Anspruch auf rechtliches Gehör im Rechtsetzungsverfahren und bei den Schutzpflichten zu beobachten. BGE 126 II 300 E. 5; BGE 129 I 113 E. 3.

14 BGE 137 I 305 E. 2.5. Das Bundesgericht spricht etwas unschön vom «Ob» und «Wie».

15 Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG; SR 173.110)

16 BGE 137 I 305 E. 2.5; BGE 136 II 177 E. 1.1.

detailliert, weshalb sich aus den Bestimmungen eine Verpflichtung zur Schaffung einer Kommission oder Fachstelle zur Gleichstellung ergebe.¹⁷

Der Antrag wurde anschliessend auf materieller Ebene geprüft.¹⁸ Nach Ausführungen zum inhaltlichen Verpflichtungsgehalt¹⁹ kam das Gericht zum Schluss, dass der Gleichstellungsauftrag das Gesetzgebungsorgan nicht zu einer spezifischen Erfüllungsmodalität, wie die Schaffung einer Kommission oder Fachstelle, verpflichte, sondern nur eine generelle Handlungspflicht enthalte.²⁰ Somit konnte der Kanton Zug auch nicht zur Durchführung einer bestimmten Massnahme verpflichtet werden. Da nach dem Beschluss zur Nichtfortführung der Kommission aber gar keine weiteren Massnahmen für die Gleichstellung ergriffen wurden und erhebliche Ungleichheiten zwischen Frau und Mann bestanden, war der Kanton verpflichtet, eine Ersatzlösung vorzusehen. Diese muss festhalten, von wem, wie und mit welchen Mitteln der Gleichstellungsauftrag künftig umgesetzt werden soll.²¹ Folglich bestand zwar ein bindender Gesetzgebungsauftrag, aber dieser enthielt keine Verpflichtung zu einer bestimmten institutionellen Massnahme, weshalb die Beschwerde im Ergebnis abgewiesen wurde.²² Das Bundesgericht stellte trotz Abweisung der Beschwerde die Verfassungswidrigkeit der Untätigkeit fest²³ und forderte das Gesetzgebungsorgan auf, Massnahmen zu treffen, um den Gleichstellungsauftrag umzusetzen. Damit ist ein Appellurteil ergangen.²⁴

Beim Appellentscheid stellt die Kontrollinstanz die Rechtswidrigkeit einer Regelung fest und fordert das Erlassorgan auf zu handeln.²⁵ Es wird bei einer fehlenden funktionalen Eignung des Bundesgerichts getroffen. Die Zurückhaltung ist folglich auf die Gewaltentrennung zurückzuführen. Die Eignung fehlt dem Gericht vor allem dort, wo sich ein verfassungswidriger Zustand nur durch den Erlass neuen Rechts beseitigen lässt und dabei mehrere

17 BGE 137 I 305 E. 2.5

18 BGE 137 I 305 E. 3-6.6

19 BGE 137 I 305 E. 3.1-5.4, 6.1-6.5.

20 BGE 137 I 305 E. 5.5, 6.6, 7.

21 BGE 137 I 305 E. 4, 5.2.

22 BGE 137 I 305 E. 7.

23 Zu beachten ist, dass eine vollständige Unterlassung vorlag, was die richterliche Prüfung im Vergleich zu teilweisem Unterlassen erleichtert. Zudem handelte es sich um eine regressive Massnahme, für welche eine gewisse Vermutung der Unzulässigkeit besteht, da wir uns im Bereich der ressourcenabhängigen Menschenrechte befinden. SCHMID (Anm. 3), S. 17.

24 LORENZ KNEUBÜHLER, Wie Gerichte dem Gesetzgeber Beine machen, LeGes 2014/3, 409-418, S. 412; MARTIN E. LOOSER, Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen, Zürich/St. Gallen 2011, S. 1085.

25 KNEUBÜHLER (Anm. 24), S. 412.

verfassungskonforme Lösungen denkbar sind.²⁶ Denn das Gericht ist «weder demokratisch noch rechtsstaatlich dazu ermächtigt, seine eigene Gerechtigkeitsversion vor jene des Gesetzgebers zu stellen».²⁷ Weitere Gründe für die Zurückhaltung lassen sich aus Art. 164 BV ableiten, wonach grundlegende Regelungen einen gesetzgeberischen und damit demokratischen Entscheid verlangen. Des Weiteren spielen auch die beschränkten Möglichkeiten des Gerichts, bei komplexer Sach- oder Rechtslage eine richterliche Ersatzordnung zu treffen, eine Rolle.²⁸

Eine rechtliche Wirkung kommt Appellen aber nicht zu und sie stellen auch keine Entscheide im Sinne von Art. 107 BGG dar.²⁹ Es kann bloss die Ausdruckskraft eines Urteils verstärkt und dadurch der Verfassungsauftrag «deklaratorisch aktualisiert»³⁰ werden.³¹

2. Beurteilung

Das Bundesgericht anerkennt im Ergebnis die Zulassung einer Rechtsverweigerungsbeschwerde bei gesetzgeberischer Untätigkeit, insbesondere wenn sich eine Handlungspflicht aus den in den Grundrechten festgehaltenen Schutz- und Gewährleistungspflichten ableiten lässt. Folglich lässt sich aus Gesetzgebungsaufträgen beschränkt ein justiziables Recht ableiten.³² Diese Neuheit wurde in der Literatur mehrheitlich zustimmend aufgenommen.³³

26 EVA MARIA BELSER / BERNHARD WALDMANN / EVA MOLINARI, Grundrechte I, Zürich 2012, S. 190; SUSANNE LEUZINGER, Hinweise des Bundesgerichts an den Gesetzgeber, Justice-Justiz-Giustizia 2013/3, 2-10, N 13; LOOSER (Anm. 24), S. 1085-1086; BERNHARD RÜTSCHKE, Die Rechtsgleichheit in Bewegung: Dogmatische Fortbildung von Art. 8 Abs. 1 BV, AJP 2013, S. 1321-1331, S. 1330; PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016, § 11 N 22-23; BGE 110 Ia 7 E. 6; BGE 131 I 74 E. 6.1.

27 TSCHANNEN (Anm. 26), § 11 N 22.

28 KÄGI-DIENER (Anm. 8), S. 402; KNEUBÜHLER (Anm. 24), S. 413-414; BGE 137 I 305 E. 2.5.

29 LOOSER (Anm. 24), S. 1086; BERNHARD RÜTSCHKE, Rechtsfolgen von Normenkontrollen, ZBl 106/2005, 273-304, S. 298.

30 STEPHAN WULLSCHLEGER, Gesetzgebungsaufträge: normativer Gehalt und Möglichkeiten richterlicher Intervention, Basel 1999, S. 358.

31 RÜTSCHKE (Anm. 29), S. 298; RAINER J. SCHWEIZER, Durchsetzung des Grundrechtsschutzes, in: Detlef Merten / Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band VII/2, Zürich/St. Gallen 2017, 747-787, N 109.

32 SGK BV-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER (Anm. 7), Art. 8 N 116; KÄGI-DIENER (Anm. 8), S. 401-402.

33 KÄGI-DIENER (Anm. 8), S. 401; TAREK NAGUIB, Bedeutung des BGE 137 I 305 für den institutionellen Diskriminierungsschutz auf kantonaler Ebene, AJP 2012, S. 915-932, S. 918; KURT PÄRLI, BGE 137 I 305 – auch eine Art «Haftungsfall», in: Anna Böhme (et al.) (Hrsg.), Ohne jegliche Haftung – Festschrift für Willi Fischer, Zürich 2016, 417-429,

Zu bedenken ist, dass die Wirkungen eines Eintretensbeschlusses ohne entsprechende starke Rechtsfolgen in der materiellen Beurteilung aber beschränkt bleiben. Ein Appellurteil kann insbesondere für die Beschwerdeführerinnen stossend erscheinen, denn ihnen ist konkret wenig geholfen, wenn das Gericht zwar die Rechtswidrigkeit einer geltenden Regelung feststellt, dann aber bloss an das Gesetzgebungsorgan appelliert, diese zu ändern.³⁴ Das Bundesgericht selbst bezeichnet die blosser Feststellung der Rechtswidrigkeit und den Appell als einen Notbehelf.³⁵

Eine stärkere Wirkung könnte erreicht werden, wenn das Gericht die zuständigen Behörden auch formell, im Dispositiv, zu entsprechenden Vorkehren verpflichten würde.³⁶ Idealerweise noch unterstützt durch die Setzung einer Anpassungsfrist oder von Leitplanken, welche auf mögliche verfassungskonforme Regelungsalternativen hinweisen.³⁷ Eine Aufnahme ins Dispositiv würde zu einer (teilweisen) Gutheissung der Beschwerde führen und den Rechtsfolgen unmittelbare Wirkung verleihen. Zudem würden auch die Transparenz und Effektivität des Rechtsschutzes erhöht werden.³⁸ Das Bundesgericht hätte vorliegend auch im Dispositiv die Rechtswidrigkeit der geltenden Rechtslage feststellen und die Beschwerde somit teilweise gutheissen können.³⁹ Dies hätte dem Appellentscheid eine rechtliche Wirkung verliehen. Zusammenfassend ist mit dem Eintretensbeschluss ein starkes Urteil ergangen, dessen Wirkung aber durch die blosser Feststellung der Verfassungswidrigkeit und des Appells geschwächt wurde. Obwohl die Zurückhaltung des Gerichts mit Blick auf die Gewaltenteilung und die Funktionalität des Bundesgerichts angemessen war, erscheint ein Appellurteil als wenig erfolgversprechend. Denn es vermag zwar den Druck auf das Parlament, die verfassungskonforme Rechtslage selbst herzustellen, zu verstärken; gleichzeitig wird sich aber im nächsten Abschnitt zeigen, dass das Parlament diesem Druck sehr wohl standhalten kann.

S. 423; ANDREAS ZÜND, Grundrechtsverwirklichung ohne Verfassungsgerichtsbarkeit, AJP 2013, 1349-357, S. 1355; Kritisch: GREGOR BACHMANN, Anspruch auf Verfahren und Entscheid, Bern 2019, S. 208; MATTHIAS KAUFMANN, Der öffentlichrechtliche Anspruch, Zürich 2015, S. 72-73, 93-95; DERS. (Anm. 12), N 17.

34 KNEUBÜHLER (Anm. 24), S. 412.

35 BGE 137 I 305 E. 2.5.

36 RÜTSCHKE (Anm. 29), S. 303; BSK BGG-TSCHÜMPERLIN, in: Marcel Alexander Niggli (et al.) (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK BGG-VERFASSERIN) Art. 70 N 10b; BGE 145 I 259, Dispositiv 1.

37 KNEUBÜHLER (Anm. 24), S. 412; LOOSER, S. 1087-1088; RÜTSCHKE (Anm. 29), S. 302-303; Beispiel zur Ansetzung von Leitplanken in den Erwägungen: BGE 145 I 259, E. 8.5.3, 9.

38 RÜTSCHKE (Anm. 29), S. 303.

39 Wie in BGE 145 I 259, Dispositiv 1.

IV. Verordnung der Kantonsregierung

Nach dem Bundesgerichtsurteil begann der Zuger Regierungsrat die Arbeit an einem Gesetzesentwurf. Der Gesetzgebungsprozess gestaltete sich jedoch schon von Beginn an schwierig, und die zuständige Direktorin des Innern fasste zusammen, «dass die Gleichstellung offenbar noch viel mehr polarisiert als Kreuze und Kruzifixe». Sie hoffe aber, «dass auch bei diesem Thema [...] der soziale Friede gewahrt werden kann». ⁴⁰ Kernstück des Gesetzesentwurfs, welcher aus fünf kurzen Artikeln bestand, waren ein Zweckartikel und die Bestimmung, welche dem Regierungsrat die Kompetenz übertrug, die zur Zweckerreichung erforderlichen Massnahmen zu bestimmen. ⁴¹

Der Kantonsrat trat jedoch auf die Vorlage nicht einmal ein und folgte damit dem Antrag seiner vorberatenden Kommission. Die Regierung beendete das Traktandum mit der ernüchternden Erwiderung, dass sie die Voten so auffasse, dass die Thematik Sache der Regierung sei und sie eine Verordnung erlasse. ⁴²

Daraufhin kam es erneut zu einer Beschwerde vor Bundesgericht, und die Beschwerdeführerinnen beantragten die Feststellung, dass der Kanton Zug Rechtsverweigerung oder zumindest eine nicht akzeptable Verzögerung begangen habe, und eventualiter, dass der Kanton verpflichtet sei, Massnahmen auf Gesetzes- oder Verordnungsstufe festzulegen und die dafür notwendigen Ressourcen bereitzustellen. ⁴³

Einen Monat nach Beschwerdeeinreichung beschloss der Regierungsrat im Sinne einer Ersatzlösung, eine Verordnung zur Gleichstellung von Frau und Mann sowie einen darauf gestützten Massnahmenplan. ⁴⁴ Die Verordnung entspricht fast wörtlich dem Entwurf des gescheiterten Gleichstellungsgesetzes und legt verbindlich die Zuständigkeiten und die Mittel fest, mit welchem der Gleichstellungsauftrag künftig umgesetzt werden soll. ⁴⁵ Somit ist die Regierung anstelle des Parlaments tätig geworden.

40 Kanton Zug, Protokoll des Kantonsrates, 59. Sitzung, 7. November 2013, S. 1994.

41 Kanton Zug, Gesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann, Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 11. März 2016, 2603.1, S. 11-16.

42 Kanton Zug, Protokoll des Kantonsrates, 42. Sitzung, 29. September 2016, S. 1323, 1332.

43 BGer 1C_504/2016, 19. Oktober 2017, Sachverhalt D.

44 Verordnung über die Gleichstellung von Frau und Mann, BGS 132.11.

45 Bericht (Anm. 41), S. 11-16; Verordnung über die Gleichstellung von Frau und Mann, BGS 132.11.

1. Zulässigkeit der Verordnung

Vor Bundesgericht waren insbesondere zwei Punkte strittig, und zwar, ob die Verordnung als Rechtsform zulässig war und ob die getroffenen Regelungen ausreichten, um den Gleichstellungsauftrag umzusetzen.⁴⁶

Was den ersten Punkt betrifft, wendete sich das Bundesgericht dem inhaltlichen Teil der Verordnung zu und stellte fest, dass sich diese materiell hauptsächlich auf die Wiedergabe des verfassungs- und völkerrechtlichen Auftrags beschränke.⁴⁷ Die Verordnung enthielt minimale Regelungen unter Respektierung der Beschlüsse des Kantonsrats und unter Wahrung von dessen Befugnissen. Demzufolge stellten die Rechtsform der Verordnung und deren Erlass durch die Regierung zumindest eine zulässige Übergangslösung dar, um den bestehenden Zustand zu beseitigen. Weitergehende Regelungen wären aber vom Kantonsrat zu treffen gewesen, da es sich um ein politisch umstrittenes Thema mit engem Bezug zu den Grundrechten handelte.⁴⁸

Fraglich war sodann, ob durch die «minimalen Regelungen»⁴⁹ der Gleichstellungsauftrag als erfüllt betrachtet werden konnte. Das Gericht stellte fest, dass der Kanton zumindest nicht untätig geblieben sei und Vorkehren eingeleitet habe, um seinen Verpflichtungen nachzukommen.⁵⁰ Zu bedenken gab es aber insbesondere, dass die finanziellen Ressourcen von der Bewilligung des Kantonsrates abhängig waren und dass die zuständigen Verwaltungseinheiten nicht über die Möglichkeit verfügten, Daten über die soziale Wirklichkeit zu erheben. Wie das Bundesgericht treffend urteilte, hängt die Umsetzung des Gleichstellungsauftrages damit stark vom politischen Willen und der Beteiligung von Regierung und Verwaltungskadern ab.⁵¹ Es führte aus, dass es ohne zusätzliche personelle und finanzielle Ressourcen unsicher sei, ob die Verordnung ausreiche, um den Gleichstellungsauftrag wirksam umzusetzen. Die Gleichstellungsverordnung stelle aber die minimale organisatorische Basis für die Fortführung der Zuger Gleichstellungspolitik und zumindest eine zulässige Übergangslösung dar, um den verfassungs- und völkerrechtswidrigen Zustand zu beseitigen.⁵²

46 BGer 1C_504/2016, 19. Oktober 2017, E. 3, 4.

47 BGer 1C_504/2016, 19. Oktober 2017, E. 3.4.2.

48 BGer 1C_504/2016, 19. Oktober 2017, E. 3.4.3.

49 BGer 1C_504/2016, 19. Oktober 2017, E. 3.4.3.

50 BGer 1C_504/2016, 19. Oktober 2017, E. 4.5.

51 BGer 1C_504/2016, 19. Oktober 2017, E. 4.4.

52 BGer 1C_504/2016, 19. Oktober 2017, E. 4.5.

Zum Eventualantrag, dass der Kanton zu spezifischen Massnahmen zu verpflichten sei, führte das Bundesgericht aus, dass es schwierig sei zu beurteilen, ob ein kantonaler Erlass einen Gesetzgebungsauftrag wirksam umsetze, und dass das Bundesgericht ohne klare und konkrete rechtliche Vorgaben nicht selbst Massnahmen anordnen oder ergänzen könne.⁵³

Die Beschwerde wurde im Ergebnis abgewiesen, soweit sie nicht, durch die erlassene Verordnung der Regierung, bereits gegenstandslos geworden war.⁵⁴ Das Bundesgericht unterliess es diesmal auch, direkt an den Gesetzgeber zu appellieren.

2. Beurteilung

Die Regierung befand sich, nachdem der Kantonsrat auf die Gesetzesvorlage nicht eingetreten war und nach der darauffolgenden Beschwerdeeinreichung ans Bundesgericht, in einer schwierigen Situation. Einerseits ging die Regierung davon aus, dass der Auftrag nur durch ein Gesetz umgesetzt werden könne, andererseits sah sie sich erneut mit einem untätigen Kantonsrat konfrontiert, welcher auf die Gesetzesvorlage nicht einmal eintrat.⁵⁵ Um die rechtswidrige Situation nicht länger andauern zu lassen und um ein erneutes Appellurteil des Bundesgerichts zu vermeiden, erliess sie die Gleichstellungsverordnung.

Um nicht in die Kompetenzen des Gesetzgebungsorgans einzugreifen, musste sich die Verordnung der Regierung inhaltlich beschränken. Denn nur durch ein Gesetz können Regelungen von grosser Tragweite, welche neue Rechte und Pflichten begründen, festgelegt werden.⁵⁶ Wie das Gericht dann auch ausführte, rechtfertigte sich die Verordnung der Regierung nur durch ihren minimalen Inhalt und aus dem Grund, dass sie sich auf die Wiedergabe des verfassungs- und völkerrechtlichen Auftrages beschränkte und eben nicht in die Kompetenzen des Gesetzgebungsorgans eingriff.⁵⁷ Ergänzend zum Bundesgerichtsurteil ist anzufügen, dass es sich hierbei um eine Vollziehungsverordnung handelt. Diese darf die kantonale Regierung unter Umständen und gestützt auf ihre Position als oberste kantonale Vollziehungs- und Verwaltungsbehörde auch vorübergehend zum Vollzug eines

53 BGer 1C_504/2016, 19. Oktober 2017, E. 6.3.

54 BGer 1C_504/2016, 19. Oktober 2017, E. 7.

55 Protokoll (Anm. 40), S. 1994; Protokoll (Anm. 42), S. 1334.

56 SGK BV-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER (Anm. 7), Art. 8 N 111; TSCHANNEN (Anm. 26), S. 584-585.

57 BGer 1C_504/2016, 19. Oktober 2017, E. 3.4.2.

Bundesgerichtsurteils, welches eine bundesrechtswidrige kantonale Rechtslage feststellt, erlassen.⁵⁸

Fraglich ist, ob durch eine Verordnung und ergänzende Massnahmen der Regierung ein Gesetzgebungsauftrag erfüllt werden kann. Der Wortlaut von Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV lässt vermuten, dass eine gesetzliche Grundlage verlangt wird. Doch in BGE 137 I 305 führte das Bundesgericht aus, dass der Gleichstellungsauftrag auch ohne gesetzgeberische Massnahmen umgesetzt werden könne.⁵⁹ Es erscheint bedenklich, dass es möglich sein soll, einen Gesetzgebungsauftrag ohne Mitwirkung des Parlaments und mit dementsprechend minimalen Regelungen erfolgreich und wirksam umsetzen zu können. Bei grundlegenden Regelungen mit einer gewissen Tragweite ist der Gesetzgeber gefordert.⁶⁰ Darüber hinaus fasst der Auftrag den formellen Gesetzgeber ins Recht, da nur dadurch Massnahmen mit einer bestimmten hohen Intensität festgesetzt werden können.⁶¹ Andere Staatsgewalten können zwar tätig werden, aufgrund fehlender Kompetenzen können sie einen Gesetzgebungsauftrag aber funktionsbedingt nicht erfüllen. Die Ansicht des Bundesgerichts, dass der Gleichstellungsauftrag sich auch ohne gesetzliche Grundlagen erreichen liesse, ist unstimmtig. Es äusserte sich im jüngeren Urteil auch selbst zur unsicheren Wirksamkeit der Regelung ohne entsprechende Ressourcen und bezeichnete diese nur als eine Übergangslösung, um den rechtswidrigen Zustand zu beseitigen.⁶² Eine klare Feststellung, dass die minimalen Regelungen nicht ausreichen, um den Auftrag umzusetzen, wäre wünschenswert gewesen.⁶³

Ein Blick in die Gesetzessammlung des Kantons Zugs verstärkt die Bedenken über die starke Zurückhaltung des Bundesgerichts. Es zeigt sich, dass die Gleichstellungsverordnung, die nur als «Übergangslösung»⁶⁴ gedacht

58 ANDREAS AUER, Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Bern 2016, N 701; YVO HANGARTNER, Urteilsbesprechung BGE 130 I 140, AJP 2004, 1409-1415, S. 1414; TOBIAS JAAG, Die Verordnung im schweizerischen Recht, ZBl 112/2001 S. 629-659, S. 643; BGE 130 I 140 E. 3.2, 4.3.2, 5.3.

59 BGE 137 I 305 E. 5.2; Kritisch dazu: NAGUIB (Anm. 33), S. 931.

60 PÄRLI (Anm. 33), S. 428-429. Mit weiteren Hinweisen: RENÉ WIEDERKEHR / PAUL RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Band I, Bern 2012, N 1377.

61 SGK BV-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER (Anm. 7), Art. 8 N 111; KÄGI-DIENER (Anm. 8), S. 402 mit Hinweis auf Art. 2 lit. a CEDAW, welcher auch gesetzgeberische Massnahmen fordert; Botschaft «Gleiche Rechte für Mann und Frau» (Anm. 6), 142.

62 BGer 1C_504/2016, 19. Oktober 2017, E. 3.4.3, 4.5. Vgl. dazu auch PÄRLI (Anm. 33), S. 428-429 mit Hinweis auf BGE 130 I 140 E. 5.3.7.

63 FRANZISKA SPRECHER (et. al.), Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2017 und 2018, ZBJV 154/2018, S. 641-671, S. 649.

64 BGer 1C_504/2016, 19. Oktober 2017, 3.4.3.

war, immer noch in Kraft ist.⁶⁵ Zudem wurde die Verordnung auch nicht im Rahmen der geforderten personellen und finanziellen Ressourcen ausgebaut.⁶⁶ Um den Druck auf das Gesetzgebungsorgan zu erhöhen und der Gefahr entgegenzuwirken, dass die Verordnung auch Jahre nach ihrem Zustandekommen noch nicht durch ein Gesetz ersetzt worden ist, ist eine Befristung der Verordnung unerlässlich.⁶⁷ Jedoch verpflichtet das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung die Regierung nicht dazu, entsprechende Verordnungen zu befristen. Denn die Verordnung muss, wenn sich das Gesetzgebungsverfahren in die Länge zieht oder eine Vorlage in der Volksabstimmung scheitert, anwendbar bleiben.⁶⁸ Durch eine grosszügige Gültigkeitsdauer der Verordnung könnten diese Bedenken jedoch gedämpft werden.

Zusammenfassend hat die Regierung versucht, den Gleichstellungsauftrag ohne den Kantonsrat umzusetzen. Da sie dabei an die Grenzen ihres Zuständigkeitsbereiches gebunden war, sind die Regelungen der Verordnung minimal ausgefallen. Der Zweck der Verordnung lag darin, ein bundesgerichtliches Urteil ohne ein langes und risikoreiches Gesetzgebungsverfahren umzusetzen. Damit konnte die Regierung aber keinen Druck auf das Parlament ausüben, selbst tätig zu werden. Ein eigenständiges Tätigwerden des Kantonsrates wäre aber unerlässlich gewesen.

V. Ausblick

Der Fall des Kantons Zugs verdeutlicht die Schwierigkeiten im Umgang mit unerfüllten Gesetzgebungsaufträgen. Während das Appellurteil durch seine fehlende Durchsetzungskraft aufgefallen ist, sticht die Gleichstellungsverordnung der Regierung durch ihre dauerhafte Geltung und ihren minimalen Inhalt heraus. Beide Instrumente konnten das Gesetzgebungsorgan nicht dazu veranlassen, tätig zu werden. Ein Blick auf die jetzige Situation im Kanton Zug offenbart, dass der Kanton immer noch mit der Gleichstellung zu kämpfen hat.⁶⁹

65 Verordnung über die Gleichstellung von Frau und Mann, BGS 132.11.

66 Siehe zu den Forderungen: BGer 1C_504/2016, 19. Oktober 2017, E. 4.5; VALERIE WIESER, Warum die Gleichstellung im Kanton Zug ein Papiertiger bleibt, zentralplus vom 23. März 2019.

67 PÄRLI (Anm. 33), S. 429.

68 BGE 130 I 140 E. 5.3.7.

69 WIESER, (Anm. 66).

Das vorliegende Problem ist zwar ein typisches, aber auch ein spezifisches, für welches je nach Ebene und Ausgestaltung der Verfassungsgerichtsbarkeit andere Lösungen gefunden werden müssen. Es kommen durchaus auch andere Massnahmen in Frage, um einen unerfüllten Gesetzgebungsauftrag voranzutreiben. In den Sinn kommen bspw. richterliche Ersatzregelungen oder eine Ersatzvornahme auf Seiten des Bundes. Interessant ist auch der Vergleich mit der Verschleppung der Volksinitiative im Bund in der ersten Hälfte des 20. Jahrhundert.⁷⁰ Fraglich bleibt letztlich, ob andere Vorgehensweisen mehr Aussicht auf Erfolg haben und welche rechtsstaatlichen Gefahren diesen innewohnen.⁷¹ Dem Versuch, unerfüllte Gesetzgebungsaufträge durch andere Staatsgewalten zu erfüllen, liegt stets der Konflikt zwischen dem Rechtsstaatsprinzip und der Gewaltenteilung zugrunde. Dieser Beitrag hat versucht, das Verständnis für diesen Grundsatzkonflikt zu stärken und animiert über Lösungen nachzudenken.

70 ParlG Komm.-ALEXANDRE FÜZESSÉRY, in: Martin Graf / Cornelia Theler / Moritz von Wyss, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG) vom 13. Dezember 2002, Basel 2014 (zit. ParlG Komm.-VERFASSERIN), Art. 106 N 1 mit weiteren Hinweisen.

71 Die Autorin erforscht in ihrer Dissertation die Ausgleichsmechanismen bei gesetzgeberischem Unterlassen.

APARIUZ XXII UNTER GLEICHEN

Die diesjährige XXII. Ausgabe der Schriftenreihe APARIUZ greift mit ihrem Titel «Unter Gleichen» programmatisch das 2021 anzusetzende fünfzigste Jubiläum eines der bedeutendsten rechtshistorischen und politischen Ereignisse der Schweiz auf: die Einführung des allgemeinen Frauenwahl- und Stimmrechts.

Ausgehend von diesem in seiner gesellschaftlichen und juristischen Tragweite kaum zu übertreffenden Meilenstein untersuchen die dreizehn Beiträge dieses Sammelbandes, verfasst von Nachwuchswissenschaftlerinnen aus allen juristischen Fachbereichen, verschiedenste Fragen zum komplexen und vielschichtigem Verhältnis von Recht, Gleichheit und Gerechtigkeit.