

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 140 (2021)

Artikel: Gleichstellung und politische Rechte : auf dem Weg zu einer integrativen Demokratie

Autor: Tobler, Christa

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-1052963>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 08.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Gleichstellung und politische Rechte: auf dem Weg zu einer integrativen Demokratie

CHRISTA TOBLER*

Ich widme diesen Beitrag zwei für mich besonders wichtigen Frauen: meiner viel zu früh verstorbenen Mutter, Ruth Tobler-Pulfer (1933–1991), der das Frauenstimmrecht ein Herzensanliegen war, und meiner Patin Heidi Wüger (1930), die ihr Stimmrecht wegen einer altersbedingten Behinderung nicht mehr ausüben kann.

* Prof. Dr. Christa Tobler, Professorin für das Recht der Europäischen Union an den Europainstituten der Universitäten Basel (Schweiz) und Leiden (Niederlande). – Für Hilfe mit der Beschaffung von Material bin ich vielen Menschen zu Dank verpflichtet. Für inhaltliche Hinweise und kritische Bemerkungen danke ich insb. der Historikerin Dr. Noëmi Crain Merz (Universität Basel), der Politologin Prof. Dr. Stefanie Bailer (Universität Basel), der Germanistin Susanna Schaad (Winterthur), den Juristinnen Prof. Dr. Véronique Boillet (Universität Lausanne), Dr. Patrizia Cattaneo Beretta (Lugano), Dr. Caroline Hess-Klein (Universität Basel), Prof. Dr. Helen Keller (Universität Zürich) und Morgane Ventura (Universität Genf) sowie dem Historiker und Juristen Prof. Dr. Lorenz Langer (Universität Zürich).

Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung	281
B.	Völkerrechtlicher Kontext, insb. für das Frauenstimmrecht	282
I.	Überblick	282
II.	UNO-Konventionen	283
1.	UNO-Pakt II	283
2.	CEDAW	284
III.	Die Menschenrechtskonvention des Europarats	285
IV.	Relevanz für die Schweiz	286
C.	Zur Einführung des Frauenstimmrechts in der Schweiz	287
I.	Überblick	287
II.	Internationaler Vergleich	287
III.	Föderalistischer Rahmen	289
IV.	Gemeinden, Kantone und Bund im Wechselschritt	290
V.	Appenzeller Fallstudien zum Kampf um die Rechtssprache	293
1.	Wege zum Frauenstimmrecht	293
2.	Ausserrhoden: politische Entscheide	294
3.	Innerrhoden: der Appenzeller Stimmrechtsentscheid des Bundesgerichts	295
a.	Entwicklung vor dem Bundesgerichtsentscheid	295
b.	Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer im Appenzeller Stimmrechtsfall	295
c.	Die zentrale Auslegungsfrage	296
d.	Auslegung der Art. 4 Abs. 2 und 74 Abs. 4 der Bundesverfassung	297
e.	Befund und Lösung des praktischen Problems	298
f.	Spätere Entwicklung des Innerrhoder Verfassungstexts	300
g.	Rezeption im Schrifttum: ausgewählte Stimmen	301
VI.	Rechtssprache und Geschlecht	302
1.	Genderlinguistik und Diskussion zum Sprachgebrauch	302
2.	Von «Landleuten», «Personen» und «Menschen» – und der «Living Tree Doctrine»	304
3.	Von «Schweizern» und «Schweizerinnen» – und einer integrativen Rechtssprache	308
a.	Historische Auslegung und Rechtspraxis	308
b.	Neue Auslegung ausserhalb des Stimmrechts	310
c.	Politische Rechte: vom generischen Maskulinum zu Paarbegriffen	313
d.	Sind die heutigen Formulierungen auf der Höhe der Zeit?	314
VII.	Vom Recht zur Realität – «50 Jahre Frauenstimmrecht und noch keine tatsächliche Gleichstellung»	317
1.	Die aktuelle Situation in der Schweiz	317
2.	Fördermassnahmen (insb. Quotenregelungen)	318
3.	Notwendige Neuausrichtung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	323
D.	Weitere Bereiche: der schweizerische Rechtsrahmen zum Stimmrecht	325
I.	Überblick	325
II.	Politische Rechte im föderalistischen Rahmen	325
III.	Begrenztes Stimmrecht – und die Rechtsgleichheit?	326
E.	Stimmrecht von Menschen mit Behinderung	327
I.	Vorreiterrolle des Kantons Genf	327
II.	Regelung im föderalistischen System der Schweiz	329
1.	Teilweiser Ausschluss von Stimmrecht	329

2. Ausübung des Stimmrechts	330
III. Völkerrechtlicher Kontext	331
1. UNO-Pakt II	331
a. Politische Rechte nach Art. 25	331
b. Ein Anwendungsfall aus den Niederlanden	332
2. Die Behindertenrechtskonvention	334
a. Diskriminierungsverbot	334
b. Vom medizinischen zum sozialen Modell	335
c. Zugänglichkeit, angemessene Vorkehrungen und universelles Design	336
d. Unterstützte Entscheidungsfindung	338
e. Politische Rechte gemäss Art. 29 BRK: Überblick	339
f. Stimmrecht ohne Einschränkungen	340
g. Unterstützung zur Ausübung des Stimmrechts	344
h. Mehrfachdiskriminierung	346
IV. Sieben Jahre BRK in der Schweiz und weder volle rechtliche noch tatsächliche Gleichstellung	347
F. Stimmrecht von Jugendlichen	349
I. Völkerrechtlicher Kontext	349
II. Regelung im föderalistischen System der Schweiz	351
III. Gleichstellung oder Demokratie?	352
IV. Auf dem Weg zum Stimmrechtsalter 16	356
G. Stimmrecht von ausländischen Staatsangehörigen in der Schweiz	357
I. Völkerrechtlicher Kontext	357
II. Regelung im föderalistischen System der Schweiz	358
III. Gleichstellung oder Demokratie?	360
1. Argumente gegen die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit	360
2. Die Frage der Gleichstellung	361
IV. Exkurs: das Recht der Europäischen Union und seine Relevanz für die Schweiz	362
1. Kommunales Wahlrecht gemäss EU-Recht	362
2. Relevanz für die Schweiz	364
H. Stimmrecht von Schweizer Staatsangehörigen mit Wohnsitz im Ausland	366
I. Völkerrechtlicher Kontext	366
II. Regelung im föderalistischen System der Schweiz	367
III. Die Frage der Gleichstellung	368
IV. Exkurs: das Recht der Europäischen Union und seine Relevanz für die Schweiz	370
I. Schlussbemerkungen	371

A. Einleitung

Im Jahr 2021 jährt sich die Einführung des Frauenstimm- und Wahlrechts¹ (in der Folge dem allgemeinen Schweizer Sprachgebrauch entsprechend kurz «Frauenstimmrecht») auf der Ebene des Schweizer Bundesstaats zum fünfzigsten Mal. Das Jubiläumsjahr ist von zahlreichen Aktivitäten geprägt. Der Verein CH2021 hat hierzu eine informative Aktionslandkarte geschaffen.² Universitäten bieten besondere Lehrveranstaltungen an, so z.B. Basel das Seminar «Der Weg zum Frauenstimmrecht in der Schweiz»³ und die Ringvorlesung «Aus Gründen der Gerechtigkeit: 50 Jahre Frauenstimmrecht in der Schweiz – und die unfertige Geschichte der Gleichheit».⁴ Von Seiten der Bundesverwaltung liegt unter dem Titel «50 Jahre Frauenstimmrecht und noch keine tatsächliche Gleichstellung» seit dem Frühjahr 2020 diverses Informations- und Studienmaterial vor⁵ (wobei mit diesen Titeln auch zugleich die heutige Problematik angesprochen ist). Zahlreiche neue Publikationen beleuchten die Thematik aus unterschiedlichen fachlichen Perspektiven.⁶

Viele dieser Arbeiten haben das Verfassen des vorliegenden Beitrags in wertvoller Weise erleichtert. Der Beitrag widmet sich auf Einladung des

-
- 1 HAEFLIGER erwähnt, dass vorgeschlagen wurde, den Frauen zuerst nur das Stimm-, nicht aber das Wahlrecht zu gewähren, was aber nicht umgesetzt wurde. Das Stimm- und Wahlrecht der Frauen gehörte immer zusammen; ARTHUR HAEFLIGER, *Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich*. Zur Tragweite des Artikels 4 der Bundesverfassung, Bern 1985, S. 28 und 31.
 - 2 Siehe <<https://ch2021.ch/verein/>>. Präsidentin des Vereins ist ZITA KÜNG, eine langjährige Aktivistin in Sachen Gleichstellung.
 - 3 Historisch-philosophische Fakultät, Herbstsemester 2020, Lehrveranstaltung 58777–01 von NOËMI CRAIN MERZ, <<https://vorlesungsverzeichnis.unibas.ch/de/semester-planung?id=251906>>.
 - 4 Ringvorlesung, Frühjahrssemester 2021, Lehrveranstaltung 60773–01 von CAROLINE ARNI, <<https://vorlesungsverzeichnis.unibas.ch/de/home?id=257183>>.
 - 5 Medienmitteilung des Bundesrats vom 30. April 2020, 50 Jahre Frauenstimmrecht und noch keine tatsächliche Gleichstellung, <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-78958.html>>. Der Bundesrat informiert hier über drei Präsentationen, zwei Postkartenserien und ein online-Lernmodul.
 - 6 Darunter z.B. ISABEL ROHNER und IRÈNE SCHÄPPI (Hrsg.), *50 Jahre Frauenstimmrecht. 25 Frauen über Demokratie, Macht und Gleichberechtigung*, Zürich 2020; WERNER SEITZ, *Auf die Wartebank geschoben. Der Kampf um die politische Gleichstellung der Frauen in der Schweiz seit 1900*, Zürich 2020; DENISE SCHMID (Hrsg.), *Jeder Frau ihre Stimme. 50 Jahre Schweizer Frauengeschichte 1971–2021*, Baden/Zürich 2020 (mit eindrucklichem Bildmaterial); RITA JOST, HEIDI KRONENBERG und NORA RYSER (Hrsg.), *Gruss aus der Küche. Texte zum Frauenstimmrecht*, Zürich 2020. Im Beitrag von LORENZ LANGER zum Demokratierecht der Schweiz gilt ein Schwerpunkt dem «Geschlecht des corps politique», LORENZ LANGER, *Zwischen republikanischer Selbstbestimmung und demokratischer Legitimation: Der schweizerische corps politique*, in: Glaser/Langer (Hrsg.), *Das Parlamentswahlrecht als rechtsstaatliche Grundlage der Demokratie*, Zürich/St. Gallen 2020, S. 57–85, S. 66 ff. – Praktisch zeitgleich mit dem hier vorliegenden Beitrag entstand zudem im Auftrag des Feministischen Rechtsinstituts eine Studie: BRIGITTE STUDER und JUDITH WYTENBACH, *Frauenstimmrecht. Historische und rechtliche Entwicklungen 1848–1971*, Zürich 2021 (im Erscheinen begriffen). Sie trägt u.a. juristisch-historische Quellen (einschl. Literatur) zum Frauenstimmrecht zusammen und analysiert sie.

Schweizer Juristenvereins dem Thema der Gleichstellung im Zusammenhang mit den politischen Rechten. LANGER⁷ spricht vom (Stimm- und) Wahlrecht «als ohne Diskriminierung gewährtem Individualrecht», weist aber zugleich auf zentrale Kriterien hin, die bei der Bestimmung des «corps politique» lange angewendet wurden und auch heute teilweise noch angewendet werden: Geschlecht, Bürgerrecht, aber auch Alter und Aufenthaltsort (bzw. Wohnort). Darauf fokussiert denn auch der vorliegende Beitrag, welcher zusätzlich Behinderungen einbezieht. Ein besonderes Augenmerk liegt auf der Einführung des Frauenstimmrechts in der Schweiz. Dazu liegt bereits eine umfangreiche Literatur vor. Der vorliegende Beitrag setzt sich zum Ziel, die Thematik aus einem Blickwinkel zu beleuchten, der in der klassischen juristischen Literatur nicht im Vordergrund steht, nämlich jenem von «Rechtssprache und Geschlecht». Der Kampf um das Frauenstimmrecht hatte in der Schweiz wesentlich mit der Verwendung und der Auslegung von Rechtsbegriffen zu tun, welche an das Geschlecht gekoppelt wurden. Hier stellen sich aus der Gleichstellungsperspektive interessante Fragen, welche über ein binäres Geschlechterverständnis hinausführen und auch für andere Bereiche relevant sind.

Der Beitrag ist wie folgt aufgebaut: Einer knappen Übersicht zum Völkerrecht über die Rechtsgleichheit mit Bezug auf politische Rechte, insb. für Frauen (unten B.) folgen Ausführungen zur Einführung des Frauenstimmrechts in der Schweiz (C.). Sodann wird vor dem Hintergrund des heutigen allgemeinen Schweizer Rechtsrahmens zum Stimmrecht (D.) spezifisch auf das Stimmrecht von Personen mit Behinderung (E.), von Jugendlichen (F.), von ausländischen Staatsangehörigen in der Schweiz (G.) sowie von Schweizer Staatsangehörigen mit Wohnsitz im Ausland (H.) eingegangen. Das Manuskript für den Beitrag wurde im März 2021 abgeschlossen.

B. Völkerrechtlicher Kontext, insb. für das Frauenstimmrecht

I. Überblick

Aus völkerrechtlicher Sicht erscheint heute unverständlich, dass den Frauen das Stimmrecht verweigert werden könnte, ist es doch in verschiedenen internationalen Rechtsinstrumenten fest verankert: auf der globalen Ebene im Recht der Vereinten Nationen («United Nations», in der Schweiz meist mit UNO – von «United Nations Organization» – bezeichnet) und auf der regionalen, europäischen Ebene im Recht des Europarats.⁸ Im Folgenden wird der heutige Rechtsstand des Völkerrechts zum Stimmrecht kurz umrissen, insb. im Kontext der

⁷ LANGER (Fn. 6), S. 57 f. sowie 65.

⁸ In der Literatur wird z.T. auch das Argument vertreten, das allgemeine, diskriminierungsfreie Stimmrecht sei Teil des Völkergewohnheitsrechts; RICHARD J. WILSON, *The Right to Universal, Equal and Nondiscriminatory Suffrage as a Norm of Customary International Law: Protecting*

Rechtsgleichheit und des Geschlechtes.⁹ Ausführungen zu den Kriterien Behinderung, Alter und Staatsangehörigkeit bzw. Wohnsitz folgen später (siehe unten ab dem Teil E.).

II. UNO-Konventionen

1. UNO-Pakt II

Nach Art. 25 des UNO-Paktes II von 1966¹⁰ besteht ein allgemeiner, menschenrechtlicher Anspruch auf diskriminierungsfreie politische Partizipation der Staatsangehörigen eines Vertragsstaats. Art. 25 lautet (in der inoffiziellen, von der Schweiz verwendeten, deutschen Übersetzung):

«Jeder Staatsbürger hat das Recht und die Möglichkeit, ohne Unterschied nach den in Artikel 2 genannten Merkmalen und ohne unangemessene Einschränkungen

- a) an der Gestaltung der öffentlichen Angelegenheiten unmittelbar oder durch frei gewählte Vertreter teilzunehmen;
- b) bei echten, wiederkehrenden, allgemeinen, gleichen und geheimen Wahlen, bei denen die freie Äusserung des Wählerwillens gewährleistet ist, zu wählen und gewählt zu werden;
- c) unter allgemeinen Gesichtspunkten der Gleichheit zu öffentlichen Ämtern seines Landes Zugang zu haben.»

Buchstabe b nennt ausdrücklich nur *Wahlen*. Das hier verbrieftete Recht geht aber darüber hinaus und umfasst auch das *Stimmrecht* bei Abstimmungen.¹¹ Der gleichheitsrechtliche Charakter der Bestimmung ergibt sich aus der Formulierung «ohne Unterschied nach den in Artikel 2 genannten Merkmalen». Dazu gehört ausdrücklich auch das Geschlecht. Art. 2 Abs. 1 lautet:

«Jeder Vertragsstaat verpflichtet sich, die in diesem Pakt anerkannten Rechte zu achten und sie allen in seinem Gebiet befindlichen und seiner Herrschaftsgewalt unterstehen-

the Prisoner's Right to Vote, in: Ewald/Rottinghaus (Hrsg.), *Criminal Disenfranchisement in an International Perspective*, Cambridge 2009, S. 109–135.

9 Allgemein zu Recht und Geschlecht ANDREA BÜCHLER und MICHELLE COTTIER, *Legal Gender Studies: Rechtliche Geschlechterstudien. Eine kommentierte Quellensammlung*, Zürich/St. Gallen 2012, S. 201 ff., sowie ELISABETH GREIF/SILVIA ULRICH, *Legal Gender Studies und Antidiskriminierungsrecht*, Linz 2017, S. 60 ff. Für einen Überblick über den internationalen Menschenrechtsschutz und Rechtsgleichheit siehe KURT PÄRLI, Teil 2: Völker- und verfassungsrechtliche Grundlagen, in: Naguib/Pärli/Copur/Studer (Hrsg.), *Diskriminierungsrecht. Handbuch für Jurist_innen, Berater_innen und Diversity-Expert_innen*, Bern 2013, S. 37–50, S. 37 ff. Spezifisch zu den Menschenrechten von Frauen DORIS KÖNIG, *Frauenrechte sind Menschenrechte ... und doch anders? – Die UN-Frauenrechtskonvention (CEDAW)*, in: Rudolf (Hrsg.), *Frauen und Völkerrecht. Zur Einwirkung von Frauenrechten und Fraueninteressen auf das Völkerrecht*, Baden-Baden 2006, S. 81–98.

10 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966, SR 0.103.2.

11 Vgl. CCRP, General Comment No. 25, (The Right to Participate in Public Affairs) Voting Rights and the Right of Equal Access to Public Service (Art. 25), CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, 12. Juli 1996, Rz. 10 («right to vote at elections and referenda»).

den Personen ohne Unterschied wie insbesondere der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status zu gewährleisten.»

Dort, wo in der praktischen Umsetzung Missstände bestehen, empfiehlt der UNO-Menschenrechtsausschuss regelmässig Fördermassnahmen, so auch mit Blick auf die Untervertretung von Frauen in der Politik.¹²

2. CEDAW

Für einzelne Diskriminierungskriterien bestehen zudem spezifische Vorgaben. Im Zusammenhang mit dem Frauenstimmrecht ist das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW, von «Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women») von 1979 relevant.¹³ Es hat einen breit gefassten Anwendungsbereich und enthält weit reichende Bestimmungen (wobei allerdings Vorbehalte und Erklärungen der Vertragsstaaten die Wirkung des Übereinkommens erheblich einschränken können). Die CEDAW ist, insofern atypisch für internationales Recht, asymmetrisch auf den Schutz von Frauen ausgerichtet. Art. 1 definiert die Diskriminierung der Frau als

«jede mit dem Geschlecht begründete Unterscheidung, Ausschliessung oder Beschränkung, die zur Folge oder zum Ziel hat, dass die auf die Gleichberechtigung von Mann und Frau gegründete Anerkennung, Inanspruchnahme oder Ausübung der Menschenrechte und Grundfreiheiten durch die Frau – ungeachtet ihres Zivilstands – im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen, staatsbürgerlichen oder jedem sonstigen Bereich beeinträchtigt oder vereitelt wird.»

Der staatsbürgerliche Bereich ist hier ausdrücklich als relevanten Beispielbereich erwähnt. Zudem bestimmt Art. 7 CEDAW:

«Die Vertragsstaaten treffen alle geeigneten Massnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau im politischen und öffentlichen Leben ihres Landes und gewährleisten insbesondere allen Frauen in gleicher Weise wie den Männern

- a) das Stimmrecht bei allen Wahlen und Volksabstimmungen sowie das passive Wahlrecht für alle öffentlich gewählten Gremien;
- b) das Recht auf Mitwirkung an der Ausarbeitung der Regierungspolitik und deren Durchführung sowie auf Bekleidung öffentlicher Ämter und auf Wahrnehmung aller öffentlichen Aufgaben auf allen Ebenen staatlicher Tätigkeit;

12 Dazu PAUL M. TAYLOR, A Commentary on the International Covenant on Civil and Political Rights, Cambridge 2020, Art. 25: Right to Participate in Public Affairs, Electoral Rights and Access to Public Service, S. 703.

13 Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979, für die Schweiz SR 0.108. Die frühere «Convention on the Political Rights of Women» (193 U.N.T.S. 135, 20. Dezember 1952) entfaltete wenig Wirkung. Ein weiteres Vorläuferinstrument war die «Declaration on the Elimination of Discrimination against Women».

- c) das Recht auf Mitarbeit in nichtstaatlichen Organisationen und Vereinigungen, die sich mit dem öffentlichen und politischen Leben ihres Landes befassen.»

Hier sind sowohl Wahlen als auch Abstimmungen explizit genannt. Die CEDAW verlangt aber weder ein bestimmtes politische System noch eine bestimmtes Wahlverfahren.¹⁴ Angesichts der mangelhaften Umsetzung von Art. 7 CEDAW empfiehlt der CEDAW-Ausschuss¹⁵ nachdrücklich den Einsatz von zeitweiligen Sondermassnahmen i.S.v. Art. 4 Abs. 1 CEDAW (dazu auch unten C. VII.3.).

III. Die Menschenrechtskonvention des Europarats

Im Gegensatz zu den erwähnten globalen Instrumenten äussert sich die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)¹⁶ nicht zum Stimmrecht. Zwar sah der Entwurf eine entsprechende Bestimmung vor, die aber wegen des Widerstands u.a. des Vereinigten Königreichs von Grossbritannien und Nordirland nicht übernommen wurde. Stattdessen ist die politische Demokratie in der Präambel erwähnt, sozusagen als Vorbedingung für die Beteiligung von Staaten an der Konvention.¹⁷ Das individuelle Stimm- und Wahlrecht wurde etwas später in der Gestalt von Art. 3 des Zusatzprotokolls Nr. 1¹⁸ unter dem Titel «Recht auf freie Wahlen» garantiert:

«Die Hohen Vertragsparteien verpflichten sich, in angemessenen Zeitabständen freie und geheime Wahlen unter Bedingungen abzuhalten, welche die freie Äußerung der Meinung des Volkes bei der Wahl der gesetzgebenden Körperschaften gewährleisten.»

Vom Wortlaut her geht es hier lediglich um die Verpflichtung der Vertragsstaaten, regelmässig freie und geheime Wahlen unter gewissen Bedingungen abzu-

14 SARAH WITTKOPP, Art. 7, in: Freeman/Chinkin/Rudolf (Hrsg.), *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women. A Commentary*, Oxford 2012, S. 202. Zu Art. 7 CEDAW weiter IRÈNE SCHMIDLIN, *Article 7 CEDAW*, in: Hertig Randall/Hottelier/Lempen, *CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif*, Zürich 2019, sowie KATHRIN ARIOLI, Art. 7. A. Allgemeine Kommentierung von Art. 7, in: Schläppi/Ulrich/Wyttenbach, *Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau. Allgemeine Kommentierung – Umsetzung in der Schweiz – Umsetzung in Österreich*, Zürich 2015.

15 CEDAW, General Recommendation No. 23: Political and Public Life, U.N. Doc. A/52/38, 1997. Zu den zeitweiligen Fördermassnahmen siehe Rz. 15.

16 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, SR 0.101.

17 So AGUSTÍN RUIZ ROBLEDO, *The construction of the right to free elections by the European Court of Human Rights*, *Cambridge International Law Journal*, Vol. 7 (2018) No. 2, S. 225–240, S. 226.

18 Zusatzprotokoll zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 20. März 1952, Sammlung der Europäischen Verträge – Nr. 9, <<https://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168006377b>>.

halten. Gemäss RUIZ ROBLEDO¹⁹ war dies eine bewusste Entscheidung. Entsprechend wurde die Bestimmung über längere Zeit so verstanden, dass sie keine individuellen Rechte umfasste. Dies änderte sich ab Mitte der 1970er Jahre, bestätigt durch die Rechtsprechung des Europäischen Menschenrechtsgerichtshof (EMGR) in der zweiten Hälfte der 1980er Jahre.²⁰ Damit wandelte sich die Bestimmung von einer allgemein gehaltenen Verpflichtung der Staaten zu einem echten subjektiven Individualrecht, das die Staaten schliesslich akzeptierten.²¹ Die Verpflichtung der Vertragsstaaten ist von einem weiten Ermessensspielraum gekennzeichnet, der gewisse Beschränkungen des Stimmrechts zulässt.²² Zu Art. 3 des Zusatzprotokolls Nr. 1 zur EMK liegt ein Rechtsprechungsführer des EGMR vor.²³

IV. Relevanz für die Schweiz

In der Schweiz fand die Diskussion um die Einführung des Frauenstimmrechts lange ohne den erwähnten völkerrechtlichen Rahmen statt. Entweder bestanden diese Instrumente noch gar nicht oder aber sie galten (noch) nicht für die Schweiz.²⁴ So war die Schweiz anfangs der 1970er Jahre der UNO noch nicht beigetreten; dies erfolgte erst 2002. Den UNO-Pakt II unterzeichnete sie mit gewissen Vorbehalten aber bereits 1992 (Ratifikation im selben Jahr). Der CEDAW trat die Schweiz 1987 bei, wobei die Ratifikation erst 1997 erfolgte. Auch zum Europarat gehörte die Schweiz nicht von Anfang an. Sie wurde erst 1963 Mitglied, und zwar ohne zugleich die EMRK zu unterzeichnen; diese gilt in der Schweiz erst seit 1974. Ein wichtiger Grund für das Abseitsstehen lag im fehlenden Frauenstimmrecht und der darin liegenden Diskriminierung der

19 Für das Folgende RUIZ ROBLEDO (Fn. 17), S. 227 ff.

20 Ständige Rechtsprechung seit EGMR, Urteil vom 2. März 1987, *Mathieu-Mohin und Clerfayt gegen Belgien*, Nr. 9267/81; jüngst EGMR, Urteil vom 22. Dezember 2020, *Demirtaş gegen Türkei*, Nr. 14305/17.

21 RUIZ ROBLEDO (Fn. 17), S. 228, verbindet das Vorgehen des Gerichtshofs mit dem Dichterwort «jurists interpret laws more freely than poets do reality». Laut ihm stammt es von Goethe. Tatsächlich lässt es sich eher auf das Theaterstück von JEAN GIRAUDOUX «La guerre de Troie n'aura pas lieu» (1935) zurückführen: «Le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité.» Goethe scheint nichts in dieser Art gesagt zu haben. Der Irrtum könnte mit der bekannten Tatsache zu tun haben, dass Goethe Jurist war; dazu etwa der elegant geschriebene Beitrag von GERHARD SIMSON, Goethe als Rechtsanwalt, *Deutsche Rechts-Zeitschrift* 1949, S. 338–342.

22 Hierzu z.B. RUIZ ROBLEDO (Fn. 17), S. 229 ff., sowie KAREN REID, *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, 6. Aufl., London 2019, Rz. 48–006.

23 European Court of Human Rights, Guide on Article 3 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights: Right to free elections, Strassburg 2020, <https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_3_Protocol_1_ENG.pdf>.

24 Zum aussenpolitischen Kontext der Entwicklung in der Schweiz HELEN KELLER, *Rezeption des Völkerrechts*, Berlin/Heidelberg/New York/Barcelona/Hongkong/London/Mailand/Paris/Tokio 2003, S. 299 ff.

Schweizer Frauen.²⁵ Ende der 1960er Jahre plante der Bundesrat die Unterzeichnung der EMRK zuerst unter Ausschluss des Frauenstimmrechts, kam aber nach Protesten aus der Bevölkerung wieder davon ab. In einem Bericht von 1968 erwähnte er das Zusatzprotokoll Nr. 1,²⁶ dem die Schweiz allerdings auch später nicht beitrug.²⁷ Letztlich führte diese Diskussion aber dazu, dass der Bundesrat das Frauenstimmrecht auf der Bundesebene schliesslich doch anstrebte. Damit lässt sich mit dem Historiker MAISSEN die Kurzformel verwenden, dass die Schweizer Frauen ihr Stimmrecht der EMRK verdanken²⁸ – zumindest auf der Bundesebene und indirekt.

C. Zur Einführung des Frauenstimmrechts in der Schweiz

I. Überblick

Der folgende Teil wendet sich nach einem internationalen Vergleich (unten II.) dem schweizerischen föderalistischen Rahmen (unten III.) und der Einführung des Frauenstimmrechts in diesem Rahmen (unten IV.) zu. Dem folgen Appenzeller Fallstudien zum Kampf um die Rechtssprache (unten V.) und Ausführungen zum Thema «Rechtssprache und Geschlecht» (unten VI.). Am Schluss geht es um die aktuelle Situation in der Schweiz und den Handlungsbedarf (unten VII.).

II. Internationaler Vergleich

Im internationalen Vergleich wurde in der Schweiz zwar das Männerstimmrecht früh,²⁹ das Frauenstimmrecht aber erst spät eingeführt.³⁰ Laut HAL-

25 Dazu ANDREAS KLEY und MARTIN SIGRIST, Der Beitritt der Schweiz zur EMRK – Vorbereitung und Umsetzung des Beitritts vor und nach 1974, in: Jaag/Kaufmann (Hrsg.), 40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK, Zürich 2015, S. 17–52, S. 35.

26 Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 9. Dezember 1968, BBl 1968 I 1057, S. 1128.

27 Zu diesem letzteren Punkt auch LANGER (Fn. 6), S. 71, weiter etwa GEROLD STEINMANN, Art. 35 BV, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, Zürich/St. Gallen 2014, Rz. 32.

28 THOMAS MAISSEN, Die Frauen verdanken ihr Stimmrecht der EMRK, NZZ vom 6. Dezember 2014, <<https://www.nzz.ch/meinung/kolumnen/die-frauen-verdanken-ihr-stimmrecht-der-emrk-1.18439566>>.

29 STEFAN G. SCHMID, Entstehung und Entwicklung der Demokratie in der Schweiz, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz. Droit constitutionnel suisse, Band I Grundlagen, Zürich 2020, 287–316, S. 308 ff., mit weiteren Literaturhinweisen zur Schweizer Verfassungsgeschichte. Weiter auch TOMAS POLEDNA, Stimm- und Wahlrecht (Version vom 2.2.2021), Historisches Lexikon der Schweiz, <<https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/026453/2021-02-02/>>.

30 Wie BAUDENBACHER bereits im Rahmen eines früheren Juristentags festgehalten hat, war die Schweiz in Sachen Gleichstellung der Frauen generell «an extreme latecomer»; CARL BAUDENBACHER, Swiss Economic Law Facing the Challenges of International and European Law, ZSR 131 (2012) II Heft 2, S. 419–673, S. 478.

LER³¹ führten dieselben historischen Voraussetzungen, welche der Schweiz das Privileg einräumten, die erste dauerhafte Republik in Europa zu begründen, in letzter Konsequenz zur um Jahrzehnte verspäteten Einführung des integralen Stimmrechts der Schweizer Staatsangehörigen. Interessant ist in diesem Zusammenhang die Feststellung von LANGER,³² dass der Bundesrat noch Mitte des 20. Jahrhunderts einen Vergleich mit dem Ausland mit dem Hinweis auf «besondere Gesichtspunkte» und grundsätzliche Unterschiede zwischen der Schweiz und anderen Staaten ablehnte. Faktisch argumentierte er also mit dem «Sonderfall Schweiz» (der Politologe SEITZ spricht vom «gleichstellungspolitischen Sonderfall»).33 Heute dürfte unbestritten sein, dass sich die Schweiz trotz einer Reihe von länderspezifischen Besonderheiten (wie der Tatsache, dass es hier anders als in den meisten anderen Ländern zugleich um das *Stimm*- und das *Wahlrecht* ging) dem Vergleich mit anderen Staaten stellen muss.

Den Anfang mit der Einführung des Frauenstimm- bzw. Wahlrechts auf der nationalen Ebene machten Neuseeland in 1893, Finnland in 1906 und Norwegen in 1913³⁴ (Australien, das in diesem Zusammenhang oft erwähnt wird, verdient dies nicht, weil dort im Jahr 1902 nur weisse Frauen stimmberechtigt wurden, was bis in die 1960er Jahre hinein so blieb).³⁵ Von den grossen Nachbarländern der Schweiz waren Deutschland³⁶ und Österreich am frühesten (beide 1918).³⁷ Sogar die damals noch sehr konservativen Niederlande entschieden sich bereits 1919 für das «vrouwenkiesrecht».³⁸ Konnten diese Länder kürzlich das hundertjährige Bestehen des Frauenstimmrechts feiern,³⁹ so vermag die Schweiz lediglich auf die Hälfte dieser Zeitspanne zurückzublicken⁴⁰ –

31 GRET HALLER, Was hat der EU-Beitritt mit dem Frauenstimmrecht zu tun?, in: Notter/Weber/Heinemann/Baumgartner (Hrsg.), Europäische Idee und Integration – mittendrin und nicht dabei? Liber amicorum für Andreas Kellerhals, Zürich 2018, S. 111–120, S. 115.

32 LANGER (Fn. 6), S. 67.

33 WERNER SEITZ, Männerbündlerische Kultur. Warum die Schweizerinnen so lange warten mussten, bis sie wählen durften, NZZ vom 24. November 2020; sowie SEITZ (Fn. 6), S. 88.

34 Vgl. die Encyclopaedia Britannica unter dem Stichwort «Women's suffrage», <<https://www.britannica.com/topic/woman-suffrage>>.

35 Siehe National library of Australia, Women's Suffrage, <<https://www.nla.gov.au/digital-classroom/year-10-11-12/Feminism/womens-suffrage>>: Stimmrecht nur für «non-Indigenous women».

36 Dazu ISABEL ROHNER und REBECCA BEERHEIDE (Hrsg.), 100 Jahre Frauenwahlrecht. Ziel erreicht! Und weiter? Rossdorf 2017.

37 Dazu BLAUSTRUMPF AHOI!, «Sie meinen es politisch». 100 Jahre Frauenstimmrecht in Österreich: Geschlechterdemokratie als gesellschaftspolitische Herausforderung, Wien 2019.

38 Siehe aus wissenschaftlicher Sicht insb. die Themenummer der Zeitschrift Historica: 100 jaar vrouwenkiesrecht, 42 (2019) 2 Historica. tijdschrift voor gendergeschiedenis, sowie die Informationen von atria, Kennisinstituut voor Emancipatie en Vrouwengeschiedenis, 100 jaar vrouwenkiesrecht, <<https://atria.nl/tag/100-jaar-vrouwenkiesrecht/>>.

39 Für einen Vergleich der Entwicklung in den Ländern der Europäischen Union (prä-Brexit) siehe BLANCA RUIZ RODRIGUEZ und RUTH RUBIO-MARÍN, The Struggle for Female Suffrage in Europe: Voting to Become Citizens, Leiden 2012.

40 Deutschland blickt im Jahr 2021 auf ein anderes, geschlechterrelevantes 50-Jahrjubiläum zurück, nämlich die Abschaffung der amtlichen Anrede «Fräulein» am 16. Februar 1971; hierzu: Vor 50 Jahren: Die Anrede «Fräulein» wurde abgeschafft, Deutschlandfunk 16. Februar 2021,

50 Jahre Frauenstimmrecht zudem nach 100 Jahren Kampf, wie das Bundesparlament festgehalten hat.⁴¹ Im Jahr 1950 schrieb der Schweizerische Bund für Frauenstimmrecht auf einem Plakat: «In ganz Europa haben die Frauen das Wahlrecht, nur nicht in der Schweiz – Schweizerfrauen, verlangt eure politischen Rechte – Schweizermänner, gebt den Frauen das Stimm- und Wahlrecht». Das Plakat zeigt gelb die Europakarte mit der Schweiz als einzige, schwarz («Politische Rechtslosigkeit») eingefärbte Insel.⁴² Ganz richtig war dies allerdings nicht: Das Frauenstimmrecht fehlte auch noch in San Marino (wo es 1959 eingeführt wurde), Monaco (1962), Andorra (1970), Portugal (1974) und Liechtenstein (1984). Überall auf der Welt besteht es erst seit 2015; dieses Jahr markiert die Einführung des Frauenstimmrechts in Saudi-Arabien.⁴³

III. Föderalistischer Rahmen

Die in der Schweiz geltende Regelung des Stimmrechts zeichnet sich durch ihren föderalistischen Charakter aus. Zwar enthält die heutige Bundesverfassung in Art. 34 BV⁴⁴ eine allgemeine Garantie der politischen Rechte. Die Ausübung dieser Rechte, also die Art und Weise ihrer Wahrnehmung bzw. die formalen Aspekte,⁴⁵ wird jedoch gemäss Art. 39 Abs. 1 BV auf verschiedenen Ebenen geregelt, nämlich vom Bund in eidgenössischen Angelegenheiten und von den Kantonen in kantonalen und kommunalen Angelegenheiten. Die föderale Struktur des Schweizer Staatssystems prägte auch die Geschichte der Einführung des Frauenstimmrechts.⁴⁶ VOEGELI bemerkt zum rechtlichen Ausgangspunkt:⁴⁷

«https://www.deutschlandfunk.de/vor-50-jahren-die-anrede-fraeulein-wurde-abgeschafft.871.de.html?dram:article_id=492561». Die Schweiz brauchte auch dafür länger. Vorreiter war der Kanton St. Gallen im Jahr 1972, allerdings unter Beibehaltung der Möglichkeit, dass Frauen amtlich weiter als «Fräulein» angesprochen zu werden wünschten; dazu: Aus Fräulein werden Frauen, NZZ vom 7. Mai 1972.

41 Bundesversammlung, Frauenstimmrecht in der Schweiz: 100 Jahre Kampf, «<https://www.parlament.ch/de/%C3%BCber-das-parlament/politfrauen/eroberung-der-gleichberechtigung/frauenstimmrecht>».

42 Verfügbar unter «<https://www.emuseum.ch/objects/122709>».

43 Dazu etwa HUMAN RIGHTS WATCH, Saudi Arabia: Landmark Elections for Women, 11. Dezember 2015, «<https://www.hrw.org/news/2015/12/11/saudi-arabia-landmark-elections-women>».

44 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV), SR 101.

45 PIERRE TSCHANNEN, Art. 39, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.). Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015, Rz. 5.

46 Zum Föderalismusprinzip als Gleichstellungshindernis in der vergleichsweise frühen bundesgerichtlichen Rechtsprechung MANUEL ARROYO, Praxis des Bundesgerichts zur Gleichberechtigung von Mann und Frau (1848–1981). Eine rechtshistorische Analyse mit besonderer Berücksichtigung der Auseinandersetzungen um die politische Gleichstellung der Frau in der Schweiz, Basel 2001, S. 73 ff. Vgl. weiter – aus politologischer Sicht – THANH-HUYEN BALLMER-CAO, Fédéralisme et représentation des femmes en Suisse, in: Vatter/Varone/Sager (Hrsg.), Demokratie als Leidenschaft. Planung, Entscheidung und Vollzug in der Schweizerischen Demokratie, Bern 2009, S. 303–313.

47 YVONNE VOEGELI, Frauenstimmrecht (Version vom 26.1.2021), Historisches Lexikon der Schweiz, «<https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/010380/2021-01-26/>».

«Obschon die helvetische Verfassung von 1798, die liberalen Kantonsverfassungen des 19. Jahrhunderts sowie die Bundesverfassungen von 1848 und 1874 die Frauen nicht wörtlich von den politischen Rechten ausschlossen, blieb ihre Mitbestimmung (Stimm- und Wahlrecht) ausser Betracht. Die ab 1798 auch in der Schweiz geltenden Prinzipien Freiheit und Gleichheit fanden nur auf Männer Anwendung.»

Die Literatur zeichnet die langjährigen Bemühungen von Teilen der Zivilgesellschaft (darunter insb. Bildungs-, Berufs-, Stimmrechts- und Frauenvereine) zur Einführung des Frauenstimmrechts ebenso wie die rechtlichen Schritte in diese Richtung nach.⁴⁸ Sie zeigt, dass Gemeinden, Kantone und der Bund im Wechselschritt und nur langsam vorankamen. Als die Schweiz im Jahr 1971 das allgemeine Erwachsenenstimmrecht (bzw. den Einschluss des Frauenstimmrechts in die bereits für Männer bestehende Regelung) auf der Bundesebene einführte, kannten einzelne Kantone und Gemeinden das Frauenstimmrecht bereits. Umgekehrt sollten andere diesen Schritt erst viel später tun, und zudem nicht immer freiwillig. Insofern wirkte sich die föderale Struktur der Schweiz sowohl hinderlich als auch förderlich aus. Es ist in diesem Rahmen ein Glück, dass dem in der politischen Diskussion offenbar z.T. vertretenen Argument nicht gefolgt wurde, der Föderalismus verlange, dass das Postulat der politischen Gleichberechtigung der Frau zuerst in den Gemeinden und Kantonen verwirklicht werde, bevor es auch auf Bundesebene in Frage komme.⁴⁹

IV. Gemeinden, Kantone und Bund im Wechselschritt

Auf der kantonalen Ebene fielen ab 1919 diverse Abstimmungen zum (partialen oder integralen)⁵⁰ Frauenstimmrecht vorerst negativ aus.⁵¹ Schliesslich waren es

48 Für eine Übersicht siehe: Der lange Weg zum Frauenstimmrecht – oder: In der Direkten Demokratie dauert's etwas länger, <<http://demokratie.geschichte-schweiz.ch/chronologie-frauenstimmrecht-schweiz.html>> und in der Literatur neben den in Fn. 6 bereits erwähnten neueren Werken statt vieler VOEGELI (Fn. 47); MARIE BOEHLEN, Eine kleine Geschichte des Frauenstimmrechts in der Schweiz, 2. Aufl., Zürich 1955; SUSANNA WOODTLI, Gleichberechtigung: der Kampf um die politischen Rechte der Frau in der Schweiz, Frauenfeld 1983; LOTTI RUCKSTUHL (unter Mitarbeit von LYDIA BENZ-BURGER), Frauen sprengen Fesseln: Hindernislauf zum Frauenstimmrecht in der Schweiz, Bonstetten 1986; RENATE WEGMÜLLER, «Die Frau gehört ins Haus»: Frauenstimmrecht und seine Hindernisse in der Schweiz und im Kanton Bern – zugleich ein Beitrag zu Art. 4 Abs. 2 BV, Bern 2000; THOMAS ERNST WANGER, Vom Frauenstudium zum Frauenwahlrecht in der Schweiz und in Liechtenstein, Schriften des Vereins für Geschichte des Bodensees und seiner Umgebung; H. 122 (2004), S. 117–157; ELISABETH JORIS und RENATE WEGMÜLLER (Hrsg.), «Stimmen, wählen und gewählt zu werden sei hinfort unsere Devise und unser Ziel»: kurze Geschichte des Frauenstimmrechts in Quellen, Wettingen 2011.

49 HAEFLIGER (Fn. 1), S. 29.

50 Dazu z.B. SEITZ (Fn. 6), S. 70 ff.

51 Ein Hinweis zu einem interessanten Spezialfall: 1919 markiert zugleich das Jahr, in welchem der Tessin für die «patriziati» (Bürgergemeinden der Landbesitzenden) das Familienstimmrecht einführte. Dieses konnte gemäss der «Legge Patriziali» auch von einer Frau ausgeübt werden; dazu Verballi del Gran Consiglio, seduta del 27 febbraio 1919, sowie VOEGELI (Fn. 47).

einige kreative Schweizer Gemeinden, die erste praktische Schritte machten, darunter am wohl Bekanntesten Niederdorf (Basel-Landschaft) und Unterbäch (Wallis):⁵² 1957 liessen sie die Frauen an der Schweizer Volksabstimmung über die Einführung eines obligatorischen Zivildienstes für Schweizer Frauen⁵³ teilnehmen. Im Fall von Unterbäch erfolgte dies gegen den Widerstand von Bund und Kanton; der Gemeinderat berief sich auf die Gemeindeautonomie.⁵⁴ Niederdorf handelte entgegen der Empfehlung des Regierungsrats.⁵⁵ Die Teilnahme der Frauen an diesen Abstimmungen blieb allerdings rein symbolisch, nämlich mit blosser Konsultativstimme in Niederdorf bzw. ohne die Stimmen der Frauen mitzuzählen in Unterbäch.⁵⁶ Dennoch unterstreicht eine Teilnehmerin in einem Dokumentarfilm den Wert der Geschehnisse, welche nach ihrem Empfinden zu einem neuen Selbstwertgefühl der Frauen führten.⁵⁷

Schon früher waren auf Bundesebene parlamentarische Vorstösse eingereicht und an den Bundesrat überwiesen, von diesem aber jahrzehntelang nicht an die Hand genommen worden. Erst 1957 legte der Bundesrat einen Abstimmungsentwurf zur Einführung des Frauenstimmrechts auf Bundesebene vor. Die Vorlage wurde in der Volksabstimmung vom 1. Februar 1959 mit 66,9% Nein-Stimmen abgelehnt.⁵⁸ KÜNG spricht von einem Schlag ins Gesicht und einer Entwürdigung der Frauen.⁵⁹ Von den Kantonen stimmten nur gerade drei zu, nämlich Waadt, Genf und Neuenburg. Anschliessend waren es eben diese, welche mit gutem Beispiel vorangingen: Waadt und Neuenburg führten das Frauenstimmrecht 1959 und Genf 1960 ein. Ihnen folgten als weitere vergleichsweise «frühe» Kantone Basel-Stadt 1966 und Basel-Landschaft in Teilschritten zwischen 1966 und 1970,⁶⁰ sowie der Tessin 1968 bzw. 1969 und

52 Weitere Gemeinden waren Lugano, Martigny-Bourg und Sierre; siehe NOËMI CRAIN MERZ, ISABEL KOELLREUTER und FRANZISKA SCHÜRCH, Wissenschaftliches Beiheft zu «Ab ins Bundeshaus! 50 Jahr Frauenstimmrecht. Das Schweizer Leiterlispiel, Zürich 2020, S. 10 f.; ELISABETH JORIS, List, Ironie und Kampfeslust. Die Kompromisslosigkeit unverheirateter Fraustimmrechtlerinnen, in: Jost/Kronenberg/Ryser (Fn. 6), S. 20–27, S. 24 ff.

53 Die Vorlage wurde abgelehnt; CHRISTIAN BOLLIGER, Zivildienst: Ohne politische Rechte keine Dienstpflicht für die Frauen, in: Linder/Bolliger/Rielle (Hrsg.): Handbuch der eidgenössischen Volksabstimmungen 1848–2007, Bern 2010, S. 256–257.

54 Dazu ROMAN WEISSEN, Unterbäch – «Rütli der Schweizer Frau», in: Verein für das Walliser Jahrbuch (Hrsg.), Walliser Jahrbuch, Visp 2018, S. 38–41.

55 Ein Pionier beim Frauenstimmrecht. Heute vor 55 Jahren durften die Niederdörferinnen erstmals an die Urne, Basler Zeitung vom 3. März 2012.

56 Der Politologe SEITZ (Fn. 6), S. 112, spricht von «Probeabstimmungen».

57 Dokumentarfilm: Niederdorf: Vergessenes «Rütli des «Frauenstimmrechts» (2012), <<https://www.youtube.com/watch?v=aiL8qVL1sWU&context=C462cdcdADvjVQa1PpcFNGuEjuvi0fvMffArPQsflo70ZUbwsZvuA>>.

58 Volksabstimmung vom 01.02.1959, <<https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/va/19590201/index.html>>.

59 ZITA KÜNG, «Den Männern zuliebe ein frauliches JA», in: Rohner/Schäppi (Fn. 6), S. 117–122, S. 117.

60 Zum Kanton Basel-Landschaft siehe <<https://www.baselland.ch/politik-und-behorden/direktionen/finanz-und-kirchendirektion/gleichstellung-bl/recht-und-politik/kantonales-recht/50-jahre-frauenstimmrecht-bl>>.

Zürich 1970.⁶¹ SEITZ⁶² bezeichnet diese sieben Kantone als gleichstellungspolitische Pioniere oder Beschleuniger; ihnen standen die gleichstellungspolitischen Nachzügler oder Bremser gegenüber.

Auf der Bundesebene kam es am 7. Februar 1971 zu einer zweiten Abstimmung über das Frauenstimmrecht. Nach einem emotional geführten Abstimmungskampf⁶³ sagten 65,7% der Stimmbeteiligten sowie eine klare Mehrheit der Kantone Ja (ablehnend: die beiden Appenzell, Glarus, Obwalden, Schwyz, St. Gallen, Thurgau und Uri).⁶⁴ Neu führte Art. 74 Abs. 1 aBV «Schweizer und Schweizerinnen» als stimmberechtigte Personen auf.⁶⁵

Im modernen Schweizer Bundesstaatsrecht ist mit Bezug auf das gleiche Stimmrecht für alle politisch mündigen Schweizer Staatsangehörigen von der «absoluten Gleichbehandlung» die Rede.⁶⁶ Nach der Volksabstimmung von 1971 galt aber für die Ebenen des föderalen Systems unterhalb des Bundes noch Art. 74 Abs. 4 aBV: Danach blieb das kantonale Recht für Abstimmungen und Wahlen der Kantone und Gemeinden vorbehalten. Dies blieb auch nach der Einführung des Geschlechtergleichheitsartikels von Art. 4 Abs. 2 aBV im Jahr 1981 so, weil der Bundesrat in seinem Gegenvorschlag zur relevanten Initiative darauf verzichtet hatte, diesen Vorbehalt zu streichen.⁶⁷ Als Folge davon führten die Kantone, welche das Frauenstimmrecht nicht schon vor der Abstimmung von 1971 kannten, dieses zu unterschiedlichen Zeitpunkten ein. Das

61 Diese Geschichte wurde anlässlich von Jubiläen z.T. auch wissenschaftlich aufgearbeitet; z.B. GEORG KREIS (Hrsg.), *Das Basler Frauenstimmrecht. Der lange Weg zur politischen Gleichberechtigung von 1966*, Beiträge zur Basler Geschichte, Basel 2016.

62 SEITZ (Fn. 6), S. 151 f.

63 Zum gesellschaftlichen Kontext siehe den Spielfilm «Die göttliche Ordnung» von PETRA VOLPE von 2017; dazu PETRA VOLPE, *Die Geschichte der Frauen muss erzählt werden!*, in: Rohner/Schäppi (Fn. 6), S. 53–64. Der Bundesrat schrieb in der Botschaft zur Einführung des Frauenstimm- und Wahlrechts vom 22. Februar 1957 (BB1 1957 7338, S. 769), die Bibel bezeichne es «als die gottgewollte Ordnung, dass der Mann [...] im Staate allein die Herrschaft führt». Dem fügte er bei, die betr. Bibelstellen seien nach protestantischer Auffassung zeitbedingt, wogegen die katholische Kirche daran festhalte (vgl. dagegen heute etwa HILDEGARD SCHERER, *Frauenstimmrecht und Frauenordination aus biblischer Sicht*, 10. Februar 2021, <<https://www.kath.ch/newsd/frauenstimmrecht-und-frauenordination-aus-biblischer-sicht/>>). Persönlich halte ich die biblische Erzählung von Mahlah, Noah, Hoglah, Milkah and Thirza für richtungsweisend: Ihr Vater war gestorben, und das Erbe sollte gemäss den geltenden Gesetzen an die männlichen Verwandten gehen. Die Schwestern beklagten sich bei Moses, der die Sache vor Gott brachte (mit dem er praktischerweise direkt reden konnte). Gott sagte: «Die Töchter [...] haben recht geredet. Du musst ihnen vererbaren Grundbesitz bei den Brüdern ihres Vaters geben, also den Erbbesitz ihres Vaters auf sie übertragen.» (4. Mose 27, 7; Einheitsübersetzung). Menschliche Instanzen und Gott liessen sich herausfordern; das Recht wurde angepasst.

64 Volksabstimmung vom 07.02.1971, BB1 1971 I 485.

65 Für den Abstimmungstext von 1971 siehe BB1 1970 II 989.

66 ULRICH HÄFELIN, WALTER HALLER, HELEN KELLER und DANIELA THURNHERR, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 10. Auflage, Zürich 2020, Rz. 752.

67 Dazu «Kein Zwang zum Frauenstimmrecht», *Die Staatsbürgerin: Zeitschrift für politische Frauenbestrebungen*, 1981, S. 9.

Schlusslicht bildeten mit grossem Abstand die beiden Appenzeller Kantone. Auf sie soll im Folgenden näher eingegangen werden, weil sie sich als Fallstudien zum hier besonders interessierenden Thema «Rechtssprache und Geschlecht» eignen.

V. Appenzeller Fallstudien zum Kampf um die Rechtssprache

1. Wege zum Frauenstimmrecht

Als AUER im Jahr 1989 den nicht nur sachlich, sondern nach seiner Analyse auch bundesrechtlich unhaltbaren Zustand in den beiden Appenzeller Kantonen kritisierte, nannte er als die «eleganteste und die für die Bundesbehörde wohl angenehmste Lösung [...] die formelle Anerkennung des Männer- und Frauenstimmrechts durch den kantonalen Verfassungsgeber, d.h. durch die Landsgemeinden der betroffenen Kantone». Als weitere Möglichkeiten erwähnte er den Rückzug der Gewährleistung der Kantonsverfassungen durch das Bundesparlament, die Streichung von Art. 74 Abs. 4 aBV sowie die staatsrechtliche Beschwerde ans Bundesgericht. Letztere betrachtete er als das «bei näherem Zusehen zur Zeit wohl geeignetste Rechtsmittel, um dem verfassungswidrigen Zustand in Appenzell ein rasches und relativ schmerzloses Ende zu bereiten».⁶⁸ In Appenzell Ausserrhoden erwies sich ein solcher Schritt jedoch als unnötig, weil dieser Kanton den ersten, «elegantesten» Weg wählte und die Kantonsverfassung änderte. Anders verlief die Entwicklung in Appenzell Innerrhoden, wo eine staatsrechtliche Beschwerde Abhilfe schaffte – wenn auch auf andere Weise, als sich dies AUER vorgestellt hatte. In beiden Fällen spielte die Rechtssprache eine entscheidende Rolle.

Die folgende Darstellung der Entwicklung stützt sich in den Details wesentlich auf den Beitrag von MOCK über den langen Weg der Appenzellerinnen zur politischen Gleichberechtigung von 1999,⁶⁹ auf die Arbeit von SEITZ zum Kampf um die politische Gleichstellung der Frauen in der Schweiz von 2020⁷⁰ sowie auf das Appenzellische Jahrbuch 2020,⁷¹ welches die neuzeitlichen Verfassungen der beiden Appenzeller Kantone als Schwerpunkt gewählt hat. MOCK hält fest, dass es letztlich die Aufnahme von Art. 4 Abs. 2 aBV in die Bundesverfassung war, welche den Appenzellerinnen das Stimmrecht brachte:

68 ANDREAS AUER, Die Bundesverfassung und das Frauenstimmrecht in Appenzell, ZSR N.F. Band 108, Halbband 1 (1989), S. 142–161, S. 158. Zu den verschiedenen Lösungsvarianten ab S. 155 ff.

69 VRENI MOCK, Aus eigener Kraft? Der lange Weg der Appenzellerinnen zur politischen Gleichberechtigung' in: Bräuniger (Hrsg.), FrauenLeben Appenzell: Beiträge zur Geschichte der Frauen im Appenzellerland, 19. und 20. Jahrhundert, Herisau 1999, S. 340–374.

70 SEITZ (Fn. 6), S. 147 ff.

71 APPENZELLISCHE GEMEINNÜTZIGE GESELLSCHAFT (Redaktion: Heidi Eisenhut/Hanspeter Spörri), Appenzellische Jahrbücher, Heft 147, Herisau 2020, 14 ff.

«In Ausserrhoden wirkte der Artikel als «Tempomacher», in Innerrhoden war er die Grundlage für das Urteil des Bundesgerichts.»⁷²

2. *Ausserrhoden: politische Entscheide*

Im Kanton Appenzell Ausserrhoden wurde das Frauenstimmrecht zwar schon vergleichsweise früh in kirchlichen Angelegenheiten eingeführt, nämlich im Jahr 1954. In Angelegenheiten der politischen Gemeinden wurde es jedoch von der Landsgemeinde noch im Jahr 1970 abgelehnt und erst 1972 gutgeheissen, zugleich aber für die kantonale Ebene abgelehnt. Danach bestimmte Art. 19 der Ausserrhoder Kantonsverfassung von 1908 (aKV) für das Stimmrecht in Gemeindeangelegenheiten: «Frauen sind in gleicher Weise stimmberechtigt wie die Männer.»⁷³

Für die kantonale Ebene erwähnte die Verfassung die Stimmberechtigung der «im Kanton wohnhaften Kantonsbürger» bzw. der «Gemeindebürger» und der «Schweizerbürger», was unverändert nur auf Männer bezogen wurde. Weitere Vorlagen vor der Landsgemeinde zum Frauenstimmrecht auch auf der kantonalen Ebene wurden 1976, 1979 sowie 1984⁷⁴ abgelehnt. 1983 beschritt die «Interessengemeinschaft für die politische Gleichberechtigung der Frauen in Appenzell A.Rh.» den von AUER erwähnten dritten Weg, indem sie beim Bundesparlament eine Petition zur Streichung von Art. 74 Abs. 4 aBV einreichte. Die Petition wurde vom Parlament lediglich zur Kenntnis genommen; eine Überweisung an den Bundesrat erfolgte nicht. Auf eine Stimmrechtsbeschwerde trat das Bundesgericht 1988 aus verfahrensrechtlichen Gründen nicht ein (BGE 114 Ia 263).⁷⁵

Zugunsten des auch kantonalen, und damit allgemeinen Frauenstimmrechts entschied schliesslich ein knappes (vom Landammann ohne Umschweife erklärtes) Handmehr an der Ausserrhoder Landsgemeinde von 30. April 1989. Hierdurch erhielt Art. 19 Abs. 1 aKV die folgende Fassung: «Die Stimmberechtigung beginnt für Männer und Frauen mit dem zurückgelegten 20. Altersjahr.» Heute bestimmt Art. 50 der Ausserrhoder Kantonsverfassung von 1995:⁷⁶ «Das Stimmrecht in kantonalen Angelegenheiten steht allen Schweizerbürgern und Schweizerbürgerinnen zu, die im Kanton wohnen und das 18. Altersjahr zu-

72 MOCK (Fn. 69), S. 352 f.

73 Verfügbar unter <<http://www.verfassungen.ch/appenzell/ar-verf08-i.htm>>.

74 1984 ging es um eine Volksinitiative, wonach Frauen und Männer gemeinsam über das Frauenstimmrecht abstimmen sollten; dazu SEITZ (Fn. 6), S. 148.

75 Zu diesem Fall ARROYO (Fn. 46), S. 62, Fn. 250.

76 Verfassung des Kantons Appenzell Ausserrhoden vom 30. April 1995, SR 131.224.1. Zur Entwicklung URSULA BUTZ, Die Appenzell Ausserrhoder Kantonsverfassungen seit der Mediation, in: Appenzellische Gemeinnützige Gesellschaft (Fn. 71), S. 42–49. Zur Verfassung von 1995 vor dem Hintergrund des Frauenstimmrechts siehe im selben Band das Interview mit DORLE VALLENDER: «Verfassungen definieren Grundrechte, die für den Einzelnen wichtig sind», S. 51–58, S. 53.

rückgelegt haben.» Ein Verfahren zur Gesamtrevision der Ausserrhoder Kantonsverfassung ist im Gange.⁷⁷

3. *Innerrhoden: der Appenzeller Stimmrechtsentscheid des Bundesgerichts*

a. *Entwicklung vor dem Bundesgerichtsentscheid*

1969 lehnte die Landsgemeinde von Appenzell Innerrhoden das Frauenstimmrecht in kirchlichen und Schulangelegenheiten ab. Eine im Nachgang durchgeführte Umfrage bei ergab, dass auch eine – wenngleich kleine – Mehrheit von Frauen dagegen war.⁷⁸ 1970 erfolgte eine weitere Ablehnung, 1971 dann aber doch die Gutheissung. MOCK weist darauf hin, dass es um Bereiche ging, welche thematisch zur traditionellen Sphäre der Frau gehörten und zudem – wie in der öffentlichen Diskussion geltend gemacht wurde – mit dem politischen Stimmrecht nicht das Geringste zu tun hätten: «Politik im eigentlichen Sinn war das also nicht».⁷⁹

Was das politische Frauenstimmrecht in Gemeinden und Kanton anbelangt, so lehnte es die Landsgemeinde trotz Unterstützung der entsprechenden Initiativen durch die Standeskommission und den Grossen Rat 1973, 1982 und 1990 ab.⁸⁰ Diese letzte Ablehnung führte zur Einreichung einer von 1185 Männern (rund einem Drittel der Stimmberechtigten) unterzeichneten Initiative zur Einführung des Frauenstimmrechts, deren Annahme der Innerrhoder Grosse Rat am 26. November 1990 für die nächste Landsgemeinde einstimmig und dringend empfahl. Der Vorstoss wurde jedoch nur einen Tag später als Folge des Appenzeller Stimmrechtsentscheids des Bundesgerichts gegenstandslos. Die folgenden Ausführungen umreissen vorab die Eckpunkte dieses wichtigen Entscheids. Anschliessend soll speziell auf die Thematik von Rechtssprache und Geschlecht eingegangen werden.

b. *Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer im Appenzeller Stimmrechtsfall*

Im Appenzeller Stimmrechtsentscheid musste sich das Bundesgericht mit drei Beschwerden befassen. Zunächst erhob THERESA ROHNER (in gewissen Quel-

77 BUTZ (Fn. 76), S. 42; im selben Band ROGER NOBS, Der aktuelle Verfassungsprozess in Appenzell Ausserrhoden, S. 65–72.

78 Zur Ablehnung des Frauenstimmrechts durch Frauen NOËMI CRAIN MERZ, Women against Women in the Debates about Female Suffrage. Case Studies Within Britain, Italy, Spain and Switzerland, in: Ros Velasco (Hrsg.), Feminism: Past, Present and Future Perspectives, New York 2017, S. 149–173.

79 MOCK (Fn. 69), S. 351.

80 Zur letztgenannten Landsgemeinde vgl. den Dokumentarfilm «Männer im Ring» von ERICH LANGJAHR aus dem Jahr 1990. Für Informationen aus Appenzell Innerrhoden zum weiteren Verlauf der Geschehnisse siehe <<https://www.ai.ch/land-und-leute/geschichte/1990-einfuehrung-des-frauenstimmrechtes>>.

len auch als THERESIA ROHNER bezeichnet)⁸¹ als Einzelperson staatsrechtliche Beschwerde gegen ihre Nichtzulassung zur Innerrhoder Landsgemeinde von 1989. Das Bundesgericht hatte die Sache zunächst sistiert, um den Ausgang der Landsgemeinde von 1990 abzuwarten. Als dort das Frauenstimmrecht in Kanton und politischen Gemeinden erneut abgelehnt wurde, nahm es den Fall wieder auf, trat jedoch auf die Beschwerde nicht ein (BGE 116 Ia 359, *Rohner und andere*, E. 2).

Weiter hatten eine Gruppe in Appenzell Innerrhoden wohnhafter Frauen – darunter wiederum auch THERESA/THERESIA ROHNER – und Männer Stimmrechtsbeschwerden gegen den Innerrhoder Landsgemeindebeschluss von 1990 eingereicht, mit dem die Einführung des Frauenstimmrechts abgelehnt wurde. Die Frauen verlangten, der Beschluss sei aufzuheben, weil die Verweigerung ihres Stimmrechts gegen die in Art. 4 Abs. 2 aBV gewährleistete Gleichberechtigung von Mann und Frau verstosse. Das Bundesgericht bejahte die Beschwerdelegitimation (BGE 116 Ia 359 E. 3a). Die Männer argumentierten, ohne das Frauenstimmrecht sei die Landsgemeinde als Organ der Stimmberechtigten inskünftig nicht richtig zusammengesetzt. Auch hier bejahte das Bundesgericht die Beschwerdelegitimation (BGE 116 Ia 359 E. 3b).

c. Die zentrale Auslegungsfrage

Rechtlicher Ausgangspunkt für den Appenzeller Stimmrechtsentscheid des Bundesgerichts war die Innerrhoder Kantonsverfassung von 1872.⁸² Sie garantierte erstmals schriftlich gewisse Grundrechte, unterschied sich laut FREFEL⁸³ aber von ihrem Gesamtcharakter her deutlich von der Ausserrhoder Verfassung: War Letztere in der 1876 erneuerten Form von einem naturrechtlichen, individualistisch-industriellen Geist inspiriert, so versuchte Erstere modernes Verfassungsdenken mit den herkömmlichen staatsrechtlichen Gewohnheiten des Kantons in Einklang zu bringen. Art. 16 Abs. 1 der Innerrhoder Verfassung über das Stimmrecht lautete damals wie folgt:

«An Landsgemeinden und an Gemeindeversammlungen sind alle im Kanton wohnhaften Landleute sowie die übrigen Schweizer stimmberechtigt, sofern sie das 20. Altersjahr vollendet haben und im Stimmregister eingetragen sind.»

Gemäss der ständigen kantonalen Praxis zu dieser Bestimmung wurden die Begriffe der «Landleute» und der «Schweizer» nur auf die Männer bezogen. In dieser Auslegung sah man sich nicht zuletzt durch Abs. 4 der genannten Be-

81 Zu THERESA bzw. THERESIA ROHNER siehe JURISTINNEN SCHWEIZ (Hrsg.), 40 Frauen, die bewegen – 40 Jahre Frauen in Bewegung, Bern 2011, S. 55 f., sowie ISABEL ROHNER, Von Demokratie und Ravioli oder: Warum die Appenzellerinnen dann doch irgendwann wählen durften, in: Rohner/Schäppi (Fn. 6), S. 239–243.

82 In früheren Versionen verfügbar unter <<http://www.verfassungen.ch/appenzell/ai-verf72-i.htm>>.

83 SANDRO FREFEL, Entstehung und Entwicklung der Innerrhoder Kantonsverfassung von 1872, in: Appenzellische Gemeinnützige Gesellschaft (Fn. 71), S. 14–27, S. 18.

stimmung bestätigt, wonach seit 1971 die Kirch- und Schulgemeinden berechtigt waren, den Frauen das Stimm- und Wahlrecht zu erteilen. Mit anderen Worten: Eine systematische Auslegung bestätigte das enge Verständnis des ersten Absatzes.

Vor dem Bundesgericht stellte sich die Frage, ob dies mit dem späteren, die Gleichstellung von Mann und Frau ausdrücklich verankernden Bundesverfassungsrecht vereinbar war. Das Bundesgericht musste sich dazu äussern, ob Appenzell Innerrhoden trotz Art. 4 Abs. 2 aBV gestützt auf Art. 74 Abs. 4 aBV noch immer die Freiheit beanspruchen konnte, den Frauen in Kanton und Gemeinden das Stimmrecht vorzuenthalten. Zur Frage seiner Kognition bemerkte das Bundesgericht, dass Art. 16 aKV von den eidgenössischen Räten zu einem Zeitpunkt gewährleistet worden war, zu welchem Art. 4 Abs. 2 aBV noch nicht bestand. Dieser konnte daher bei der Gewährleistung nicht berücksichtigt werden. Das Bundesgericht schloss daraus, dass die Vereinbarkeit von Art. 16 aKV, wie er von der kantonalen Praxis verstanden wurde, mit dem späteren Verfassungsrecht von ihm nicht nur geprüft werden konnte, sondern nun auch geprüft werden musste (BGE 116 Ia 359 E. 4b).⁸⁴

d. Auslegung der Art. 4 Abs. 2 und 74 Abs. 4 der Bundesverfassung

Im Folgenden wandte sich das Bundesgericht der Auslegung der Art. 4 Abs. 2 und 74 Abs. 4 aBV sowie ihrem gegenseitigen Verhältnis zu (BGE 116 Ia 359 E. 5 und 6). Zu Art. 4 Abs. 2 aBV verwies es auf frühere Rechtsprechung, wonach Mann und Frau grundsätzlich in allen Rechts- und Lebensbereichen sowie auf allen staatlichen Ebenen gleich zu behandeln seien; Ausnahmen seien nur dort zulässig, wo geschlechtsbegründete biologische oder funktionelle Unterschiede eine Gleichbehandlung schlechthin ausschliessen (BGE 116 Ia 359 E. 6b).

Im Zusammenhang mit Art. 74 Abs. 4 aBV folgte das Bundesgericht u.a. AUER, der argumentiert hatte, Art. 74 Abs. 4 aBV schliesse die politische Gleichberechtigung der Frauen nicht aus, so dass insofern kein Widerspruch zu Art. 4 Abs. 2 aBV bestehe. Laut dem Bundesgericht betonte Art. 74 Abs. 4 aBV in Übereinstimmung mit dem Grundsatz von Art. 3 aBV den Respekt vor der kantonalen Organisationsautonomie, behielt aber «auch dann seine Berechtigung, wenn Mann und Frau hinsichtlich der Ausübung der politischen Rechte gleichzustellen sind. Zu denken ist etwa an die Festlegung des Stimmrechtsalters oder die Gewährung des Stimmrechts an ausländische Bürger mit Wohn-

84 Die Frage der Übereinstimmung mit der Bundesverfassung hatte sich in Appenzell Innerrhoden bereits im 19. Jahrhundert einmal gestellt, damals noch mit Bezug auf die Verfassung von 1829, welche wichtige liberale Grundprinzipien wie die Rechtsgleichheit nicht garantierte. Als die Revision jener Verfassung stockte, wandten sich gewisse Kreise an den Bund und verlangten, dass ein eidgenössischer Kommissär den Innerrhoder Verfassungszustand überprüfen solle. National- und Ständerat forderten darauf, die Kantonsverfassung sei mit Bundesrecht in Übereinstimmung zu bringen; dazu FREFEL (Fn. 83), S. 15 ff.

sitz im Kanton – Fragen, welche die Kantone weiterhin eigenständig regeln können.» (BGE 116 Ia 359 E. 6c; siehe auch E. 9b).

Im Folgenden verneinte das Bundesgericht die Qualifizierung von Art. 74 Abs. 4 aBV als echten Vorbehalt gegenüber dem Gleichstellungsgebot von Art. 4 Abs. 2 aBV (BGE 116 Ia 359 E. 7–9). Dabei berücksichtigte es auch den Wandel der in der wissenschaftlichen Literatur vertretenen Auffassungen, welche vom Verständnis eines echten Vorbehalts zunehmend abrückten. Besonderes Augenmerk richtete das Bundesgericht dabei auf die Beiträge von zwei Autoren, die sich «am gründlichsten» mit der Materie befasst hatten, nämlich AUER und BERENSTEIN⁸⁵ – beides Autoren, auf welche sich die Beschwerdeführerinnen und -führer im Appenzeller Stimmrechtsentscheid «mit Nachdruck» beriefen (BGE 116 Ia 359 E. 8c). Das Bundesgericht erwähnte dabei auch BERENSTEINS Argument, wonach die Missachtung der Gleichberechtigung seit der Verankerung von Art. 4 Abs. 2 aBV in der Bundesverfassung auch gegen die Verpflichtung der Kantone nach Art. 6 aBV verstosse, die politischen Rechte nach republikanischen (repräsentativen oder demokratischen) Formen zu sichern und die Annahme der Verfassung durch das Volk und dessen Revidierbarkeit auf Verlangen der absoluten Mehrheit der Bürger vorzusehen. Diese Bestimmung habe durch Art. 4 Abs. 2 aBV einen neuen Inhalt bekommen und könne heute nur noch so verstanden werden, dass das Stimm- und Wahlrecht sowohl auf kantonaler als auch auf eidgenössischer Ebene allen Bürgern – Männern und Frauen – zugestanden werden müsse. Der Ausschluss der Frauen sei daher weder mit Art. 4 noch mit Art. 6 aBV vereinbar. Vor diesem Hintergrund billigte das Bundesgericht Art. 74 Abs. 4 aBV nur den Charakter eines unechten Vorbehalts zugunsten der Kantone zu – wobei sich der eigentliche Vorbehalt bereits aus der Garantie der Souveränität der Kantone in Art. 3 aBV ergebe. Die Funktion von Art. 74 Abs. 4 aBV war gemäss dieser Sichtweise lediglich klarzustellen, dass die Einführung des Frauenstimmrechts auf Bundesebene nicht automatisch eine Anerkennung solcher Rechte auch auf kantonaler Ebene zur Folge hatte (BGE 116 Ia 359 E. 9a).

e. Befund und Lösung des praktischen Problems

Insgesamt verneinte das Bundesgericht die ihm vorliegende Frage gestützt auf die Auslegung des nun geltenden Bundesverfassungsrechts: Appenzell Innerrhoden konnte nicht mehr gestützt auf Art. 74 Abs. 4 aBV die Freiheit beanspruchen, den Frauen in Kanton und Gemeinden das Stimmrecht vorzuenthalten. Vielmehr versties Art. 16 aKV in dem bisher gehandhabten kantonalen Verfassungsverständnis gegen Art. 4 Abs. 2 und damit auch gegen Art. 6 Abs. 2

85 ALEXANDRE BERENSTEIN, L'égalité entre les sexes en matière de droits politiques, in: Cagianut/Geiger/Hangartner/Höhn (Hrsg.): Aktuelle Probleme des Staats- und Verwaltungsrechts. Festschrift für Otto K. Kaufmann zum 75. Geburtstag, Bern/Stuttgart 1989, S. 159–168.

aBV. Offen liess das Bundesgericht dagegen, ob auch Art. 4 Abs. 1 aBV verletzt war (BGE 116 Ia 359 E. 10a).

Als AUER⁸⁶ in seinem Beitrag die staatsrechtliche Beschwerde als das zu jener Zeit wohl geeignetste Rechtsmittel zur Behebung des Zustandes in den beiden Appenzell bezeichnete, fügte er einen wichtigen Vorbehalt hinzu, nämlich den grundsätzlich nur kassatorischen Charakter dieses Rechtsbehelfs. Nach AUERS Einschätzung müsste sich das Bundesgericht darauf beschränken, den letztinstanzlichen, kantonalen Rechtsmittelentscheid aufzuheben und so den kantonalen Verfassungsbestimmungen die Anwendung zu versagen. Anschliessend wäre ein positiver Entscheid der Landsgemeinde vonnöten. Immerhin müsste eine solche Revision rasch an die Hand genommen werden müssen, da sonst laut AUER jede künftige Wahl und jeder Landsgemeindebeschluss auf Beschwerde hin wegen Verletzung von Art. 4 Abs. 2 aBV aufgehoben werden müsste.

Im Appenzeller Stimmrechtsentscheid wählte das Bundesgericht einen anderen und insgesamt einfacheren Weg, indem es schlicht die Innerrhoder Kantonsverfassung bundesverfassungskonform auslegte. Gemäss dem Bundesgericht hinderte der in Art. 4 Abs. 2 aBV enthaltene Auftrag an den Gesetzgeber, für die Gleichstellung von Mann und Frau zu sorgen, die Gerichte nicht daran, Ungleichheiten in Gesetzen anlässlich einer gerichtlichen Kontrolle soweit möglich selbst zu beseitigen. Das Bundesgericht hebt eine angefochtene Vorschrift «nur dann auf, wenn sie sich jeder verfassungskonformen Auslegung entzieht, nicht jedoch, wenn sie einer solchen in vertretbarer Weise zugänglich ist» (BGE 116 Ia 359 E. 10c). Es gilt der Primat der verfassungskonformen Auslegung.

Bereits in seinen Ausführungen zur Auslegung des allgemeinen Gleichheitssatzes hatte das Bundesgericht festgehalten, dass sich das Verständnis einer Norm im Laufe der Zeit ändern kann (BGE 116 Ia 359 E. 5c, mit Hinweis auf BGE 103 Ia 517 E. 2 – dazu unten C.VI.3.b.). Diese Erkenntnis wandte es nun auch im Appenzeller Stimmrechtsfall an (BGE 116 Ia 359 E. 10c). Wie erwähnt, nannte Art. 16 aKV als Stimmberechtigte die im Kanton wohnhaften «Landleute sowie die übrigen Schweizer», sofern sie das 20. Altersjahr vollendet hatten und im Stimmregister eingetragen waren. Zum Begriff der «Schweizer» bemerkte das Bundesgericht, es stehe ausser Zweifel, dass dazu «nach heutigem Verfassungsverständnis Schweizer und Schweizerinnen gehören». Zum Begriff der «Landleute» hielt es fest, er könne im Lichte von Art. 4 Abs. 2 aBV so verstanden werden, dass er sowohl Bürger als auch Bürgerinnen einschliesse, umfasse doch die Bezeichnung «Leute» im gewöhnlichen Sprachgebrauch Männer und Frauen. Laut Bundesgericht führte Art. 4 Abs. 2 aBV «zu einer neuen, dem Wortlaut nicht widersprechenden Auslegung von Art. 16 Abs. 1 aKV, die mit dem Gebot der Gleichberechtigung der Geschlechter übereinstimmt» (BGE 116 Ia 359 E. 10c).

86 AUER (Fn. 68), S. 160 f.

Da Art. 16 Abs. 1 aKV bei verfassungskonformer Auslegung sowohl auf Männer als auch auf Frauen anwendbar war, brauchte das Bundesgericht schliesslich nur noch festzustellen, dass den Frauen in Appenzell Innerrhoden unmittelbar vom Zeitpunkt der Eröffnung seiner Entscheidung an für die Zukunft die politischen Rechte zustanden (BGE 116 Ia 359 E. 10d). Was das Bundesgericht dabei allerdings ausklammerte, war die Rolle des 4. Absatzes im Gefüge von Art. 16 der Innerrhoder Kantonsverfassung (dazu oben C.V.3.c.). WEBER-DÜRLER⁸⁷ bemerkt hierzu, dass das systematische Element eigentlich gegen die gewählte Auslegung sprach und dass das Bundesgericht mit seiner Entscheidung Art. 16 Abs. 4 aKV faktisch für bedeutungslos erklärte.

f. Spätere Entwicklung des Innerrhoder Verfassungstexts

Nachdem der Appenzeller Stimmrechtsentscheid ergangen war, bestand Art. 16 der Innerrhoder Kantonsverfassung von seinem Wortlaut her zunächst unverändert weiter, einschliesslich des vierten Absatzes, der weiterhin als einziger Teil ausdrücklich die Frauen erwähnte:

«1 An Landsgemeinden und an Gemeindeversammlungen sind alle im Kanton wohnhaften Landleute sowie die übrigen Schweizer stimmberechtigt, sofern sie das 20. Altersjahr vollendet haben und im Stimmregister eingetragen sind.

2 Vom Stimmrecht ist ausgeschlossen, wer wegen Geisteskrankheit oder Geisteschwäche (Art. 369 ZGB) entmündigt wurde.

3 In Gemeindeangelegenheiten üben die Stimmberechtigten ihre Rechte am politischen Wohnsitz aus.

4 Die Kirch- und Schulgemeinden sind berechtigt, den Frauen das Stimm- und Wahlrecht zu erteilen.»

Allerdings mussten die Begriffe der «Landleute» und der «Schweizer» im ersten Absatz jetzt so ausgelegt werden, dass sie neben Männern auch Frauen umfassten. Der Wortlaut der Bestimmung wurde 1992 durch Beschluss der Landsgemeinde geändert. Der vierte Absatz fiel weg,⁸⁸ und der erste wurde umformuliert. In dieser Fassung lautet er heute:⁸⁹

«An Landsgemeinden und an Gemeindeversammlungen sind alle im Kanton wohnhaften Schweizerbürgerinnen und Schweizerbürger stimmberechtigt, sofern sie das 18. Altersjahr vollendet haben und im Stimmregister eingetragen sind.»

87 BEATRICE WEBER-DÜRLER, Grenzen des Rechtsschutzes bei der Gleichberechtigung, in: Klett/Yersin (Hrsg.), Die Gleichstellung von Frau und Mann als rechtspolitischer Auftrag = L'égalité entre hommes et femmes – un mandat politique pour le législateur: Festschrift für Margrith Bigler-Eggenberger, Basel/Frankfurt am Main 1993, S. 337–354, S. 347.

88 Wobei 2017 sozusagen Art. 1bis an seine Stelle trat: «Die Kirchgemeinden können das Stimm- und Wahlrecht für ausländische Gemeindemitglieder mit Niederlassungsbewilligung einführen.»

89 Verfassung für den Eidgenössischen Stand Appenzell I.Rh. vom 24. Wintermonat 1872, SR 131.224.2.

Mit ihrem Ursprungsdatum vom 24. Wintermonat (November) 1872 ist die Appenzeller Innerrhoder Kantonsverfassung heute die älteste kantonale Verfassung der Schweiz. Inzwischen hat der Prozess für ihre Gesamtrevision begonnen.⁹⁰

g. *Rezeption im Schrifttum: ausgewählte Stimmen*

Wie sehr sich im Laufe der Zeit die Auffassungen geändert haben, zeigen die juristischen Kommentare zum Appenzeller Stimmrechtsentscheid. Wurde der Ausschluss der Frauen vom Stimmrecht über lange Zeit als selbstverständlich und mit dem allgemeinen Gleichheitssatz ohne weiteres vereinbar betrachtet, so äusserten sich HANGARTNER und KLEY im Jahr 2000 vor dem Hintergrund des Bundesgerichtsentscheides gerade umgekehrt:⁹¹

«Nach heutigem Verständnis ist die Gleichberechtigung von Mann und Frau eine derartige Selbstverständlichkeit, dass das Frauenstimmrecht bei zeitgemässer Verfassungsauslegung bereits im allgemeinen Gleichheitssatz von Art. 8 Abs. 1 BV verankert ist. Eine andere Auslegung wäre nach heutigen Wertvorstellungen willkürlich.»

Anfang der 1990er Jahre wurde in der schweizerischen Literatur aber z.T. deutliche Kritik am Bundesgericht geäussert. Grundsätzlich kritisch äusserte sich SANDOZ. Sie warf dem Bundesgericht u.a. vor, es untergrabe mit seiner Entscheidung das horizontale Gewaltenteilungsprinzip zwischen Bundesparlament und Bundesgericht ebenso wie das Föderalismusprinzip, indem es die langjährige und durch das Stimmvolk bestätigte Auslegung der Kantonsverfassung durch seine eigene politische Meinung ersetzt habe («Les juristes respectueux de la procédure y perdent leur latin.»).⁹² BIAGGINI erachtete das Urteil zwar als im Ergebnis sehr erfreulich, hielt aber die Begründung trotz ihrer Ausführlichkeit letztlich für ungenügend, insb. mit Blick auf die «Methodenehrlichkeit». Weiter erachtete er die Vorgehensweise des Bundesgerichts für problematisch, darunter – hier von besonderem Interesse – u.a. die «Verkehrung des kantonalen Sprachgebrauchs betreffend die Begriffe «Landleute» und «Schweizer» in sein Gegenteil».⁹³

Im selben Band wie Sandoz schrieb WEBER-DÜRLER⁹⁴ zwar von einem «sehr kühnen Entscheid [...], der sich über eine Reihe von möglichen juristi-

90 FREFEL (Fn. 83), S. 26.

91 YVO HANGARTNER und ANDREAS KLEY, Die demokratischen Rechte und Bund und Kantone in der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000, S. 43 Rz. 92.

92 SUZETTE SANDOZ, L'inapplicable article 4 al. 2 de la constitution fédérale, in: Klett/Yersin (Fn. 87), S. 312 ff. sowie 116 (Zitat).

93 GIOVANNI BIAGGINI, Die Einführung des Frauenstimmrechts im Kanton Appenzell I.Rh. kraft bundesgerichtlicher Verfassungsinterpretation. Anmerkungen zur höchststrichterlichen Methode der Verfassungsauslegung im Urteil des Bundesgerichts vom 27. November 1990 (BGE 116 Ia 359 ff. = EuGRZ 191 95 ff.), recht 1992, S. 65–76, S. 74.

94 WEBER-DÜRLER (Fn. 87), S. 347 f.

schen Bedenken hinwegsetzt, um einem unter dem Aspekt der Gleichberechtigung von Mann und Frau unhaltbaren Zustand ein Ende zu setzen». Diese Autorin betonte aber den veränderten rechtlichen Kontext und verwies auf den «glücklichen Umstand», dass Art. 4 Abs. 2 aBV erst nach der Gewährleistung der Kantonsverfassung durch die Bundesversammlung in Kraft getreten sei: Er bewirkte, dass das Bundesgericht überhaupt auf die Beschwerde eintreten und die Kantonsverfassung überprüfen konnte. WEBER-DÜRLER nennt die Auslegung durch das Bundesgericht zwar «eher überraschend, da eine relativ junge Vorschrift (in einer hochpolitischen Frage!) entgegen dem klaren Willen des Gesetzgebers umgedeutet wurde», spricht aber gleichzeitig von einer mutigen geltungszeitlichen Betrachtung. Auch gemäss ARROYO⁹⁵ verdient es der Appenzeller Stimmrechtsentscheid, «als mutiges Bekenntnis des Bundesgerichts zur Gleichberechtigung von Mann und Frau gewertet und honoriert zu werden». Nach diesem Autor implizieren zwar die früheren, ablehnenden Entscheide, dass sich das Bundesgericht mit Rücksicht auf Föderalismus und Gewaltenteilung für unzuständig erachtete, das Frauenstimmrecht auf dem Weg der Rechtsprechung einzuführen (wobei u.a. auch die damals noch stark eingeschränkte Verfassungsgerichtsbarkeit eine Rolle spielte). Zur Zeit des Appenzeller Stimmrechtsentscheids hatte sich aber der rechtliche Kontext geändert und erlaubte der nun bestehende Art. 4 Abs. 2 aBV eine andere Gangart. Gemäss ARROYO übersieht die Kritik von SANDOZ diesen wichtigen Kontext. Der Autor weist auch darauf hin, dass der Appenzeller Stimmrechtsentscheid einstimmig erging, obwohl die Lehre mehrheitlich noch immer der Meinung war, die Kantone seien gestützt auf Art. 74 Abs. 4 aBV mit Bezug auf das Frauenstimmrecht nach wie vor autonom. Schliesslich spricht auch BIGLER-EGGENBERGER⁹⁶ – die erste schweizerische Bundesrichterin – von einer «angesichts des klaren Wortlauts von Art. 74 Abs. 4 aBV an sich gewagten, aber m.E. zutreffenden» zutreffenden verfassungskonformen Auslegung.

VI. Rechtssprache und Geschlecht

1. *Genderlinguistik und Diskussion zum Sprachgebrauch*

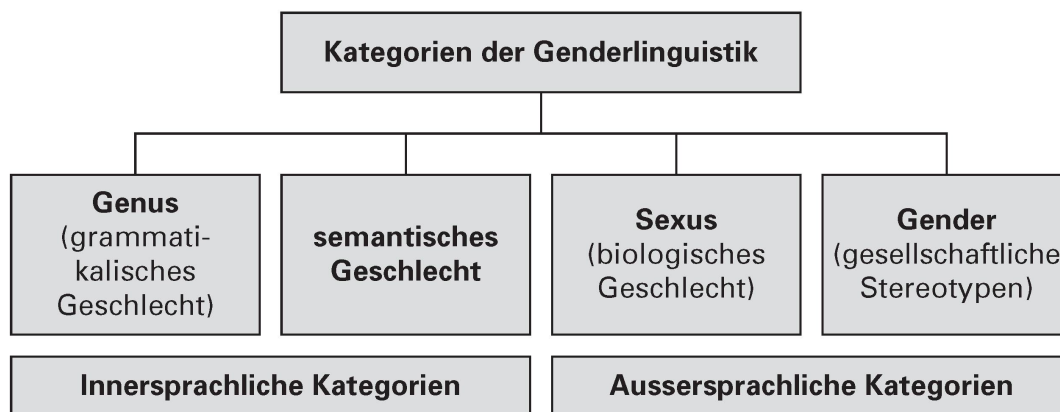
Im Folgenden soll der Appenzeller Stimmrechtsentscheid in den Kontext einer spezifischen Betrachtungsweise gestellt werden: Wie die obigen Ausführungen zeigen, geht es in der Frage des Frauenstimmrechts im Allgemeinen und im Appenzeller Stimmrechtsentscheid im Besonderen zentral um die Thematik von Rechtssprache und Geschlecht, konkret anhand der Begriffe der «Schweizer» und «Landleute». An dieser Stelle sei nochmals an die Feststellung von

95 ARROYO (Fn. 46), S. 78 ff. sowie 91 f.

96 MARGRIT BIGLER-EGGENBERGER, *Justitias Waage – wagemutige Justitia? Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Gleichstellung von Frau und Mann*, Basel/Genf/München 2003, S. 96, Rz. 189.

VOEGELI erinnert, wonach die ab 1798 auch in der Schweiz geltenden Prinzipien der Freiheit und Gleichheit zunächst nur auf Männer Anwendung fanden, obwohl die Verfassungen des 19. Jahrhunderts die Frauen nicht wörtlich von den politischen Rechten ausschlossen.⁹⁷ Der Grund für diese Haltung lag in der Auslegung der fraglichen Bestimmungen. So wurde vor dem Bundesgerichtsentscheid in der Innerrhoder Rechtspraxis nicht nur der in Art. 16 aKV erscheinende Begriff der «Schweizer», sondern auch jener der «Landleute» nur auf Männer bezogen, obwohl der letztere Begriff im Gegensatz zum Ersteren sprachlich neutral ist.

In der Genderlinguistik werden heute vier Ebenen unterschieden, um über den sprachlichen Ausdruck von Geschlechterordnungen und ihre Hierarchien zu sprechen: 1) Genus bzw. das grammatikalische Geschlecht von Worten (ausgedrückt durch den Artikel «der», «die» oder «das») und 2) das semantische Geschlecht (nur für Personen und manche Tiergattungen, z.B. Frau, Mann) als innersprachliche Kategorien sowie 3) Sexus bzw. das biologische Geschlecht von Lebewesen und 4) Gender, also gesellschaftliche Stereotypen als ausser-sprachliche Kategorien:⁹⁸



(Eigene Darstellung)

Für sich genommen hat das Genus eines Wortes keine geschlechtliche Bedeutung, so insb. für Gegenstände, aber auch für Personen in Fällen wie «der Mensch», «die Person», «das Mitglied» und «die Landleute». Insofern sind Genus und Sexus voneinander zu unterscheiden. Gleichzeitig stehen sie aber in

97 BIGLER-EGGENBERGER geht sogar so weit zu argumentieren, der allgemeine Wortlaut von Art. 4 aBV habe annehmen lassen, Frauen seien von dieser Bestimmung miterfasst; BIGLER-EGGENBERGER (Fn. 96), S. 6, Rz. 10.

98 GABRIELE DIEWALD und ANJA STEINBAUER, Handbuch geschlechtergerechte Sprache. Wie Sie angemessen und verständlich gendern, Berlin 2020, S. 50 ff. sowie S. 69 ff. Dieses Werk referiert regelmässig auf HELGA KOTTHOFF und DAMARIS NÜBLING (unter Mitarbeit von CLAUDIA SCHMIDT), Genderlinguistik. Eine Einführung in Sprache, Gespräch und Geschlecht, Tübingen 2018, weshalb dieses letztere Werk vorliegend nicht auch noch separat zitiert wird.

einer engen Wechselbeziehung, bei der stereotype Vorstellungen eine Rolle spielen.⁹⁹

Laut den Linguistinnen DIEWALD und STEINHÄUER¹⁰⁰ stellt die Verwendung des generischen Maskulinums bzw. maskuliner Sprachformen den zentralen Punkt der Debatte um geschlechtergerechte Sprache dar. Dies betrifft Worte, welche grammatikalisch in der männlichen *und* weiblichen Form bestehen und insofern verschiedene biologische Geschlechter bezeichnen («Schweizer», «Schweizerinnen»). Gleichzeitig wird der grammatikalisch männliche Begriff umfassend verwendet («Schweizer» für Schweizer *und* Schweizerinnen; vgl. auch «Schweizer Juristenverein», «Schweizer Juristentag»). Laut dem Duden fehlt dem generischen Maskulin die Eindeutigkeit; stattdessen sollen geschlechtergerechte Alternativen verwendet werden.¹⁰¹

Die Meinungen zu dieser und anderen sprachlichen Fragen zur Geschlechtergleichstellung sind geteilt und führen zu lebhaften Debatten von Fachleuten bis in die Tageszeitungen hinein. Während die einen mit Argumenten wie Gleichheit, Gerechtigkeit und Demokratie für eine sensible Sprache eintreten («Geschlechtergerechte Sprache ist demokratische Pflicht»),¹⁰² richten sich andere mit Klagen über falsche Korrektheit und zunehmende Komplexität der Sprache dagegen («Sexualisierung bzw. Sexierung der Grammatik»).¹⁰³

2. Von «Landleuten», «Personen» und «Menschen» – und der «Living Tree Doctrine»

Vor dem Appenzeller Stimmrechtsentscheid wurde der in Art. 16 der Innerrho-der Kantonsverfassung erscheinende Begriff der «Landleute» nur auf die Männer bezogen. Für dieses Vorgehen der einseitigen Auslegung eines sprachlich neutralen Begriffs im Sinne nur eines biologischen Geschlechts gibt es einen berühmten Vorgängerfall aus Kanada, der ebenfalls die politischen Rechte betrifft. Er soll vorliegend dazu dienen, den Appenzeller Stimmrechtsentscheid aus einer etwas anderen juristischen Perspektive zu beleuchten.

Der Fall betraf die Wählbarkeit von Frauen in den Senat (eine der beiden Kammern des Parlaments). Laut Art. 24 des «British North America Act 1867» konnten nur «qualified persons» vom Gouverneur in den Senat berufen werden, wobei sich die Qualifikation auf das Alter (mindestens 30 Jahre), das Vermögen (Wert von mindestens \$ 4 000) und den Wohnsitz (in der relevanten

99 GABRIELE DIEWALD und DAMARIS NÜBLING, Genus und Sexus: Es ist kompliziert, NZZ vom 17. Dezember 2020.

100 Hierfür und für das Folgende DIEWALD/STEINBAUER (Fn. 98), S. 20 ff. sowie S. 81 ff.

101 Duden, Geschlechtergerechter Sprachgebrauch, <<https://www.duden.de/sprachwissen/sprachratgeber/Geschlechtergerechter-Sprachgebrauch>>.

102 Z.B. HENNING LOBIN und DAMARIS NÜBLIN, Geschlechtergerechte Sprache ist demokratische Pflicht. Tief in der Sprache lebt die alte Geschlechterordnung fort, Süddeutsche Zeitung vom 7. Juni 2018.

103 Z.B. EWA TRUTKOWSKI, Vom Gendern zu politischen Rändern, NZZ vom 22. Juli 2020.

Provinz) bezog.¹⁰⁴ In der Praxis wurde der Begriff «persons» nur auf Männer bezogen, so dass Frauen nicht Senatorinnen werden konnten. Eine dagegen gerichtete Kampagne von fünf Frauen (den «Famous Five») führte dazu, dass der Justizminister dem «Supreme Court» die Frage vorlegte, ob der Begriff «persons» auch weibliche Personen umfasse.¹⁰⁵ Der «Supreme Court» akzeptierte zwar, dass dies im normalen Sprachgebrauch der Fall war, entschied aber zugleich, dass dies im vorliegenden Zusammenhang wegen der Situation zur Entstehungszeit der Norm nicht anwendbar sei. Eine andere Auslegung wäre nur dann möglich, wenn das Gesetz Frauen ausdrücklich erwähnt und mithin klar gestellt hätte, dass mit «persons» auch Frauen gemeint seien. Die «Famous Five» gelangten daraufhin an das «Judicial Committee des Privy Council of England», der damals höchsten, für Kanada zuständigen gerichtlichen Instanz. Dieses entschied in ihrem Sinne: Das Wort «persons» umfasste auch Frauen, die damit für den Senat wählbar waren.¹⁰⁶ In der jüngeren Vergangenheit wurden die «Famous Five» für ihren Einsatz mit einer kanadischen Banknote mit der Aufschrift «Women Are Persons!» geehrt.¹⁰⁷

Das Urteil des «Privy Council» in der *Persons Decision* verfasste LORD SANKEY, dessen Ausführungen zum rechtlichen Inhalt des Begriffes «persons» in der folgenden Aussage gipfelt: «The word «person» [...] may include members of both sexes, and to those who ask why the word should include females, the obvious answer is why should it not.» Zur rechtlichen Begründung hier einige wenige Hinweise: LORD SANKEY begann seine Überlegungen mit der Feststellung, der Ausschluss der Frauen von allen öffentlichen Ämtern sei ein Relikt aus barbarischeren Zeiten. Dem folgt ein mehrseitiger geschichtlicher Abriss zur Stellung der Frau mit Blick auf öffentliche Ämter, von Tacitus bis zum (damals) modernen kanadischen Recht. Zur Frage einer an der Entstehungszeit orientierten Auslegung des Gesetzes, wie sie vom «Supreme Court»

104 Dies betrifft das passive Wahlrecht. Das aktive Wahlrecht stand gemäss Art. 41 ausdrücklich nur Männern zu («every male British subject aged twenty-one years or upwards being a householder shall have a vote»). Im Gegensatz dazu hatte der «Constitutional Act 1791» dieses Recht «persons» mit einem gewissen Vermögen gewährt. 1792 konnten in Lower Canada auch Frauen wählen, wenn sie genügend Vermögen besaßen. Später wurde dies – beeinflusst durch eine ähnliche Entwicklung im Vereinigten Königreich – geändert und das Wahlrecht explizit auf Männer beschränkt; dazu Timeline. Women's Suffrage, The Canadian Encyclopedia, <<https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/timeline/womens-suffrage>> sowie für das Vereinigte Königreich <<https://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/houseofcommons/reformacts/overview/reformact1832/>>.

105 Canadian Supreme Court, *Edwards v. A. G. of Canada*, [1928] SCR 276.

106 Privy Council of England, *Edwards v. A. G. of Canada*, [1930] AC 124, S. 10. Vgl. hierzu TABITHA MARSHALL und DAVID A. CRUICKSHANK, Persons Case, The Canadian Encyclopedia, online 6. Februar 2006, letztmals geändert 6. November 2020, <<https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/persons-case>>.

107 Das Motiv wurde in einer späteren Version der Banknote durch einen Eisbrecher ersetzt; siehe ALISTAIR REIGN, CDN: A Bank NOTE-able Woman – Merna Forster Gives Women A Face, Blog 4. Juli 2016, <<https://alistairreignblog.com/2016/07/04/cdn-a-bank-note-able-woman-merna-forster-gives-women-a-face/>>.

vertreten worden war, bemerkte LORD SANKEY, Gewohnheiten neigten dazu, sich zu Traditionen zu verfestigen, die stärker als das Gesetz seien und unangefochten blieben, lange nachdem der Grund für sie verschwunden sei. Die Berufung auf die Geschichte sei daher in der vorliegenden Frage nicht stichhaltig. Statt einer historischen Auslegung vertrat er einen dynamischeren Ansatz, der im folgenden, berühmt gewordenen Abschnitt zum Ausdruck kommt:¹⁰⁸

«[T]heir Lordships [gemeint sind die Richter des Privy Council] do not think it right to apply rigidly to Canada of to-day the decisions and the reasonings therefor which commended themselves, probably rightly, to those who had to apply the law in different circumstances, in different centuries to countries in different stages of development. [...] The British North America Act planted in Canada a living tree capable of growth and expansion within its natural limits.»

Aufgrund dieser letzteren Aussage gilt die *Persons Decision* gemeinhin als der Ausgangspunkt für die Entwicklung der sog. «Living Tree Doctrine».¹⁰⁹ Danach ist das Recht ein lebendiger Organismus, der sich weiterentwickeln und dabei auch gesellschaftliche Entwicklungen berücksichtigen soll. In den Worten des kanadischen «Supreme Court» in der *Same-Sex Marriage*-Entscheidung aus dem Jahr 2004, welche den Rechtsbegriff der Ehe betraf: «[O]ur Constitution is a living tree which, by way of progressive interpretation, accommodates and addresses the realities of modern life.»¹¹⁰

Im modernen Rechtsdiskurs der Schweiz findet derselbe Gedanke Anwendung bei der Einführung der «Ehe für alle» auf der Gesetzesstufe, ohne Änderung der Bundesverfassung. Im politischen Prozess wurde z.T. argumentiert, es sei eine Änderung von Art. 14 BV erforderlich, weil diese Bestimmung trotz ihres neutralen Wortlauts («Das Recht auf Ehe und Familie ist gewährleistet.») traditionell nur die heterosexuelle Ehe meine und auch heute noch so zu verstehen sei.¹¹¹ Im Bundesparlament setzte sich demgegenüber die Auffassung durch, dass eine Verfassungsänderung nicht erforderlich sei – was impliziert, dass Art. 14 BV inhaltlich offen verstanden wird, so dass er sowohl die gegen- als auch die gleichgeschlechtliche Ehe umfasst.

In der *Same-Sex Marriage*-Entscheidung kontrastierte der kanadische «Supreme Court» dieses dynamische Grundprinzip der kanadischen Verfassungsauslegung mit dem Ansatz des «eingefrorenen Begriffs» («frozen concept»),

108 Idem, S. 9.

109 Relativierend zur Bedeutung der Entscheidung für die heutige Theorie ARTHUR HONICKMAN, The original «Living tree», blogpost vom 21. August 2018, Advocates for the Law, <<http://www.ruleoflaw.ca/the-original-living-tree/>>. Zur *Living Tree Doctrine* in einem breiteren Kontext etwa LEONARDO PIERDOMINICI, The Canadian Living Tree Doctrine as a Comparative Model of Evolutionary Constitutional Interpretation, Perspectives on Federalism 9(3) 2017, E-85–E-105.

110 Canadian Supreme Court, *Reference re Same-Sex Marriage*, [2004] 3 SCR 698, E. 22.

111 Siehe dazu Bundesamt für Justiz, Ehe für alle – Fragen zur Verfassungsmässigkeit, 7. Juli 2016, S. 2 ff.

welcher auf einer historischen, unveränderlichen Auslegung beharrt. Letztlich spiegelt sich derselbe Gedanke auch im Appenzeller Stimmrechtsentscheid, wenn das Bundesgericht schreibt (BGE 116 Ia 359 E. 5c):

«Dabei ist zu beachten, dass sich der Sinn einer Norm ändern kann [...]. Der Richter muss sich bemühen, eine Norm in einer Weise anzuwenden, die den gegenwärtigen Gegebenheiten und Auffassungen möglichst entspricht. Er wird daher oft dazu kommen, eine hergebrachte Auslegung aufzugeben, die zur Zeit der Entstehung des Gesetzes zweifellos gerechtfertigt war, sich aber angesichts der Änderung der Verhältnisse oder auch nur wegen der Entwicklung der Anschauungen nicht mehr halten lässt [...].»

Allerdings kann aus der Sicht der Geschlechtergleichheit nicht gesagt werden, der Ausschluss der Frauen vom Stimmrecht sei jemals «*zweifelloso* gerechtfertigt» gewesen (Bundesgericht) oder auch nur «*vermutlich zu Recht*» als richtig empfunden worden (LORD SANKEY). Vielmehr widerspiegelt dieser alte Ansatz schlicht die subjektive Auffassung des zu jener Zeit herrschenden Teils der Bevölkerung, ohne damit etwas über ihre objektive Berechtigung auszusagen. Aus menschenrechtlicher Sicht war der Ausschluss der Frauen von den politischen Rechten schon immer unakzeptabel und stellte eine wenn auch nicht rechtliche, so doch faktische Diskriminierung dar.¹¹² Die Philosophin MAIHOFFER¹¹³ spricht von historischem Unrecht, und der Historiker KREIS¹¹⁴ wirft die Frage nach einer Entschuldigung für dieses Unrecht auf.

Mit den Menschenrechten ist auch der Begriff des «Menschen» erwähnt, der mit Bezug auf die Frauen lange kontrovers diskutiert wurde.¹¹⁵ Im Zusammenhang mit dem Frauenstimmrecht in Appenzell Innerrhoden berichtet MOCK unter dem Titel «Sind Frauen auch Menschen?» die folgende Anekdote, welche die menschenrechtliche Dimension der Stimmrechtsfrage implizit verneint:¹¹⁶

112 Zur faktischen Diskriminierung bereits CHRISTA TOBLER, *Indirect Discrimination. A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, Antwerpen/Oxford 2005, S. 64 ff. Weiter auch ganz am Ende des vorliegenden Beitrags (I. Schlussbemerkungen).

113 ANDREA MAIHOFFER, «Die Geschichte des Frauenstimmrechts – Verdrängtes Unrecht?», in: Rohner/Schäppi (Hrsg.), *50 Jahre Frauenstimmrecht. 25 Frauen über Demokratie, Macht und Gleichberechtigung*, Zürich 2020, S. 19–30, S. 27 ff., sowie dieselbe, *Die Verweigerung des Frauenstimmrechts – zur Bedeutung der Einsicht in historisches Unrecht*, CH2021 Blog 19. Februar 2021, <<https://ch2021.ch/die-verweigerung-des-frauenstimmrechts/>>.

114 GEORG KREIS, *Sorry für das späte Frauenstimmrecht*, CH2021 Blog 22. Januar 2021, <<https://ch2021.ch/sorry-fuer-das-spaete-frauenstimmrecht/>>.

115 Vgl. etwa aus dem 16. Jahrhundert die (anonyme, z.T. VALENS ACIDALIUS zugeschriebene) «*disputatio nova contra mulieres, qua probatur eas homines non esse*» (Neue Disputation gegen Frauen, durch die bewiesen wird, dass sie keine Menschen sind) mit der Gegenschrift von SIMON GEDIK «*defensio sexus muliebris*» (Verteidigung des weiblichen Geschlechts); zum Kontext GISELA BOCK/MARGARETE ZIMMERMANN, *Die Querelle des Femmes* in Europa. Eine begriffs- und forschungsgeschichtliche Einführung, in: Bock/Zimmermann (Hrsg.), *Die europäische Querelle des Femmes. Geschlechterdebatten seit dem 15. Jahrhundert, Querelles*. Jahrbuch für Frauenforschung 1997, Stuttgart/Weimar 1997, S. 9–38.

116 Mock (Fn. 69), S. 341.

«Was redet ihr immer von «Menschenrecht», soll ein Mann an einem Diskussionsabend entnervt ausgerufen haben, «das ist doch nicht logisch. Wenn es ein Menschenrecht wäre, dann hätten sie es ja schon. Menschen sind sie ja schliesslich.» Dies passt zur gängigen Argumentation im Kontext der französischen Revolution, wo die Menschenrechte – «droits de l’homme» – nur auf Männer bezogen wurde, obwohl es sich in der französischen Sprache bei «homme» auch um das Wort für «Mensch» handelt.¹¹⁷ In Zürich fragte dagegen der Radikale JOHANN JAKOB LEUTHY, Herausgeber der Zeitschrift «Das Recht der Weiber», im Jahr 1833 rhetorisch: «Hat der Mensch das Recht frei zu seyn? Sind die Weiber auch Menschen? Haben sie daher ein gleiches Recht frei zu seyn?» Die korrekte Antwort schien ihm offensichtlich: «Wer nur die ersten Anfangsgründe des Denkens aufgefasst hat, wird sicher den richtigen Schluss folgern.»¹¹⁸

3. *Von «Schweizern» und «Schweizerinnen» – und einer integrativen Rechtssprache*

a. *Historische Auslegung und Rechtspraxis*

Im Appenzeller Stimmrechtsentscheid ging es neben dem sprachlich neutralen Begriff der «Landleute» auch um jenen der «Schweizer». Gleich wie in den Beispielen der «Landleute» und «persons» bestand auch hier die Tradition, den Begriff im Sinne nur eines Geschlechts auszulegen. Bemühungen, diese Praxis im Interesse der Frauen zu ändern blieben lange ohne Erfolg.¹¹⁹

Als 1923 gefordert wurde, der Begriff «Schweizer» in Art. 74 aBV über das Stimmrecht in eidgenössischen Angelegenheiten sei auf die Frauen auszuweiten, lehnte das Bundesgericht dies im unveröffentlichten Entscheid *Lehmann*¹²⁰ mit der folgenden Begründung ab:

«Artikel 74 der Bundesverfassung [...] erklärt in allgemeinen jeden «Schweizer», der das 20. Altersjahr zurückgelegt hat, als stimmberechtigt. Mit dieser Bezeichnung [...] sind nur die Schweizerbürger männlichen Geschlechts gemeint. Die Frauen waren nach uraltem Gewohnheits- oder Gesetzesrecht bis in die neuere Zeit hinein allgemein

117 Vgl. den berühmten Gegenentwurf zur «Déclaration des droits de l’homme et du citoyen»: OLYMPE DE GOUGES, *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne et ’autres textes*. Préface de GENEVIÈVE FRAISSE, Paris: 2021; dazu BÜCHLER/COTTIER (Fn. 9), S. 59 ff.

118 Hierzu CLAUDIA MÄDER, *Im Umgang mit den Frauen haben die frühen Liberalen ihre eigenen Ideale verraten*, NZZ vom 22. Februar 2019, sowie ausführlicher CLAUDIA MÄDER, «Sind die Weiber auch Menschen?» Eine kleine Geschichte der Schweizer Frauen, NZZ Geschichte Nr. 4, Zürich 2016.

119 Zum «Interpretationsweg» siehe insb. BEATRIX MESMER, *Verfassungsrevision oder Interpretationsweg?* in: Schweizerischer Verband für Frauenrechte (Hrsg.), *Der Kampf um gleiche Rechte*, Basel 2009, S. 88–100; weiter ARROYO (Fn. 46), S. 54 ff.

120 *Lehmann gegen Bern*, unveröffentlichter BGE vom 14. September 1923, zitiert im Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 2. Februar 1951 über das für die Einführung des Frauenstimmrechtes einzuschlagende Verfahren, BBl 1951 I 314, S. 348.

von der politischen Stimmberechtigung ausgeschlossen; die Beseitigung dieses Ausschlusses bedeutet daher die Aufhebung eines tief eingewurzelten Rechtszustandes, die nur durch eine unzweifelhaft zu diesem Zwecke erlassene Verfassungs- oder Gesetzesbestimmung vor sich gehen und nicht einfach aus einer bestehenden Vorschrift herausgelesen werden kann, bei deren Aufstellung niemand eine derartige Änderung im Auge hatte. Auch der Umstand, dass bis jetzt die Frauen nie zu eidgenössischen Wahlen oder Abstimmungen zugelassen worden sind, zeigt klar, dass die Vorschrift des Artikels 74 der Bundesverfassung die Stimmberechtigung auf die Männer beschränkt. Hat aber Artikel 74 der Bundesverfassung diesen Sinn, so kann ein Stimmrecht der Frauen in eidgenössischen Angelegenheiten auch nicht aus Artikel 4 oder einer andern Bestimmung der Bundesverfassung abgeleitet werden.»

Gleich äusserte sich das Bundesgericht offenbar 1928 in der ebenfalls unveröffentlichten Entscheidung *Unger*¹²¹ mit Bezug auf den Begriff «Stimmbürger». Was seine Argumentation anbelangt, so ist deutlich, dass hier – ungefähr zur selben Zeit wie die ungleich fortschrittlichere *Persons Decision* aus Kanada – der Ansatz der eingefrorenen Begriffe zur Anwendung gelangte (dazu oben C.VI.2.): Frauen waren ursprünglich mit Begriffen wie «Schweizer» oder «Stimmbürger» nicht mitgemeint, und das sollte auch so bleiben. BÜCHLER/COTTIER¹²² qualifizieren den alten Schweizer Bundesstaat denn auch als Männerbund und zeigen anhand von historischen Quellen, wie der Staat als männlich definiert und damit der Ausschluss der Frauen legitimiert wurde. SEITZ¹²³ attestiert der «ausgeprägt männerbündlerischen politischen Kultur, die sich in der Schweiz ab dem 18. Jahrhundert herausbildete», eine prägende Rolle für die verspätete Einführung des Frauenstimmrechts. Mit Bezug auf das Stimmrecht sollte sich die Auslegung der erwähnten Begriffe letztlich erst mit dem Appenzeller Stimmrechtsentscheid ändern, wo das Bundesgericht genau dasjenige Vorgehen wählte, welches es im Entscheid *Lehmann* im Einklang mit der älteren Schweizer Literatur noch so dezidiert abgelehnt hatte,¹²⁴ nämlich den Einschluss der Frauen durch Auslegung.

Auch im BGE 83 I 181 (*Quinche*) aus dem Jahr 1957 ging es um den Begriff «Schweizer» bzw. «suisses», diesmal in der Waadtländer Kantonsverfassung. Das Bundesgericht stützte die historische, einseitig nur auf Männer ausgerich-

121 *Unger gegen Genf*, unveröffentlichter BGE vom 21. September 1928, erwähnt in Zürcher Frauenbefragung 1955. Die Meinung der Frauen in der Stadt Zürich zur Einführung des Frauenstimmrechtes, Zürcher Statistische Nachrichten 1955, 121–184, S. 175. ARROYO (Fn. 46), S. 59 ff., nennt zwei weitere unveröffentlichte Entscheide, nämlich *Heinzelmann* (1963) und *Kammacher* (1965), wo es aber offenbar nicht vorrangig um die Auslegung der vorliegend interessierenden Begriffe ging.

122 BÜCHLER/COTTIER (Fn. 9), S. 80 ff.

123 SEITZ (Fn. 6), S. 234; siehe auch 23 ff.

124 Laut ARROYO (Fn. 46), S. 84 ff. erachtete die Lehre lange praktisch einstimmig einzig den Weg über eine Verfassungsrevision als rechtlich zulässig. Ein anderes Vorgehen wurde als Hintertüren- und Hintertreppenpolitik bezeichnet.

tete Auslegung mit dem Argument, etwas anderes wäre zur Entstehungszeit der Kantonsverfassung gar nicht möglich gewesen (BGE 83 I 181 E. 5):

«Or il ne peut faire de doute pour personne qu'à l'époque où ces différentes dispositions constitutionnelles ont été adoptées, les termes de «Suisse», «Vaudois» ou «Confédérés» visaient les hommes, à l'exclusion des femmes. Le constituant n'a pu avoir à ce sujet une idée différente, car en 1845, 1861 ou 1885 la question de savoir s'il fallait accorder les droits politiques aux femmes ne se posait pas en pratique, même si quelques esprits en avance sur leur époque l'avaient soulevée comme un problème de doctrine. Il allait de soi, en effet, que seuls les hommes pouvaient revêtir la qualité de citoyen actif.»

Das Bundesgericht fügte hinzu, dass sich eine andere Auslegung auch deshalb verbiete, weil im Jahr 1950 in einer Volksabstimmung eine Verfassungsänderung zugunsten eines Frauenstimmrechts in bestimmten Fragen abgelehnt worden war. Es sei deshalb nicht willkürlich, den Begriff «suisse» nur auf die Männer zu beziehen.

In derselben Rechtssache war weiter die Frage zu beurteilen, ob ein kantonaler Ausschluss der Frauen vom Stimmrecht mit der Bundesverfassung vereinbar sei. Das Bundesgericht liess dies offen mit der Begründung, es überprüfe die Vereinbarkeit einer kantonalen Verfassung mit der Bundesverfassung nicht, weil dies ja bereits bei der Gewährleistung durch die Bundesversammlung erfolgt sei. Im Übrigen argumentierte es, mit einer Aufhebung der kantonalen Ausschlussentscheidung würde es faktisch die Waadtländer Kantonsverfassung ändern (BGE 83 I 181 E. 6):

«En effet, les recourantes demandent au Tribunal fédéral d'annuler non pas l'art. 23 Cst. vaud., mais la décision qui leur refuse l'exercice des droits politiques. Si le Tribunal fédéral leur donnait raison, il modifierait en fait l'art. 23 Cst. vaud. et en ferait une disposition nouvelle. Par cette voie, les recourantes éluderaient les règles auxquelles la révision de la constitution est soumise. Elles échapperaient notamment au vote populaire et empêcheraient ainsi le canton d'obtenir la garantie fédérale, puisque celle-ci est soumise en particulier à la condition que les dispositions nouvelles aient été acceptées par le peuple. Il est clair que le Tribunal fédéral ne saurait prêter la main à pareille tentative.»

Auch dazu sollte der Appenzeller Stimmrechtsentscheid später eine Praxisänderung darstellen: Dort wurde durch die Vorgehensweise des Bundesgerichts eine (weitere) Volksabstimmung ebenso wie eine Gewährleistung durch die Bundesverfassung für die neu verstandene Bestimmung vermieden.

b. Neue Auslegung ausserhalb des Stimmrechts

In anderen Bereichen als dem Stimmrecht bahnte sich ein Wandel der Anschauungen zur Rechtsgleichheit bzw. zur Auslegung des Wortes «Schweizer» schon sehr viel früher an – eine Tatsache, auf die das Bundesgericht im Appenzeller Stimmrechtsentscheid als Argumentationshilfe auch für die politischen Rechte

rekurrieren sollte. Nach der hier vertretenen Auffassung zeigt im Grunde bereits der erste Entscheid zur Rechtsgleichheit aus dem Jahr 1880, *Jäggi*, dass es das Bundesgericht nicht *prinzipiell* ausschloss, Frauen in den Begriff «Schweizer» einzubeziehen. Es legte nämlich Art. 4 aBV über die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne der offen formulierten sog. aristotelischen Formel aus, wonach die Gerechtigkeit erfordert, dass Gleiches gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit behandelt wird¹²⁵ (BGE 6 I 171 E. 1):

«Bedeutung und Tragweite des Prinzips der Gleichheit vor dem Gesetze in letzterer Richtung nun bestimmt und beschränkt sich dadurch, daß dasselbe ein Postulat staatlicher Gerechtigkeit ist. Als solches ist dieser Grundsatz einerseits keineswegs auf das Verbot der in Art. 4, Abs. 2 speziell bezeichneten Vorrechte beschränkt, sondern ist er, wie auch aus der Entstehungsgeschichte des Artikels 4 [...] und aus der bisherigen bundesrechtlichen Praxis hervorgeht, als allgemeines, die gesamte Rechtsordnung beherrschendes Prinzip aufzufassen [...], andererseits dagegen liegt in demselben selbstverständlich nicht die, nicht nur unzweckmäßige, sondern auch ungerechte und völlig undurchführbare Anforderung, daß der Gesetzgeber alle Bürger ohne Unterschied schlechthin einer und derselben Rechtsregel unterstelle. Vielmehr ist ohne weiteres klar, daß, unbeschadet des Grundsatzes der Gleichheit vor dem Gesetze, die natürlichen Verschiedenheiten, welche zwischen den einzelnen Staatsangehörigen mit Rücksicht auf Alter, Geschlecht, Beruf und sonstige Lebensverhältnisse bestehen, auch in zahlreichen rechtlichen Verschiedenheiten zum Ausdrucke gelangen können und müssen [...]. Nicht jede rechtliche Verschiedenheit ist also eine Ungleichheit vor dem Gesetze. Dagegen kann auch nicht daran festgehalten werden, daß der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetze nur unter der Voraussetzung absolut gleicher faktischer Verhältnisse gelte. Denn, dahin ausgelegt, wäre derselbe gegenüber allen Ausnahmegesetzen, welche sich nicht auf bestimmte Individuen, sondern auf ganze Klassen von Bürgern beziehen, gänzlich illusorisch, da es natürlich an einem unterscheidenden tatsächlichen Merkmale, vermöge dessen die durch ein Gesetz betroffene Klasse sich von den übrigen Bürgern unterscheidet, niemals fehlen kann, so daß denn, in schneidendem Widerspruche mit dem verfassungsmäßigen Prinzip, die willkürlichsten Ausnahmegesetze zu Gunsten oder Ungunsten einzelner Personenklassen als zulässig betrachtet werden müßten. Das Prinzip der Gleichheit vor dem Gesetze fordert vielmehr gleiche Behandlung der Bürger nicht nur unter der Voraussetzung absolut gleicher tatsächlicher Verhältnisse, sondern es verlangt Gleichheit der Behandlung unter der Voraussetzung der Gleichheit aller erheblichen tatsächlichen Verhältnisse.»

Entscheidend für die Auslegung von Art. 4 aBV war somit, ob erhebliche Verschiedenheiten der Tatbestände vorlagen, welche je nach dem Bereich zu einer rechtlich zulässigen Gleich- oder zu einer Ungleichbehandlung führen konnten.

125 Aristoteles. Band 6: Nikomachische Ethik, übersetzt, eingeleitet und kommentiert von DOROTHEA FREDE, Erster Halbband: Übersetzung und Einleitung, Berlin/Boston 2020, S. 83 f. (Buch V, Kapitel 6, 1131a10–24), sowie Zweiter Halbband: Kommentar, S. 600 ff. Zum aristotelischen Gleichheitsbegriff, seiner Bedeutung für die Rechtsethik und die Anwendung in der Rechtspraxis TILMAN ALTWICKER, Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz, Heidelberg/Dordrecht/London/New York 2011, S. 459 ff. ALTWICKER spricht vom «Aristoteles-Prinzip»; S. 13.

In der Entscheidung *Kempin-Spyri* aus dem Jahr 1887 bekräftigte das Bundesgericht die Auslegung, wonach Art. 4 nur jene Ungleichheiten verbot, «welche, nach anerkannten Grundprinzipien der Rechts- und Staatsordnung, als innerlich unbegründet, durch keine erhebliche Verschiedenheit der Thatbestände gerechtfertigt erscheinen». Dem Bundesgericht erschien nun allerdings «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» (BGE 13 I 1 E. 2). BÜCHLER/COTTIER bemerken hierzu, dass am Ende des 19. Jahrhunderts die Ungleichbehandlung der Frauen mit Bezug auf die Betätigung im öffentlichen Leben – im Fall *Kempin-Spyri* die Tätigkeit als Rechtsanwältin – noch als selbstverständlich galt.¹²⁶

Das Bundesgericht schloss dabei allerdings nicht aus, dass sich die herrschende Rechtsauffassung in der Zukunft ändern könnte – was in sprachlicher Hinsicht zugleich den Einbezug der Frauen in den Rechtsbegriff der «Schweizer» bedeuten würde.¹²⁷ KEMPIN-SPYRI sprach denn auch von «Schweizerbürgern weiblichen Geschlechtes» (BGE 13 I 1, unter B.); sie wollte also das Wort «Schweizer» zugunsten der Frauen im Sinne eines generischen Maskulinums verstanden haben.

Ein Wandel in der Einschätzung zu den rechtlich relevanten Unterschieden zwischen den Geschlechtern zeigte sich Anfang des 20. Jahrhunderts. BIGLER-EGGENBERGER¹²⁸ nennt als die ersten relevanten Bundesgerichtsentscheide *Bammert* aus dem Jahr 1914 (BGE 40 I 1), gefolgt von *König* von 1921 (BGE 47 I 150) und *Roeder* von 1923 (BGE 49 I 14). Sie alle bezogen sich auf das Wirtschaftsleben, wo laut Bundesgericht inzwischen die Sitten und die Gesetze, die sie widerspiegeln, die Gleichheit der Geschlechter hergestellt hatten. Das Bundesgericht kontrastierte dies in der Entscheidung *Roeder* aber ausdrücklich mit den politischen Rechten, welche den Frauen in der Schweiz immer noch weitgehend verwehrt waren. Dies wurde später im selben Jahr in den Entscheidungen *Lehmann* und *Unger* bestätigt.

Zur Begründung seiner Aussage im Appenzeller Stimmrechtsentscheid, wonach sich die Bedeutung eines Rechtsbegriffes im Laufe der Zeit ändern kann, verwies das Bundesgericht insb. auf die Entscheidung *Loup* von 1977 (BGE 103 Ia 517). Es handelte sich um den ersten Lohngleichheitsprozess vor Bundesgericht, zur Besoldung der Primarlehrkräfte im Kanton Neuenburg: Lehrerinnen verdienten pro Jahr 1800 CHF weniger als Lehrer, was das Bundesgericht als eine Verletzung der verfassungsrechtlichen Rechtsgleichheit einstuft. Zum Inhalt des Begriffs «Schweizer» schrieb es, es ergebe sich bereits

126 BÜCHLER/COTTIER (Fn. 9), S. 97.

127 So auch BIGLER-EGGENBERGER (Fn. 96), S. 9, Rz. 19.

128 Idem, S. 11 ff., Rz. 24 ff.

aus früherer Rechtsprechung, dass der Wortlaut der Rechtsgleichheitsgarantie in Art. 4 aBV zu eng sei: Nicht nur Schweizer fielen darunter, sondern auch ausländische Staatsangehörige. Zudem seien auch schweizerische und ausländische Frauen erfasst; jedes menschliche Wesen könne sich auf die Rechtsgleichheit berufen (BGE 103 Ia 517 E. 2):

«Il est généralement admis que la teneur de l'art. 4 Cst., prescrivant que «tous les Suisses» sont égaux devant la loi, a une portée trop restrictive. La garantie de cette égalité concerne également les étrangers (ATF 93 I 3 consid. 1a et jurisprudence citée); elle vaut donc aussi non seulement pour les Suissesses, mais pour les femmes en général. Tout être humain est en droit de se prévaloir de l'égalité devant la loi. [...] [C]e principe de l'égalité des hommes et des femmes devant la loi est clairement reconnu [...]»

Daraus ergibt sich nicht nur, dass Frauen Menschen sind, sondern auch, dass der Begriff «Schweizer» im Sinne von Männern *und* Frauen zu verstehen war. Mit anderen Worten fasste das Bundesgericht diesen Begriff hier als generisches Maskulinum auf – wie dies schon von KEMPIN-SPYRI und nach ihr von zahlreichen anderen vertreten worden war. In der wissenschaftlichen Literatur verweist MÜLLER¹²⁹ für seine Feststellung, dass Art. 4 aBV schon vor seiner Revision die Gleichberechtigung der Geschlechter garantierte, auf BGE 103 Ia 517.

c. *Politische Rechte: vom generischen Maskulinum zu Paarbegriffen*

Im Appenzeller Stimmrechtsentscheid übertrug das Bundesgericht die Auffassung des grammatikalisch männlichen Begriffs «Schweizer» als generisches Maskulinum schliesslich auch auf den Bereich der politischen Rechte. Wie bereits erwähnt, erblickt BIAGGINI darin eine Verkehrung des kantonalen Sprachgebrauchs in sein Gegenteil.¹³⁰ Im Fall des Frauenstimmrechts ebenso wie in anderen, im letzten Abschnitt angesprochenen Bereichen, wo diese Strategie erfolgreich angewendet wurde, handelte es sich mit Blick auf das zu erreichende Ziel um eine nützliche Argumentation. In ihrem Standardwerk über «Das Deutsche als Männersprache» weist die Linguistin *Luise Pusch* allerdings darauf hin, dass es beim expliziten Einbezug einer Gruppe in der Sprache um «Wahrgenommenwerden, Beachtetwerden, Identifiziertwerden und Gemeintsein» geht.¹³¹ Aus diesem Grund kritisiert sie das generische Maskulinum:¹³² «Mitgemeint reicht eben nicht. Frauen wollen in Texten angesprochen sein, ja, sie müssen es sogar, sonst vermittelt uns das Schriftstück oder die Rede eine falsche Information. Das ist das Drama des generischen Maskulinums.»

129 GEORG MÜLLER, Art. 4, in: Koller/Eichenberger/Müller/Rhinow/Schindler (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich 1987–1996, Rz. 133.

130 BIAGGINI (Fn. 93), S. 74.

131 LUISE F. PUSCH, *Das Deutsche als Männersprache*, Frankfurt am Main 1984, S. 23.

132 Zitiert nach ERIKA BACHFRAU, Luise F. Pusch, <<https://feministische-fakultaet.org/luise-f-pusch/>>.

Die Kantonsverfassung des Kantons Appenzell Innerrhoden ist für die politischen Rechte inzwischen vom generischen Maskulinum abgerückt und verwendet in Art. 16 Abs. 1 stattdessen den Paarbegriff der «Schweizerbürgerinnen und Schweizerbürger». Auch die Bundesverfassung nennt in Art. 136 Abs. 1 BV «Schweizerinnen und Schweizer». Diese explizite Doppelnennung lässt sich mit dem historischen Kontext des Frauenstimmrechts erklären. Zugleich zeigt sich darin aber auch, dass – jedenfalls in diesem Zusammenhang – die Verwendung von Paarbegriffen heute als sachgerechter empfunden wird als jene des generischen Maskulinums. In der Literatur wird im Zusammenhang mit der Nachführung der Bundesverfassung die Verwendung von Paarbegriffen und geschlechtsneutralen Formulierungen erwähnt¹³³ und als gebührenden Tribut auch auf sprachlicher Ebene an die langjährigen Gleichberechtigungsbestrebungen bezeichnet.¹³⁴

Wie der vorliegende Beitrag zeigt, ist die Verwendung des generischen Maskulinums aber in Gesetzen wie auch in internationalen Abkommen noch immer sehr verbreitet (z.B. in Art. 25 UNO-Pakt II: «Jeder Staatsbürger hat das Recht ...»).

d. Sind die heutigen Formulierungen auf der Höhe der Zeit?

Insgesamt ist mit Bezug auf die Rechtssprache und politische Rechte eine Entwicklung vom *grammatikalischen* Maskulinum, das zugleich als *biologisches* Maskulinum aufgefasst wurde (alte Verfassungstexte), hin zu einem Verständnis derselben Begriffe im Sinne eines *generischen* Maskulinums (Auslegung im Appenzeller Stimmrechtsentscheid) und schliesslich zu *sprachlichen Paarbegriffen* (neuere Verfassungstexte) zu beobachten. Derweil bleibt die Diskussion um die Verwendung einer geschlechtersensiblen Rechtssprache aktuell. Aus der Sicht jener, welche sie als wichtig erachten, ging es vorerst darum, «Frauen nicht zu diskriminieren bzw. zu ignorieren», so URSULA BRUNNER im Jahr 1993.¹³⁵ Auf der internationalen Ebene weist auch der CEDAW-Ausschuss auf die Wichtigkeit einer geschlechtsneutralen Sprache hin.¹³⁶

Heute wird aber z.T. auch eine darüber hinaus gehende Betrachtungsweise vertreten. Zur Illustration seien zwei Beispiele aus der neueren Rechtsliteratur der Schweiz erwähnt. Sie zeigen zugleich, dass Uneinigkeit über die adäquaten

133 So in aller Kürze von DIETER BIEDERMANN, Was bringt die neue Bundesverfassung?, AJP 1999, S. 743–747, S. 744.

134 So JULIA SZEMERÉDY, Verfassungsauslegung als methodologisches Grundproblem, in: Gächter/Bertschi (Hrsg.), Neue Akzente in der «nachgeführten» Bundesverfassung. Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich, Zürich 2000, S. 33–48, S. 42.

135 URSULA BRUNNER, Die Frau in der Gesetzessprache – illustriert anhand neuerer umweltrechtlicher Erlasse, in: Klett/Yersin (Fn. 87), S. 43–58, S. 45.

136 Gemäss dem CEDAW-Ausschuss hat die Schweiz diesbezüglich einigen Nachholbedarf; siehe CEAW Committee: Concluding observations on the combined fourth and fifth periodic reports of Switzerland, 2016, <<https://www.refworld.org/docid/583872184.html>>, S. 6.

Mittel herrscht. Das erste Beispiel ist TOBIAS JAAG,¹³⁷ der in einem Festschriftbeitrag über die juristische Schriftstellerei Folgendes ausführt:

«Geschlechtsneutrale Formulierungen sind heute weitgehend Standard, obwohl dies oft zu komplizierten und schwer lesbaren Konstruktionen führt. Soweit keine geschlechtsneutralen Begriffe wie Lehrpersonen zur Verfügung stehen, sind Doppelbezeichnungen mit der weiblichen und männlichen Form wie Professorinnen und Professoren vorzuziehen. [...] Verpönt sind zu Recht Schreibweisen mit grossem I wie StudentInnen oder mit * wie Dozent*innen.»

Hier geht es somit im Ansatz um das als berechtigt anerkannte Anliegen, *Frauen* in der Rechtssprache nicht zu ignorieren, sondern explizit sichtbar zu machen – ein Anliegen, das im Übrigen auch in der Rechtspraxis aufgenommen worden ist, wo es u.a. zu Leitlinien von Verwaltungen und Parlamenten geführt hat, basierend auf dem Gedanken, dass «eine Gesellschaft, die die Gleichstellung von Frauen und Männern zum Ziel hat, auch eine gleichstellungsgerechte Rechtssprache erfordert».¹³⁸ Diesem Ansatz liegt ein binäres Geschlechterdenken zugrunde. Eine andere Auffassung zeigt sich im zweiten Beispiel, nämlich TAREQ NAGUIB, KURT PÄRLI, EYLEM COPUR und MELANIE STUDER. Sie legen in der Einleitung ihres Handbuches zum Diskriminierungsrecht dar, warum sie den sog. *Gender_Gap* verwenden:¹³⁹

«Der _ markiert einen Platz, den unsere Sprache nicht zulässt. Er repräsentiert all diejenigen, die entweder von einer zweigeschlechtlichen Ordnung ausgeschlossen wer-

137 TOBIAS JAAG, Juristische Schriftstellerei in a nutshell, in: Schnyder/Weber/Reich/Grolimund (Hrsg.), Wissensvermittlung und Recht. Festgabe zum 70. Geburtstag von Werner Stocker, Zürich 2020, 173–190, S. 184.

138 So die Landesregierung Nordrhein-Westfalen, Gleichstellung von Frau und Mann in der Rechtssprache Hinweise, Anwendungsmöglichkeiten und Beispiele, Düsseldorf 2008, <https://www.lzg.nrw.de/_php/login/dl.php?u=/_media/pdf/service/Leitfaden_Gleichstellung_Sprache_NRW.pdf>, S. 2. Für die Schweiz siehe: Schweizerische Bundeskanzlei, in Zusammenarbeit mit der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften, Geschlechtergerechte Sprache. Leitfaden zum geschlechtergerechten Formulieren im Deutschen, 2. vollständig überarbeitete Aufl., Bern 2009, <<https://www.bk.admin.ch/bk/de/home/dokumentation/sprachen/hilfsmittel-textredaktion/leitfaden-zum-geschlechtergerechten-formulieren.html>>. Zu den frühen Ansätzen in dieser Richtung in Bund und Kantonen BRUNNER (Fn. 135), S. 47 f., weiter auch EVA EIDENBENZ, Vom Amtsfrau bis Zimmerin. Wörterbuch für eine geschlechtergerechte Sprache, Zürich: KoS (Koordinationsstelle «Geschlechtergerechte Sprache» der Schweizerischen Konferenz der Gleichstellungsbeauftragten) 1998. – Das Europäische Parlament veröffentlicht seit 2008 einen Leitfaden zur genderneutralen Sprache; heute: EUROPEAN PARLIAMENT, Gender-Neutral Language in the European Parliament, 2018, <https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/151780/GNL_Guidelines_EN.pdf>. Zur Sprachpolitik im Europarat und in der Europäischen Union STEFANIA CAVAGNOLI, Introduzione. Lingua di genere e linguaggio legislativo in Europa, in: Cavignoli/Mori (Hrsg.), Gender in legislative languages: from EU to national law in English, French, German, Italian and Spanish, Berlin 2019, S. 13–37, S. 17 ff.

139 NAGUIB/PÄRLI/COPUR/STUDER (Fn. 9), S. 1 (Einleitung). Das Zitat an Anfang stammt vom Philosophen STEFFEN KITTY HERMANN, Queer(e) Gestalten. Praktiken der Derealisierung von Geschlecht, in: Haschemi Yekani/Michaelis (Hrsg.), Queer durch die Geisteswissenschaften – Perspektiven von der Queer Theory, Berlin 2005, S. 53–72, S. 64.

den oder aber nicht Teil von ihr sein wollen. Mit Hilfe des _ sollen all jene Subjekte wieder in die Sprache eingeschrieben werden, die gewaltsam von ihr verleugnet werden.» Während das in der Regel verwendete Binnen-I die Gleichberechtigung von Frauen und Männern anstrebt, verweist der Zwischenraum des Gender_Gap auf diejenigen Menschen, die nicht in das binäre Frau/Mann-Schema hineinpassen, wie insbesondere Trans* und Intersexuelle [...].»

Dieses weiter gefasste Verständnis von Geschlecht findet inzwischen ebenfalls in offiziellen Dokumenten Ausdruck.¹⁴⁰

Betrachtet man die oben zitierten, modernen Verfassungsbestimmungen zum Stimmrecht in diesem Kontext, so ist offensichtlich, dass den dort verwendeten Paarbegriffen ein binäres Verständnis des (biologischen) Geschlechts zugrunde liegen: hier Frauen, dort Männer. Dies mag zwar historisch erklärbar sein und zudem den heute geltenden rechtlichen Kategorien in der Schweiz entsprechen, wird aber der Lebensrealität nicht gerecht.¹⁴¹ Das Geschlecht gilt heute als ein komplexes Phänomen, bei dem biologische Faktoren ebenso mitspielen wie die individuell empfundene Identität und die soziale Konstruktion (gender). Es geht über eine binäre Einteilung in Mann und Frau hinaus¹⁴² und wird besser als Fluidum¹⁴³ oder Kontinuum¹⁴⁴ verstanden, das auch andere

140 So z.B. in der Europäischen Union durch die Verwendung des Begriffs «trans*» in der Mitteilung der Europäischen Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Eine Union der Gleichheit: Strategie für die Gleichstellung von LGBTIQ-Personen 2020–2025, COM(2020) 698 final. Die Abkürzung LBGTIQ steht für das Englische «lesbian, gay, bisexual, trans, non-binary, intersex and queer» (lesbische, schwule, bisexuelle, trans, nichtbinäre, intersexuelle und queere Personen). Der dem Begriff «trans» beigelegt Stern weist auf die Vielfalt dieser Gruppe hin; dazu auch der Bericht der EU-Grundrechteagentur, Leben als Trans* in der EU. Vergleichende Datenanalyse aus der EU-LGBT-Erhebung, Wien 2015, <https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2015-being-trans-eu-comparative-summary_de.pdf>, S. 2.

141 Zur Kritik an der binären bzw. bipolaren Geschlechterordnung bereits ANDREA BÜCHLER und MICHELLE COTTIER, Transsexualität und Recht. Oder: Das falsche Geschlecht. Ueber die Inkongruenz biologischer, sozialer und rechtlicher Geschlechterkategorisierungen, *La pratique du droit de la famille* 3(1) 2002, S. 20–47; weiter BÜCHLER/COTTIER (Fn. 9), S. 20 ff., sowie zur Konstruktion von Geschlecht durch Recht S. 297 ff. und zu Transgender-Identitäten S. 394 ff. Im grösseren Rahmen auch STEFAN TIMMERMANN/MAIKA BÖHM (Hrsg.), *Sexuelle und geschlechtliche Vielfalt. Interdisziplinäre Perspektiven aus Wissenschaft und Praxis*, Weinheim 2020.

142 So weist die Weltgesundheitsorganisation z.B. auf zahlreiche Varianten des genetischen oder chromosomalen Geschlechts hin; World Health Organisation, Gender and Genetics. Genetic components of Sex and Gender, <<https://www.who.int/genomics/gender/en/index1.html>>.

143 Gemäss dem belgischen Urologen PIET HOEBEKE dürften sich über 25 % der Bevölkerung zwischen den beiden Polen ansiedeln; so die Aussage in der Kolumne Het genderfluidum en de seksuele voorkeur op de schop, *Artsenkrant* 29. August 2018, <<https://www.artsenkrant.com/actueel/het-genderfluidum-en-de-seksuele-voorkeur-op-de-schop/article-column-34215.html>>. Vgl. auch das populärwissenschaftliche Buch dieses Autors, *Gender in de Blender. Ontdek jouw seksuele identiteit*, Gent 2020.

144 So im EU-rechtlichen Kontext Generalanwalt TESAURO in einem die Entlassung einer transsexuellen Person betreffenden Fall; Rs. C-13/94 *P gegen S und Cornwall County Council*, Schlussanträge, ECLI:EU:C:1995:444, E. 17.

Gruppen umfasst, darunter insb. biologisch intergeschlechtliche,¹⁴⁵ aber auch nach eigenem Empfinden non-binäre Personen.

Für das Recht bedeutet dies zugleich, dass Bestimmungen wie Art. 136 Abs. 1 BV, Art. 50 KVAR und Art. 16 Abs. 1 KVAI zu eng sind, weil sie einen Teil der Bevölkerung sprachlich ignorieren. Umfassender, sachgerechter und zugleich eleganter wäre nach der hier vertretenen Auffassung eine Formulierung wie «Schweizer Staatsangehörige» – eine Formulierung zudem, welche ohne darstellerische Hilfsmittel wie Unterstrich, Genderstern oder Binnen-I auskommt.¹⁴⁶ Gerade dort, wo – wie in den beiden Appenzeller Kantonen – an Verfassungsrevisionen gearbeitet wird, sollte dieser Gedanke aufgenommen werden. Hier bietet sich die Gelegenheit, auf der Höhe der Zeit und zugleich anderen Schweizer Verfassungen voraus zu sein.

VII. Vom Recht zur Realität – «50 Jahre Frauenstimmrecht und noch keine tatsächliche Gleichstellung»

1. Die aktuelle Situation in der Schweiz

Heute gelten die politischen Rechte der Frauen im Schweizer Recht als Selbstverständlichkeit. Eine andere Frage ist allerdings, wie die politische Realität aussieht. Wie JORIS¹⁴⁷ bemerkt, garantiert die formalrechtliche Gleichstellung nicht automatisch auch die faktische Gleichstellung. Auf der Ebene des internationalen Rechts führt der CEDAW-Ausschuss denn auch Folgendes zur praktischen Umsetzung der politischen Rechte für Frauen aus:¹⁴⁸

«No political system has conferred on women both the right to and the benefit of full and equal participation. While democratic systems have improved women's opportunities for involvement in political life, the many economic, social and cultural barriers they continue to face have seriously limited their participation. Even historically stable democracies have failed to integrate fully and equally the opinions and interests of the female half of the population. Societies in which women are excluded from public life and decision-making cannot be described as democratic. The concept of democracy will have real and dynamic meaning and lasting effect only when political decision-making is shared by women and men and takes equal account of the interests of both.»

In der Schweiz wurde diese Problematik bereits vor 20 Jahren anlässlich eines interdisziplinären Symposiums zum 150jährigen Bestehen des Schweizeri-

145 Anders als in der römischen wurde in der alten griechischen Kultur die biologische Intergeschlechtlichkeit positiv bewertet; dazu der Schauspieler und Autor STEPHEN FRY, *Mythos. The Greek Mythos Retold*, London 2018, S. 155 f.

146 Bei einer entsprechenden Anpassung sollte in den Materialien der Grund für die Änderung ausdrücklich angegeben werden. – Zu Strategien des geschlechtergerechten Formulierens DIEWALD/STEINBAUER (Fn. 98), S. 117 ff.

147 ELISABETH JORIS, Gleichstellung (Version vom 4.2.2021), *Historisches Lexikon der Schweiz*, <<https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/016499/2021-02-04/>>.

148 CEDAW, General Recommendation No. 23 (Fn. 15).

schen Bundesstaates besprochen, wo die Forderung nach einer «materialen» statt einer nur formellen Demokratie¹⁴⁹ auch und gerade für die Schweiz vertreten wurde.¹⁵⁰ Die Zahlen des Bundesamtes für Statistik über die Frauenrepräsentation in den politischen Institutionen¹⁵¹ belegen, dass sich die Situation seither nicht grundlegend verbessert hat: Frauen sind gemessen an ihrem Bevölkerungsanteil in politischen Entscheidungspositionen insgesamt noch immer stark untervertreten. Nur für den Bundesrat und den Nationalrat zeigt die Statistik Frauenvertretungen von leicht über 40%; überall sonst bewegen sich die für die Schweiz zusammengekommenen Zahlen auf deutlich tieferem Niveau.¹⁵²

Die Statistiken zeigen weiter, dass sich die Zahlen nicht so entwickelt haben, wie dies zur Zeit des sog. *Solothurner Quotenentscheids* des Bundesgerichts (dazu im nächsten Abschnitt) der Solothurner Regierungsrat und das Bundesgericht erwarteten: Sie gingen davon aus, dass sich der Wahlerfolg der Frauen kontinuierlich fortsetzen und zu einer Annäherung der Sitzzahlen der Geschlechter im Parlament führen werde. Das Bundesgericht entschied, dass deshalb rechtliche Massnahmen wie eine Quotenregelung nicht erforderlich seien. Diese Erwartungen haben sich nicht erfüllt. Der ernüchternde Titel einer Medienmitteilung des Bundesrats zum Jubiläumsjahr 2021 belegt diese Einsicht: «50 Jahre Frauenstimmrecht und noch keine tatsächliche Gleichstellung».¹⁵³

2. Fördermassnahmen (insb. Quotenregelungen)

Wie PEZZINI¹⁵⁴ zu Recht festhält, bilden die heutigen Zahlen zum Geschlechterunterschied in der politischen Repräsentation ein rechtliches Problem mit Verfassungsrang ab, das den Grundsatz der tatsächlichen Gleichstellung in

149 Hierzu die Philosophin und Germanistin BIRGIT CHRISTENSEN, *Gerechtigkeit trotz Differenz: Zielsetzungen einer materialen Demokratie*, in: Christensen (Hrsg.), *Demokratie und Geschlecht/Démocratie et sexes*, Interdisziplinäres Symposium zum 150jährigen Jubiläum des Schweizerischen Bundesstaates/Nationales Forschungsprogramm 35: *Frauen in Recht und Gesellschaft*, Zürich 1999, S. 15–32, sowie im selben Band die Juristin SUSANNE BAER, *Verfassung und Geschlecht. Anmerkungen zu einem geschlechtssensiblen deliberativen Konstitutionalismus*, S. 101–123.

150 CHRISTA TOBLER, *Verfassung und Geschlecht: 20 Jahre bloss formelle Demokratie in der Schweiz?*, in: Christensen (Fn. 149), S. 125–144.

151 Bundesamt für Statistik, *Frauen und Wahlen*, <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/politik/wahlen/frauen.html>>. Zur Entwicklung KATRIN ARIOLI, Art. 7. B. Umsetzung von Art. 7 in der Schweiz, in: Schläppi/Ulrich/Wytenbach (Fn. 14).

152 Das Ergebnis der Wahlen für die Stadt-Berner Regierung vom November 2020 gehört zu den Ausnahmen; dazu: *Frauenanteil im Stadtparlament: fast 70 Prozent*, *Der Bund* vom 30. November 2020 (aktualisiert), <<https://www.derbund.ch/rot-gruen-verteidigt-auch-im-stadtparlament-seine-mehrheit-284850999035>>.

153 Medienmitteilung des Bundesrats (Fn. 5).

154 BARBARA PEZZINI, «Genere» et rappresentanza politica, in: Pezzini (Hrsg.), *Genere e diritto. Come il genere costruisce il diritto e il diritto costruisce il genere*, Bergamo 2012, S. 87–111, S. 90 (im Kontext Italiens).

Frage stellt. In der Schweiz ist – gleich wie anderswo – versucht worden, dem anhaltenden Missstand durch gezielte Frauenförderung abzuhelpfen, u.a. in der Form von Quotenregelungen.¹⁵⁵ Die Soziologinnen HUGHES und PAXTON und die Politologin KROOK¹⁵⁶ stellten 2017 fest, dass Wahlquoten zugunsten von Frauen in über 130 Ländern in allen Weltregionen bestehen. Sie bezeichnen Quoten als eine der wichtigsten gesellschaftspolitischen Entwicklungen der letzten 30 Jahre sowie als ein wirksames, wenn auch umstrittenes Werkzeug, um Frauen zu jenen Entscheidungspositionen zu verhelfen, die gegenüber einem gleichberechtigten Einbezug der Frauen am widerstandsfähigsten sind.¹⁵⁷

BIGLER-EGGENBERGER¹⁵⁸ bemerkt mit Bezug auf die Schweiz, dass Quoten in der politischen Praxis eine wichtige Rolle spielen, wenn es um regionale, sprachliche und politische Minderheiten geht. Der Versuch, sie auch mit Blick auf die politische Repräsentation der Geschlechter zu nutzen, ist dagegen wiederholt auf politischen und rechtlichen Widerstand gestossen.¹⁵⁹ So scheiterten anfangs der 1990er Jahre Versuche, im Bundesparlament eine Geschlechterquote einzuführen.¹⁶⁰ Im Jahr 2000 wurde die Volksinitiative «Für eine gerechte Vertretung der Frauen in den Bundesbehörden» an der Urne verworfen.¹⁶¹ In jüngerer Zeit hatten politische Vorstösse mit Blick auf eine angemessene Vertretung der Geschlechter in Organen des Bundes insgesamt wenig Erfolg.¹⁶²

155 Grundsätzlich zu dieser Thematik im schweizerischen und internationalen Kontext ANNE PETERS und STEFAN SUTER, Representation, Discrimination, and Democracy: A Legal Assessment of Gender Quotas in Politics, in: MacClain/Grossmann (Hrsg.), Gender Equality. Dimensions of Women's Equal Citizenship, Cambridge 2009, S. 174–200.

156 MELANIE M. HUGHES, PAMELA PAXTON und MONA LENA KROOK, Gender Quotas for Legislatures and Corporate Boards, Annual Review of Sociology 43 (2017) S. 331–352. Der Artikel bietet eine internationale und interdisziplinäre (nicht rechtliche) Literaturübersicht über Studien zum Thema Frauenquoten und enthält deshalb zahlreiche Literaturhinweise.

157 Idem, S. 332. Speziell zu Studien über die Wirksamkeit von Wahlquoten siehe S. 340 ff.

158 BIGLER-EGGENBERGER (Fn. 96), S. 254, Rz. 493.

159 Zum Ganzen auch BÜCHLER/COTTIER (Fn. 9), S. 120 ff., mit weiteren Literaturhinweisen.

160 Dazu das Fact Sheet 2.3.: Politische Partizipation: Frauen in politischen Ämtern und Positionen, <<https://www.ekf.admin.ch/ekf/de/home/themen/buergerliche-und-politische-rechte/politische-rechte.html>>, unter «Politisch Frauenrechte in der Schweiz». Hierzu und zum Folgenden siehe auch: année politique suisse, Bestrebungen für Frauenquoten in Politischen Ämtern 1990–2000, <<https://anneepolitique.swiss/dossiers/528-bestrebungen-fur-frauenquoten-in-politischen-amtern-1990-2000>>.

161 Siehe dazu <<https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis235.html>>. Hierzu NICOLE GYSIN, Angst vor Frauenquoten? Die Geschichte der Quoteninitiative 1993–2000, Wettingen 2007. Siehe weiter auch den interessanten Beitrag von WERNER SEITZ, Umsetzungsmodelle zur Eidgenössischen «Quoten-Initiative» Frauenfragen 23(1) 2000, S. 10–18.

162 Interpellation 10.3087 von NR JOSIANE AUBERT «Bundesverwaltung. Vertretung von Frauen und Männern und sprachlichen Minderheiten», 10. März 2010, <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20103087>> (abgeschrieben, weil nicht in zwei Jahren abschliessend im Rat behandelt), weiter die Parlamentarische Initiative 17.430 von NR SIBEL ARSLAN «Ausgeglichenere Vertretung der Geschlechter im Parlament», 17. März 2017, <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=43389>> (keine Folge durch den Nationalrat); die Parlamentarische Initiative

Auf der kantonalen Ebene wurden zwei politische Initiativen vom Bundesgericht entweder ganz (BGE 123 I 152, *Solothurner Quotenentscheid*) oder teilweise (BGE 125 I 21, *Urner Quotenentscheid*) für ungültig erklärt. Es handelte sich in beiden Fällen um geschlechtsneutral formulierte Regelungen, die aber angesichts der tatsächlichen Verhältnisse durch sog. Ergebnisquoten klar auf eine Förderung von Frauen abzielten. In seinen Entscheiden stützte sich das Bundesgericht wesentlich auf ein Verständnis von Art. 4 Abs. 2 Satz 2 aBV (Auftrag an den Gesetzgeber, für die rechtliche und tatsächliche Gleichstellung zu sorgen) im Sinne der blossen Chancengleichheit statt der Ergebnisgleichheit.¹⁶³ Dies wurde im Schrifttum verschiedentlich kritisiert.¹⁶⁴ Zwar fiel der *Urner* im Vergleich zum *Solothurner Quotenentscheid* weniger apodiktisch aus: Danach können – ausser bei direkten Volkswahlen – gewisse Quoten zulässig sein, selbst wenn sie ergebnisorientiert sind.¹⁶⁵ BIGLER-EGGENBERGER¹⁶⁶ bemerkt aber zu Recht, dass das Bundesgericht den Einsatz von Frauenquoten im politischen Bereich stark einschränkt.

17.484 von SR RAPHAËL COMTE «Für eine angemessene Vertretung der Geschlechter in den Bundesbehörden», 29. September 2017, <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20170484>> (Folge gegeben durch den Nationalrat, nicht aber den Ständerat) sowie die Parlamentarische Initiative 19.460 «Endlich Anreize für eine ausgewogene Vertretung der Geschlechter auf Wahllisten» von NR JÜRIG GROSSEN, 20. Juni 2019, <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20190460>> (keine Folge durch den Nationalrat).

- 163 BGE 123 I 152 E. 5b bzw. 125 I 21 E. 3d/aa. Die von mir für eine Praxisänderung vorgebrachten Gründe bezeichnete das Bundesgericht als nicht zwingend (BGE 125 I 21 E. 3d/bb). Ich hatte argumentiert, Art. 4 Abs. 2 Satz 1 BV lasse Raum für eine differenzierende Behandlung der Geschlechter durch Frauenquoten; siehe CHRISTA TOBLER, Quoten und das Verständnis der Rechtsgleichheit der Geschlechter im schweizerischen Verfassungsrecht, unter vergleichender Berücksichtigung der EuGH-Entscheidung *Kalanke*, in: Arioli (Hrsg.), Frauenförderung durch Quoten, Basel/Frankfurt am Main 1997, S. 49–134; später auch: Frauenförderung durch Quoten und Rechtsgleichheit der Geschlechter. Oder: «Es ist zum Besten der Gesellschaft, wenn die Wertauffassungen der Frauen und ihr Gerechtigkeitssinn Teil der Politik werden», recht 1998, S. 100–115; Lohnnachforderungen und Quoten: Zwei wichtige Bundesgerichtsentscheide zur Rechtsgleichheit der Geschlechter. BGE 125 I 14 und 125 I 21, recht 1999, S. 144–155, sowie 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 Üechtland, recht 2005, S. 220–232. – In der neuen Literatur vertritt auch FREI die Auffassung, dass Quoten keine Ausnahme vom Rechtsprinzip der Geschlechtergleichheit, sondern vielmehr einen notwendigen Aspekt ebendieses Prinzips darstellen; NULA FREI, Gleichheits- und Repräsentationsverständnisse im verfassungsrechtlichen Diskurs um «Frauenquoten», ZSR 2020, S. 173–195, S. 186 ff.
- 164 Siehe dazu die im *Solothurner Quotenentscheid* erwähnte Literatur; BGE 125 I 21 E. 3c. Später argumentierte BIGLER-EGGENBERGER (Fn. 96), S. 255, Rz. 495 ff., das Bundesgericht verkehre mit seiner Auslegung Sinn und Zweck von Art. 4 Abs. 2 Satz 1 aBV in ihr Gegenteil. Zu dieser Thematik auch BÜCHLER/COTTIER (Fn. 9), S. 127 ff.
- 165 Zu den vergleichsweise positiven Aspekten TOBLER, Lohnnachforderungen und Quoten (Fn. 163), S. 148 ff.
- 166 BIGLER-EGGENBERGER (Fn. 96), S. 259, Rz. 503.

In der wissenschaftlichen Literatur sind Alternativen zu den sog. starren Wahlquoten (d.h. die Vorgabe eines verbindlichen Mindestanteils an Geschlechtern bei der Zuteilung der Mandate) vorgeschlagen worden. POLEDNA¹⁶⁷ listet u.a. Folgendes auf:

- staatliche Informationen über die Untervertretung von Frauen
- staatliche Empfehlungen an Parteien zur Einführung freiwilliger Geschlechterquoten für Wahllisten und Parteiorgane
- finanzielle oder anderweitige Unterstützung der Wahlwerbung von Kandidatinnen
- Quotierung der Medienpräsenz von Kandidaten und Kandidatinnen im Vorfeld der Wahlen
- Nominationsquoten mit oder ohne Platzierungsvorschrift (Listenquoten)¹⁶⁸
- Nachrückungsregeln zugunsten des untervertretenen Geschlechts
- verbindliche Rotationsregeln zu Lasten des übervertretenen Geschlechts.

JAROSCH¹⁶⁹ macht ausserdem den Bezug zwischen Parteienförderung und Frauenförderung. Nach der hier vertretenen Einschätzung sind solche Massnahmen sinnvoll und nützlich, reichen aber angesichts der Ursachen der bestehenden Missstände nicht aus, um diese zu beseitigen. In seinen an die Schweiz gerichteten Empfehlungen von 2016 führt der CEDAW-Ausschuss¹⁷⁰ aus:

«Structural barriers and gender bias with regard to the realization of women's engagement in political and public life continue to exclude women from decision-making positions in both elected and appointed positions in public office, political parties, the judiciary, academic institutions and public broadcasting corporations».

In dieser Situation sind vielfältige Anstrengungen nötig, die zudem nicht nur auf die bessere Vertretung von Frauen in politischen Positionen zielen, sondern auch die politische Partizipation von Frauen und den Karriereverlauf von Politikerinnen einbeziehen müssen. Für die letzteren zwei Punkte zeigt die politologische Forschung negative Gender-Effekte (z.B. LINDER und LUTZ/SELB betr. die Partizipation¹⁷¹ und CLAESSEN/BAILER/ZWINKELS betr. Karrierever-

167 TOMAS POLEDNA, Geschlechterquoten im Wahl- und Parlamentsrecht, S. 135–185, in: Arioli (Fn. 163), S. 157 f.

168 In der neuen Literatur spricht sich MARTENET zugunsten der Verfassungsmässigkeit von annähernd paritätisch ausgestalteten Listenquoten aus. Er weist darauf hin, dass *gänzlich* paritätische Quoten (50 % Frauen, 50 % Männer) zu einer Diskriminierung der intersexuellen und möglicherweise auch der nicht-binären Menschen führen würden; VINCENT MARTENET, Quotas de liste – avis de droit (avec complément), Lausanne 2020, S. 8. Siehe in Zukunft auch die Kommentierung von Art. 8 BV in VINCENT MARTENET/JACQUES DUBEY, Constitution fédérale. Commentaire romand, Basel 2021 (im Erscheinen begriffen).

169 MONIKA JAROSCH, Frauenquoten in Österreich. Grundlagen und Diskussion, Innsbruck/Wien/München/Bozen 2001, S. 169 f.

170 CEDAW Committee, Concluding observations (Fn. 136), S. 10.

171 WOLF LINDER (unter Mitarbeit von ROLF WIRZ), Direkte Demokratie, in: Knöpfel/Papadopoulos/Sciarini/Vatter/Häusermann (Hrsg.), Handbuch der Schweizer Politik, 6. Auflage, Zürich

läufe).¹⁷² Ein Bericht aus dem Vereinigten Königreich nennt drei Ebenen, auf denen gezielte Förderung notwendig ist, nämlich: «Attracting women», «Getting Women Elected (Selection and Election)» und «Supporting Women (Recruitment, Retention and Progression)».¹⁷³

In seinen jüngsten Äusserungen zur Umsetzung der CEDAW in der Schweiz vom November 2020 verweist der Bundesrat auf die Anstrengungen der Schweiz und nennt als zeitweilige Sondermassnahmen gemäss Art. 4 Abs. 1 CEDAW u.a. die folgenden Quotenregelungen:¹⁷⁴

- Die erfolgreiche Geschlechterquote von 30% für die ausserparlamentarischen Kommissionen gemäss Art. 8c der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung.¹⁷⁵
- Die Zielquote von 30% für die Vertretung beider Geschlechter für die Regelung obersten Kader und Leitungsorgane von Unternehmen und Anstalten des Bundes, die sich als erfolgreich erwiesen habe (diese Regelung ist inzwischen erneuert worden und sieht mit Bezug auf das Geschlecht neu eine Zielquote von 40% vor).¹⁷⁶

Weiter erwähnt der Bundesrat kantonale Anstrengungen zur Förderung der Vertretung der Frauen in politischen Ämtern und Entscheidungspositionen.¹⁷⁷ Die Bundesgerichtsrechtsprechung zu Quotenregelungen, welche laut dem CEDAW-Ausschuss im Lichte der völkerrechtlichen Verpflichtungen der

2017, S. 145–167, S. 157 f. sowie im selben Band GEORG LUTZ und PETER SELB, Wahlen, S. 465–496, S. 482; anders dagegen ebenfalls im selben Band für Abstimmungen PASCAL SCIARINI und ANKE TRESCH, *Votations populaires*, S. 497–524, S. 509. Zur Ausübung des Wahlrechts auch CLOÉ JANS, *Wie nehmen Frauen ihr aktives und passives Wahlrecht wahr?*, in: Rohner/Schäppi (Fn. 6), S. 165–172.

172 CLINT CLAESSEN, STEFANIE BAILER und TOMAS TURNER-ZWINKELS, *The winners of legislative mandate: An analysis of post-parliamentary career positions in Germany and the Netherlands*, *European Journal of Political Research* 2020, 1–21. Siehe weiter zur Situation in politischen Parteien (hier Jugendparteien) STEFANIE BAILER und TAMAKI OHMURA, *Power-seeking, Networking, and Competition: on the reasons why women do not rise in parties*, *European Journal of Political Research* 2021 (im Erscheinen begriffen).

173 SUE MAGUIRE, *Barriers to Women Entering Parliament and Local Government*, IPR (Institute for Policy Research) Report, October 2018, Bath 2018, S. 37 ff.

174 Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW): Antworten der Schweiz auf die Fragen in der List of Issues im Hinblick auf den Sechsten periodischen Bericht, November 2020, verfügbar unter <<https://www.ebg.admin.ch/ebg/de/home/dokumentation/publikationen-allgemein/publikationen-internationales.html#1811525279>>, Rz. 48 ff. Siehe auch Medienmitteilung des Bundesrats vom 25. November 2020: UNO-Frauenrechtskonvention: Die Schweiz ist auf Kurs, Herausforderungen bleiben, <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-81327.html>>.

175 Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOV) vom 25. November 1998, SR 172.010.150.

176 Medienmitteilung des Bundesrats vom 25. November 2020: Vorgaben für die Vertretung von Sprachen und Geschlechtern im obersten Leitungsorgan der bundesnahen Unternehmen, <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-81341.html>>.

177 CEDAW, Antworten der Schweiz (Fn. 174), Rz. 98 ff.

Schweiz korrigiert werden muss, spricht der Bundesrat – wohl wegen der gerichtlichen Unabhängigkeit – nicht an.

3. *Notwendige Neuausrichtung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung*

Das Bundesgericht anerkennt, dass der zweite Satz von Art. 8 Abs. 3 BV einen aktiven Sozialgestaltungsauftrag statuiert, der durch die Bestimmungen der CEDAW konkretisiert und ergänzt wird. Die daraus fliessenden Verpflichtungen sind für alle staatlichen Ebenen verbindlich (BGE 137 I 305 E. 3.1).¹⁷⁸ In der neuen Literatur hat FREI überzeugende Argumente vorgelegt, warum angesichts des anhaltenden Problems aus verfassungsrechtlicher und rechtsphilosophischer Sicht mit Blick auf Geschlechterquoten eine andere als die von Bundesgericht bisher vertretene Auslegung von Art. 8 BV angemessen wäre. Dabei verweist die Autorin auch auf die völkerrechtlichen Vorgaben der CEDAW.¹⁷⁹ Der CEDAW-Ausschuss hat in seinen Empfehlungen zur Schweiz wiederholt auf die Problematik der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hingewiesen. Im Jahr 2016¹⁸⁰ empfahl er der Schweiz (bzw. dem Bundesgericht, das allein die entsprechenden Schritte unternehmen könnte):

«[To] Review the decision by the Federal Court and adopt proactive measures, including temporary special measures in accordance with article 4 (1) of the Convention and the Committee's general recommendation No. 25 (2004), to address the structural obstacles to the achievement of substantive equality of women and men in political and public life.»

Im Bericht von 2009 war der Ausschuss zum Schluss gelangt, dass das Bundesgericht das Konzept der zeitweiligen Sondermassnahmen gemäss Art. 4 Abs. 1 CEDAW sowie die Gründe für ihre Anwendung nicht wirklich verstanden hat¹⁸¹ (Hervorhebung durch die Verfasserin):

«The Committee notes that the Supreme Court has determined on the basis of the Federal Constitution that affirmative measures aimed at establishing equality are accept-

178 Siehe zu diesem Urteil auch Vierter/Fünfter Bericht der Schweiz über die Umsetzung des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW), Dezember 2014, verfügbar unter <<https://www.ebg.admin.ch/ebg/de/home/dokumentation/publikationen-allgemein/publikationen-internationales.html#1811525279>>, Rz. 15, sowie Eidgenössische Kommission für Frauenfragen, CEDAW-Leitfaden für die Rechtspraxis. Das Übereinkommen CEDAW und sein internationales Mitteilungsverfahren. Nützliches und Wissenswertes für die Anwaltspraxis. Ein Online-Tool der EKF, erste elektronische Veröffentlichung 2012, aktualisiert 1. Januar 2019, <<https://www.ekf.admin.ch/ekf/de/home/dokumentation/cedaw-leitfaden-fuer-die-rechtspraxis.html>>, Teil 5 S. 2 f., mit Literaturhinweisen.

179 FREI (Fn. 163), S. 186. Dazu auch schon REGULA KÄGI-DIENER, Impulse des CEDAW-Übereinkommens für die Gleichstellung im Erwerbsleben, insbesondere in der Quotenfrage, Aktuelle Juristische Praxis, 2006, S. 1451–1463.

180 CEDAW, Concluding observations (Fn. 136), S. 10.

181 CEDAW, Forty-fourth session 20 July–7 August 2009, CEDAW/C/CHE/CO/3, Rz. 23; deutsch bei BÜCHLER/COTTIER (Fn. 9), S. 221 ff.

able in principle. The Committee notes with concern, however, that recent decisions of the Federal Supreme Court against the use of such measures and their limited application in all sectors indicate *a lack of clear understanding* of temporary special measures, as well as reasons for their application, in line with article 4, paragraph 1, of the Convention and the Committee's general recommendation 25.»

In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass das erklärte Ziel von zeitweiligen Sondermassnahmen die Erreichung der De-facto-Gleichstellung im Sinne einer «transformativen Gleichstellung» (HERTIG RANDALL)¹⁸² ist. In der Allgemeinen Empfehlung Nr. 25 zu Art. 4 Abs. 1 CEDAW¹⁸³ führt der Ausschuss deshalb aus, dass er zeitweilige Sondermassnahmen nicht etwa als Ausnahme vom Grundsatz der Nichtdiskriminierung sieht:

«The Committee views the application of these measures not as an exception to the norm of non-discrimination, but rather as an emphasis that temporary special measures are part of a necessary strategy by States parties directed towards the achievement of de facto or substantive equality of women with men in the enjoyment of their human rights and fundamental freedoms.»

Die Literatur plädiert mit überzeugenden Gründen dafür, dass die CEDAW im Fall von Missständen letztlich eine *Verpflichtung* zur Ergreifung von zeitweiligen Sondermassnahmen statuiert.¹⁸⁴ Solche Massnahmen müssen im grösseren Kontext der Verpflichtung der Signatarstaaten zur Beseitigung jeglicher Diskriminierung von Frauen gesehen werden – eine Verpflichtung, die auch für die Schweiz gilt und ernst genommen werden muss. Das Ziel bleibt – in den Worten von FUCHS¹⁸⁵ – «eine aktive und inklusive Staatsbürgerschaft zur Umsetzung und permanenten Bestätigung demokratischer Rechtsstaatlichkeit».

182 MAYA HERTIG RANDALL, Article 4 CEDAW, in: Hertig Randall/Hottelier/Lempen, CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif, Zürich 2019, Rz. 9.

183 CEDAW, General Recommendation No. 25: Article 4, paragraph 1, of the Convention (temporary special measures), 2004, <<https://www.refworld.org/docid/453882a7e0.html>>, Rz. 18.

184 So SCHÖPP-SCHILLING bereits im Rahmen der Vorarbeiten für die Allgemeine Empfehlung Nr. 25; HANNA BEATE SCHÖPP-SCHILLING, Reflections on a general recommendation on Article 4(1) of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, in: Boerefijn/Coomans/Goldschmidt/Holtmaat/Wolleswinkel (Hrsg.), Temporary Special Measures. Accelerating *de facto* Equality of Women under Article 4(1) UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, Antwerpen 2003, S. 15–33, S. 28. – Zu Art. 4 lag damals lediglich eine knappe Allgemeine Empfehlung des CEDAW-Ausschusses aus dem Jahr 1988 vor, die den Signatarstaaten den vermehrten Einsatz von zeitweiligen Fördermassnahmen empfahl (CEDAW, General Recommendation No. 5: Temporary Special Measures, 1988). Das hier erwähnte Buch dokumentiert die Vorarbeiten zur späteren, spezifischen Empfehlung. – Im gleichen Sinne auch REGULA KÄGI-DIENER, Art. 4. A. Allgemeine Kommentierung von Art. 4, in: Schläppi/Ulrich/Wyttenbach (Fn. 14), Rz. 21 ff.

185 GESINE FUCHS, Wege zu einem frauenfreundlichen demokratischen Rechtsstaat, in: Arioli/Cottier/Farahmand/Küng (Hrsg.), Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht? Zürich/St. Gallen/Baden-Baden 2008, S. 57–75, S. 61.

D. Weitere Bereiche: der schweizerische Rechtsrahmen zum Stimmrecht

I. Überblick

Das heute in der Schweiz geltende Recht sieht mit Bezug auf drei Kriterien Einschränkungen zum Stimmrecht vor: die Staatsangehörigkeit, das Alter und bestimmte Behinderungen. Im Folgenden geht es deshalb um die politischen Rechte von Personen mit Behinderung (unten E.), von Jugendlichen (unten F.) und von ausländischen Staatsangehörigen in der Schweiz (unten G.) sowie von Schweizer Staatsangehörigen mit Wohnsitz im Ausland (unten H.), jeweils unter Einbezug des völkerrechtlichen Kontexts. Vorab folgen einige knappe Hinweise zum föderalistischen Rahmen (unten II.) und zur Begrenzung des Stimmrechts nach der Bundesverfassung (unten III.).

II. Politische Rechte im föderalistischen Rahmen

Art. 34 Abs. 1 BV enthält eine allgemeine, für den gesamten Staat geltende Garantie der politischen Rechte: «Die politischen Rechte sind gewährleistet.» Nach Abs. 2 schützt diese Garantie die freie Willensbildung und die unverfälschte Stimmabgabe. Art. 34 BV hat Grundsatzcharakter und umfasst die Gesamtheit der direktdemokratischen, politischen Mitwirkungsrechte.¹⁸⁶

Die Ausübung der politischen Rechte wird gemäss Art. 39 Abs. 1 BV auf unterschiedlichen Ebenen geregelt, nämlich vom Bund in eidgenössischen Angelegenheiten und von den Kantonen in kantonalen und kommunalen Angelegenheiten. In der früheren Verfassung entsprach Art. 74 Abs. 4 aBV von seiner systematischen Stellung her dem heutigen Art. 39 Abs. 1 BV. Die alte Bestimmung erlaubte den Kantonen faktisch bis zum Appenzeller Stimmrechtsentscheid die Beschränkung des Stimmrechts auf die Männer (dazu oben C.IV.). Wie KLEY¹⁸⁷ bemerkt, ist die heutige Bestimmung enger formuliert und betrifft lediglich die *Ausübung* und nicht mehr die *Gewährung* der politischen Rechte. Die Einzelheiten über die Stimmrechtsausübung in eidgenössischen Angelegenheiten sind im Bundesgesetz über die politischen Rechte (BPR)¹⁸⁸ und in der Verordnung über die politischen Rechte (VPR)¹⁸⁹ geregelt.

Sowohl für die Bundes- als auch für die kantonale Ebene hält Art. 39 Abs. 2 BV fest, dass die politischen Rechte am (schweizerischen) Wohnsitz ausgeübt werden, wobei Bund und Kantone Ausnahmen vorsehen können. Gemäss Abs. 3 derselben Bestimmung darf niemand die politischen Rechte in mehr als

186 STEINMANN (Fn. 27), Rz. 5.

187 ANDREAS KLEY, Art. 39 BV, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Fn. 27), Rz. 6.

188 Bundesgesetz vom 17. Dezember 1976 über die politischen Rechte (BPR), SR 161.1.

189 Verordnung vom 23. Mai 1978 über die politischen Rechte (VPR), SR 161.11.

einem Kanton ausüben. Nach Abs. 4 können die Kantone vorsehen, dass Neuzugezogene das Stimmrecht in kantonalen und kommunalen Angelegenheiten erst nach einer Wartefrist von höchstens drei Monaten nach der Niederlassung ausüben dürfen.

III. Begrenztes Stimmrecht – und die Rechtsgleichheit?

Für die Bundesebene bestimmt Art. 136 Abs. 1 BV, dass die politischen Rechte in Bundessachen «allen Schweizerinnen und Schweizern zustehen, die das 18. Altersjahr zurückgelegt haben und die nicht wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche entmündigt sind». Die so definierten Personen sollen alle die gleichen politischen Rechte und Pflichten haben. Nach Abs. 2 können sie an Nationalratswahlen und Abstimmungen des Bundes teilnehmen sowie Volksinitiativen und Referenden in Bundesangelegenheiten ergreifen und unterzeichnen. Auf der kantonalen und kommunalen Ebene ist es im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben des Bundes den Kantonen überlassen, wie sie das Stimmrecht ausgestalten, sofern sie den Anforderungen der Allgemeinheit und Gleichheit des Stimmrechts genügen.¹⁹⁰ Die Kantone können mit Bezug auf Staatsangehörigkeit bzw. Wohnsitz, Behinderung und Alter eigene Regelungen vorsehen.

Die Zulassung zu den politischen Rechten ist somit beschränkt, wobei je nach der Regelungsebene Unterschiede bestehen können. Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ergibt sich zudem, dass der Anspruch auf Zulassung (dazu z.B. BGE 1C_243/2011 E. 2.1) umgekehrt einen Anspruch auf Ausschluss der Nichtstimmberechtigten impliziert (BGE 109 Ia 41 E. 3a). Dies zeigt, wie wichtig die rechtlichen Zulassungs- bzw. Ausschlusskriterien sind. Im vorliegenden Zusammenhang stellt sich dabei insbesondere die Frage, wie die heute geltenden Kriterien mit dem Gebot der Rechtsgleichheit vereinbar sind. In der Literatur wird ausdrücklich auf den Zusammenhang zwischen der allgemeinen Garantie der politischen Rechte und der Rechtsgleichheit hingewiesen. So betont STEINMANN,¹⁹¹ dem Gleichheitsgebot und dem Diskriminierungsverbot kämen für die politischen Rechte «auch historisch gesehen» besondere Bedeutung zu. Daraus folge für Wahlen auch ohne Bezugnahme auf entsprechende Verfassungsbestimmungen die Wahlrechtsgleichheit. Die hier gestellte Frage geht aber darüber hinaus und bezieht sich auch auf die in Art. 8 Abs. 1 BV genannten Diskriminierungsgründe, darunter ausdrücklich die «körperliche, geistige oder psychische Behinderung» und das «Alter».¹⁹²

¹⁹⁰ So KLEY, Art. 39 (Fn. 187), Rz. 6.

¹⁹¹ STEINMANN (Fn. 27), Rz. 7.

¹⁹² Für Behinderungen besteht zudem nach Abs. 4 ein Gesetzgebungsauftrag für Massnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen. Anders als für das Geschlecht (Abs. 3) ist hier von «Gleichstellung» nicht die Rede; dazu etwa BEATRICE LUGINBÜHL, Zur Gleichstellung der Behinderten in der Schweiz, in: Gächter/Bertschi (Fn. 134), S. 99–116, S. 105 ff.

Die Frage muss zudem im Kontext der völkerrechtlichen Vorgaben gesehen werden. Diese sind am deutlichsten für das Stimmrecht von Menschen mit Behinderung: Hier besteht ein völkerrechtlicher Gleichstellungsauftrag, weshalb diese Thematik im Folgenden am Anfang steht.

E. Stimmrecht von Menschen mit Behinderung

I. Vorreiterrolle des Kantons Genf

Am 29. November 2020 stimmte der Kanton Genf über eine Verfassungsänderung mit dem Titel «Loi constitutionnelle modifiant la constitution de la République et canton de Genève (Cst-GE) (Mise en œuvre de l'article 29 de la Convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées – CDPH (12211))» ab. Im Abstimmungsbüchlein war die folgende Zusammenfassung zu lesen:¹⁹³

«La constitution genevoise prévoit que les droits politiques en matière cantonale et communale des personnes durablement incapables de discernement peuvent être suspendus par décision d'une autorité judiciaire (art. 48, al. 4, de la constitution de la République et canton de Genève, du 14 octobre 2012 [Cst-GE; rs/GE A 2 00]). Les droits politiques comprennent le droit d'élire, de voter, de signer des initiatives et des demandes de référendum, ainsi que le droit d'éligibilité. La loi constitutionnelle 12211 propose d'abroger l'article 48, alinéa 4 Cst-GE, à savoir qu'une personne durablement incapable de discernement ne pourra plus voir ses droits politiques suspendus. Elle prévoit en outre que, à son entrée en vigueur, les personnes privées de leurs droits politiques les recouvrent immédiatement.»

Die Initiative wurde mit grosser Mehrheit (ca. 75 % der abgegebenen Stimmen) angenommen, was in der Öffentlichkeit vielfach kommentiert wurde. Hierzu zwei Beispiele, zuerst aus der Medienlandschaft eine Meldung von swissinfo:¹⁹⁴

«Le canton de Genève met fin à une discrimination envers les personnes en situation de handicap psychique ou mental: celles-ci pourront désormais participer aux votations et aux élections. Le reste de la Suisse continue toutefois de priver ces personnes de leurs droits politiques, en violation du droit international.»

193 Brochure cantonale, Votation cantonale 29 novembre 2020, <<https://www.ge.ch/votations/20201129/doc/Brochure-cantonale.pdf>>, S. 8.

194 swissinfo, À Genève, les handicapés ne seront plus privés de vote, 29 novembre 2020, <https://www.swissinfo.ch/fre/votation-cantonale-gen%C3%A8ve_%C3%A0-gen%C3%A8ve-les-handicap%C3%A9s-ne-seront-plus-priv%C3%A9s-de-vote/46192142>.

Weiter der Kommentar von Inclusion Handicap, dem Dachverband der Behindertenorganisationen in der Schweiz,¹⁹⁵ der die Vorreiterrolle des Kantons Genf betont und zugleich auf Defizite in anderen Teilen der Schweiz hinweist:

«Au niveau fédéral et dans quasiment tous les cantons, les personnes sous curatelle de portée générale sont automatiquement exclues du droit de vote et d'éligibilité, une disposition qui concerne surtout les citoyennes et citoyens avec un handicap mental ou psychique. La législation actuelle prive d'office ces personnes des droits démocratiques. Cela n'est pas acceptable. [...] Genève était l'un des rares cantons qui disposait déjà d'une réglementation plus différenciée. Cependant, le parlement cantonal de Genève a souhaité désormais se conformer pleinement aux exigences de la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées (CDPH). [...]. Inclusion Handicap exige maintenant que les modifications nécessaires du droit soient également effectuées au niveau fédéral.»

Als Folge der Abstimmung enthält die Genfer Kantonsverfassung¹⁹⁶ die frühere Einschränkung des Stimmrechts von «personnes durablement incapables de discernement» nach Art. 48 Abs. 4 nicht mehr. In seiner neuen Fassung lautet Art. 48 wie folgt:

«¹ Sont titulaires des droits politiques sur le plan cantonal les personnes de nationalité suisse âgées de 18 ans révolus domiciliées dans le canton, ainsi que les personnes domiciliées à l'étranger qui exercent leurs droits politiques fédéraux dans le canton.

² Sont titulaires des droits politiques sur le plan communal les personnes de nationalité suisse âgées de 18 ans révolus domiciliées dans la commune.

³ Sont titulaires du droit d'élire, de voter et de signer des initiatives et des demandes de référendum sur le plan communal les personnes de nationalité étrangère âgées de 18 ans révolus qui ont leur domicile légal en Suisse depuis huit ans au moins.»

Gemäss der Übergangsbestimmung von Art. 228 Abs. 3 lebt das Stimmrecht der von der früheren Regelung betroffenen Personen sofort wieder auf, also ohne amtlichen Akt, wie er vor der Verfassungsnovelle von 2020 für den Entzug des Stimmrechts erforderlich war.

Es war das ausdrückliche Ziel der Genfer Verfassungsänderung, das kantonale Recht mit dem Völkerrecht in Übereinstimmung zu bringen. TANQUEREL – der sich insb. zusammen mit dem Politiker CYRIL MIZRAHI über Jahre hinweg intensiv für die Revision eingesetzt hatte – spricht vom ersten Schweizer Kanton, in welchem sich das Stimmvolk über die vollständige Gleichstellung von Menschen mit Behinderung mit Blick auf die politischen Rechte aussprechen konnte, um so auf der kantonalen Ebene ein wirklich allgemeines Stimmrecht einzuführen.¹⁹⁷

195 Inclusion Handicap, Droit de vote et d'éligibilité pour toutes et tous: le canton de Genève précurseur, 30 novembre 2020, <https://www.inclusion-handicap.ch/fr/actualite/actualite_0/2021/droit-de-vote-et-drelegibilite-pour-toutes-et-tous-le-canton-de-geneve-precurseur-488.html>.

196 Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012, SR 131.234.

197 THIERRY TANQUEREL, Art. 136 al. 1: droits politiques, in: Weerts/Rosset-Favre/Guy-Ecabert/Benoît/Flückiger (Hrsg.), Révision imaginaire de la Constitution fédérale. Mélanges en hommage

II. Regelung im föderalistischen System der Schweiz

1. Teilweiser Ausschluss von Stimmrecht

Art. 136 Abs. 1 BV schliesst Personen, die «wegen Geisteskrankheit oder Geisteschwäche entmündigt sind», vom Stimmrecht auf der Bundesebene aus.¹⁹⁸ Gemäss KLEY¹⁹⁹ handelt es sich um einen pejorativen Ausdruck, der nun in Art. 2 BPR vermieden wird. Gemäss dieser Bestimmung gilt die Beschränkung für Personen, die «wegen dauernder Urteilsunfähigkeit unter umfassender Beistandschaft stehen oder durch eine vorsorgebeauftragte Person vertreten werden».²⁰⁰ Wie AUBERT²⁰¹ bemerkt, handelt es sich um den einzigen heute noch verbleibenden Ausschlussgrund von den politischen Rechten.

Laut der Botschaft zur BV²⁰² ist in den in Art. 136 Abs. 1 BV genannten Fällen davon auszugehen, dass das erforderliche Minimum an politischer Urteilsfähigkeit für die Ausübung des Stimmrechts nicht gegeben ist. TSCHANNEN²⁰³ spricht von einer «rechtlich unwiderlegbaren, wenn auch faktisch anfechtbaren Vermutung, dass solchen Personen selbst die mindeste politische Urteilsfähigkeit fehlt». SCHEFER/HESS-KLEIN²⁰⁴ kritisieren die Anknüpfung an das Erwachsenenschutzrecht und plädieren für eine verfassungskonforme Auslegung des BPR. Sie argumentieren – ähnlich wie TSCHANNEN –, dass nicht in allen Fällen, wo jemand zentrale Angelegenheiten des eigenen Lebens nicht regeln kann, auch die Urteilsfähigkeit für politische Rechte fehlt. Vielmehr könnte in Einzelfällen jemand in der Lage sein, Bedeutung und Tragweise der Ausübung der politischen Rechte «einigermassen einzuschätzen». Die politischen Rechte sollten deshalb gemäss SCHEFER/HESS-KLEIN nur dann entzogen werden, wenn die betroffene Person spezifisch mit Bezug auf die Wahrnehmung dieser Rechte dauernd urteilsunfähig ist.

au prof. Luzius Mader, Basel 2018, S. 244–247, S. 247 (erstes Zitat) sowie 244 (zweites Zitat). – Zur Geschichte des Schweizer Behindertengleichstellungsrechts CAROLINE HESS-KLEIN, *Le cadre conventionnel et constitutionnel du droit de l'égalité des personnes handicapées*, in: Belanger/Tanquerel (Hrsg.), *L'égalité des personnes handicapées: principes et concrétisation*, Genf 2017, S. 9–99, S. 13 ff.

198 BIAGGINI weist darauf hin, dass Bevormundungen aus anderen Gründen für den Ausschluss keine Folgen haben sollten; GIOVANNI BIAGGINI, *BV Kommentar. Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2., überarbeitete Auflage 2017, Zürich 2017, Art. 136, Rz. 4.

199 ANDREAS KLEY, Art. 136, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Fn. 27), Rz. 8.

200 Gleich auch Art. 17 des Bundesgesetzes vom 26. September 2014 über Schweizer Personen und Institutionen im Ausland (Auslandsschweizergesetz, ASG), SR 195.1.

201 JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Art. 136, in: Aubert/Mahon (Hrsg.), *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse* du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003, Rz. 5.

202 Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1, S. 359.

203 PIERRE TSCHANNEN, Art. 136 (Fn. 45), Rz. 10.

204 MARKUS SCHEFER und CAROLINE HESS-KLEIN, *Behindertengleichstellungsrecht*, Bern 2014, S. 514 f. sowie 508.

Auf der kantonalen Ebene ist Genf bisher der einzige Kanton, in dem alle Menschen mit Behinderung das Stimmrecht besitzen. Die übrigen kantonalen Regelungen sind unterschiedlich. Die meisten Kantonsverfassungen statuieren zwar im Grundsatz die Rechtsgleichheit für Menschen mit Behinderung,²⁰⁵ alle ausser Genf übernehmen aber in der Folge den im Bundesrecht erwähnten Ausschlussgrund mit Bezug auf die politischen Rechte.²⁰⁶

2. *Ausübung des Stimmrechts*

Das BPR enthält zwei Bestimmungen über die Ausübung des Stimmrechts mit Blick auf Menschen mit Behinderung. Zum einen sieht Art. 5 Abs. 6 vor, dass schreibunfähige Stimmberechtigte den Stimm- oder Wahlzettel durch eine andere stimmberechtigte Person ihrer Wahl nach ihren Anweisungen ausfüllen lassen können. Zum andern müssen die Kantone gemäss Art. 6 dafür sorgen, dass auch stimmen kann, wer wegen Invalidität oder aus einem anderen Grund dauernd unfähig ist, die für die Stimmgabe nötigen Handlungen selbst vorzunehmen.

SCHEFER/HESS-KLEIN²⁰⁷ argumentieren, dass Wahlen und Abstimmungen nach Bundesrecht eine von jedermann beanspruchbare Dienstleistung des Gemeinwesens nach Art. 3 lit. e des Behindertengleichstellungsgesetzes (BehiG)²⁰⁸ darstellen. In der Botschaft zum BehiG werden die politischen Rechte im Zusammenhang mit dieser Bestimmung allerdings nicht erwähnt.²⁰⁹ Auch die Verordnung über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderung²¹⁰ nennt in ihrem 5. Abschnitt über Dienstleistungen des Bundes die politischen Rechte nicht. Gemäss SCHEFER/HESS-KLEIN ist jedoch der Begriff der Dienstleistung in Art. 3 BehiG vage und wenig gefestigt und lässt insofern Raum für eine Auslegung, welche Wahlen und Abstimmungen einbezieht.²¹¹ Sollte das BehiG im vorliegenden Zusammenhang tatsächlich anwendbar sein, dann gelten auf der Bundesebene die Bestimmungen dieses Gesetzes über die Verhinderung, Verringerung oder Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderung. So haben die Behörden ge-

205 SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 204), S. 9, erwähnen als besonders weit gehendes Beispiel die Verfassung des Kantons Basel-Stadt vom 23. März 2005, SR 131.222.1. Gemäss ihrem § 8 Abs. 3 ist die Inanspruchnahme von Einrichtungen und Leistungen, die für die Öffentlichkeit bestimmt sind, soweit wirtschaftlich zumutbar, für Menschen mit Behinderungen gewährleistet. Dieser Bestimmung kommt horizontale Wirkung zu.

206 Für Beispiele siehe TANQUEREL (Fn. 197), S. 247.

207 SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 204), S. 508 ff.

208 Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz, BehiG), SR 151.3.

209 Botschaft zur Volksinitiative «Gleiche Rechte für Behinderte» und zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Beseitigung von Benachteiligungen behinderter Menschen vom 11. Dezember 2000, BBl 2001 1715, S. 1778 f.

210 Behindertengleichstellungsverordnung (BehiV) vom 19. November 2003, SR 151.31.

211 So die Auskunft von Kollege MARKUS SCHEFER mir gegenüber auf Nachfrage hin.

mäss Art. 14 BehiG im Verkehr mit der Bevölkerung Rücksicht auf die besonderen Anliegen der Sprach-, Hör- oder Sehbehinderten zu nehmen.

III. Völkerrechtlicher Kontext

1. UNO-Pakt II

a. Politische Rechte nach Art. 25

Auf der global-völkerrechtlichen Ebene bestehen Bestimmungen über die politischen Rechte von Menschen mit Behinderung sowohl im UNO-Pakt II als auch in der modernsten aller Spezialkonventionen, nämlich der Behindertenrechtskonvention (BRK) von 2006.²¹² Letztere ist im Vergleich zur Ersteren deutlich spezifischer (dazu unten E. III.2.).

Art. 25 UNO-Pakt II gewährt das Stimm- und Wahlrecht «ohne Unterschied nach den in Artikel 2 genannten Merkmalen und ohne unangemessene Einschränkungen». Behinderungen sind in Art. 2 nicht ausdrücklich erwähnt. Allerdings ist die dortige Aufzählung von Merkmalen nicht abschliessend, wie sich aus der Formulierung «wie insbesondere» ergibt. Behinderungen werden hier dazu gezählt.²¹³ Zudem wird der Begriff der «unangemessenen Einschränkungen» in Art. 25 UNO-Pakt II u.a. auf Behinderungen bezogen.²¹⁴ TAYLOR²¹⁵ weist im Zusammenhang mit der Entstehungsgeschichte dieses Elements darauf hin, dass Minderjährige und Geisteskranke («*minors and lunatics*») früher oft gesetzlich von den politischen Rechten ausgeschlossen waren. SCHABAS²¹⁶ bemerkt, dass die Verweigerung des Stimmrechts für Geisteskranke historische Einstellungen widerspiegelt, die nicht dem modernen Denken entsprechen. In seinem *General Comment No. 25* aus dem Jahr 1996²¹⁷ stellt auch der UNO-Menschenrechtsausschuss einen Zusammenhang zwischen den «unangemessenen Einschränkungen» und den Kriterien des Alters und (bestimmten) Behinderungen her:

«Any conditions which apply to the exercise of the rights protected by article 25 should be based on objective and reasonable criteria. For example, it may be reasonable to require a higher age for election or appointment to particular offices than for exercising the right to vote, which should be available to every adult citizen. The exercise of these rights by citizens may not be suspended or excluded except on grounds

212 Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2006, SR 0.109.

213 WILLIAM A. SCHABAS, U.N. International Covenant on Civil and Political Rights. Nowak's CCPR Commentary, 3. Überarbeitete Aufl., Kehl 2019, Art. 2 CCPR, Rz. 51, weiter etwa SCHAFER/HESS-KLEIN (Fn. 204), S. 5.

214 Ein weiteres, hier nicht behandeltes Beispiel betrifft die Einschränkung der politischen Rechte von Gefangenen; vgl. immerhin die Hinweise zur EMRK unten E. III.2.f.

215 TAYLOR (Fn. 12), S. 697.

216 SCHABAS (Fn. 213), Art. 25 CCPR, Rz. 39.

217 CCRP, General Comment No. 25 (Fn. 11), Rz. 4.

which are established by law and which are objective and reasonable. For example, established mental incapacity may be a ground for denying a person the right to vote or to hold office.»

Für Behinderungen bedeutet dies im Umkehrschluss, dass sie insofern nicht einen Grund für den Ausschluss von den politischen Rechten darstellen dürfen, als sie nicht zur Unzurechnungsfähigkeit führen. Eine Beschränkung des Stimmrechts wegen Unzurechnungsfähigkeit trifft insb. Menschen mit bestimmten geistigen Behinderungen. Sie steht im Widerspruch mit der jüngeren und in dieser Hinsicht expliziteren BRK, welche heute den «globalen und normativen Standard» zur politischen Partizipation von Menschen mit Behinderung darstellt²¹⁸ (dazu unten E. III.2.). In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass der General Comment No. 25 zu einer Zeit formuliert wurde, als noch das heute als überholt geltende, medizinische Verständnis von Behinderung vorherrschend war (dazu unten E. III.2.b.).²¹⁹ Dieses ist seither auch auf der rechtlichen Ebene zunehmend durch ein soziales Modell ersetzt worden, was auch zu einer moderneren Auslegung von Art. 25 UNO-Pakt II führen sollte. Damit würden auch störende Widersprüche zwischen den beiden UNO-Konventionen ausgeräumt. In einem Themenbericht von 2011 zur BRK regte die UNO-Hochkommissarin für Menschenrechte denn auch an, den Text des *General Comment No. 25* von 1996 anzupassen:²²⁰

«Article 25 [...] should be interpreted and applied taking into account the developments in the areas of human rights of persons with disabilities. In the light of these developments, the Human Rights Committee should consider reviewing its general comment No. 25 (1996) on the right to participate in public affairs, voting rights and the right of equal access to public service, so as to reflect the progressive evolution of international human rights law in this field.»

b. Ein Anwendungsfall aus den Niederlanden

Wie ein illustratives Beispiel aus den Niederlanden zeigt, hat dort Art. 25 UNO-Pakt II trotz seiner durch den UNO-Menschenrechtsausschuss definierten Grenzen zu Veränderungen des nationalen Rechts geführt. Der Fall ist auch darum interessant, weil die damalige niederländische Regelung zum Wahlrecht von Menschen mit Behinderung bis zu einem gewissen Grad der heutigen Schweizer Regelung ähnlich war. Art. 54 der niederländischen Verfassung in der Fassung von 1983 schloss Personen vom Wahlrecht aus, die wegen einer

218 LISA WADDINGTON und ANDREA BRODERICK, Political participation of persons with disabilities in the EU, in: Ferri/Broderick (Hrsg.), Research Handbook on EU Disability Law, Cheltenham/Northampton 2020, S. 89–104, S. 91.

219 COOMARA PYANEANDEE, International disability law: a practical approach to the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, London 2019, S. 112.

220 Thematic study by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on participation in political and public life by persons with disabilities, (A/HRC/19/36), 2011, <<https://undocs.org/en/A/HRC/19/36>>, Rz. 71.

geistigen Störung aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung unfähig waren, Rechtshandlungen vorzunehmen. Dieselbe Regelung fand sich auch im Wahlgesetz. Später unterschied das niederländische Recht zwischen verschiedenen Fällen: Ausgeschlossen blieben unter Vormundschaft gestellte Personen (niederländisch: «curatele»), nicht aber Personen, für die jemand anderes mit Bezug auf Finanzentscheidungen (wie den Kauf eines Autos) rechtskräftig handelte («bewind») oder die mit Bezug auf bestimmte materielle Entscheidungen (wie die Gesundheitsversorgung) beraten wurden («mentorschap»).

Der hier interessierende Entscheid²²¹ betraf das fehlende Wahlrecht einer unter Vormundschaft stehenden Person. Die Abteilung für Verwaltungsrechtsprechung des niederländischen «Raad van State» (Staatsrat; dieses Organ hat auch andere als rechtsprechende Funktionen) hatte zu beurteilen, ob dies eine Verletzung von Art. 25 UNO-Pakt II darstellte (die BRK bestand damals noch nicht). Der Staatsrat hielt vorab fest, dass der erwähnten Bestimmung nach der niederländischen Rechtsprechung «self-executing» Wirkung zukommt, so dass sich eine Einzelperson vor Gericht darauf berufen kann. Inhaltlich entschied er, dass der kategorische Ausschluss von unter Vormundschaft gestellten Personen vom Wahlrecht *im Allgemeinen* nicht gegen Art. 25 UNO-Pakt II versties. Er konnte aber im *Einzelfall* unangemessen sein, weil beim Entscheid über die Vormundschaft nicht geprüft wurde, ob die psychische Störung so beschaffen war, dass zugleich ein Ausschluss vom Wahlrecht angemessen war. Das Wahlrecht liess keinen Raum für differenzierende Lösungen.

Laut dem Staatsrat war aber die Feststellung problematischer Fälle sowie die Frage, wie ein Konflikt mit Art. 25 UNO-Pakt II beseitigt werden könne, nicht Aufgabe eines Gerichts, sondern lag in der Kompetenz des Verfassungs- bzw. des Gesetzgebers. Die Entscheidung wurde zum Anstoss für eine Verfassungsänderung, die allerdings erst im Jahr 2008 erfolgte, als in den Niederlanden auch die BRK galt. Gemäss einer Besprechung implizierte die Entscheidung die Möglichkeit der Gerichte, einer unter Vormundschaft gestellten Person abweichend von der gesetzlichen Regel das Wahlrecht zuzugestehen, was Autorin oder Autor als nicht praktikabel erachteten.²²² Die Verfassungsrevision wählte demgegenüber einen einfacheren Weg, nämlich die gänzliche Abschaffung der Einschränkung. Die Botschaft zur Vorlage bemerkt hierzu (eigene Übersetzung):²²³

221 Nederlandse Raad van State, Afdeling bestuursrechtspraak, Rechtssache 200300512/1, uitspraak van 29 oktober 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AM5435, <<https://uitspraken.rechtspraak.nl/inzien?document?id=ECLI:NL:RVS:2003:AM5435>>, E. 2.6.

222 L. V., Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, 29 oktober 2003, AB 2003/463, met noot, Rz. 5.

223 Verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot het vervallen van de bepaling over het uitsluiten van wilsonbekwamen van het kiesrecht, Memorie van toelichting, kamerstuk 30471 nr. 3, 09-03-2006, <<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-30471-3.html>>, Punkt 2.2.2.

«Ein wichtiges Argument für die Aufhebung des Ausschlusses [...] vom Wahlrecht ist die von der Regierung zunehmend geteilte Auffassung, dass die Tatsache, dass eine Person aufgrund einer psychischen Störung unter Vormundschaft gestellt wurde, nicht bedeutet, dass sie in keiner Weise in der Lage ist, ihre Interessen zu vertreten.»

Heute nennt Art. 54 der niederländischen Verfassung²²⁴ an Voraussetzungen für das Wahlrecht die niederländische Staatsangehörigkeit und das Alter sowie als Ausschlussgrund die Verurteilung zu bestimmten Freiheitsstrafen, wenn dies mit der Aberkennung des Wahlrechts verbunden wird. Das Wahlgesetz wurde entsprechend geändert,²²⁵ so dass seither in den Niederlanden ein in dieser Hinsicht umfassendes Wahlrecht im Sinne der BRK gilt.

2. *Die Behindertenrechtskonvention*

a. *Diskriminierungsverbot*

Gleich wie für das Geschlecht besteht neben dem UNO-Pakt II auch für Behinderungen eine Spezialkonvention, nämlich die Behindertenrechtskonvention (BRK). Ebenfalls gleich wie die CEDAW nennt auch sie in ihrer Definition der Diskriminierung in Art. 2 den politischen Bereich:

«[...] bedeutet «Diskriminierung aufgrund von Behinderung» jede Unterscheidung, Ausschliessung oder Beschränkung aufgrund von Behinderung, die zum Ziel oder zur Folge hat, dass das auf die Gleichberechtigung mit anderen gegründete Anerkennen, Geniessen oder Ausüben aller Menschenrechte und Grundfreiheiten im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen, bürgerlichen oder jedem anderen Bereich beeinträchtigt oder vereitelt wird. Sie umfasst alle Formen der Diskriminierung, einschliesslich der Versagung angemessener Vorkehrungen; [...].»

In der Schweiz steht die BRK seit dem 15. Mai 2014 in Kraft. Es handelt sich damit um ein vergleichsweise junges Völkerrechtsinstrument,²²⁶ dessen Umsetzung noch unvollständig ist. Im Folgenden soll deshalb zum besseren Verständ-

224 Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden, Stb. 2019, 33; deutsch Übersetzung verfügbar unter <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2019/02/28/grondwet-voor-het-koninkrijk-der-nederlanden-2018> (duitse vertaling).

225 Zum heute geltenden niederländischen Recht mit Bezug auf das Stimmrecht für Menschen mit Behinderungen und seine praktische Umsetzung J. L. HOEGEN DIJKHOF, *Stemrecht in het echt. Onderzoek naar de toegankelijkheid van verkiezingen voor mensen met een beperking*, Handicap & Recht Nov. 2017 nr. 2, S. 47–52, sowie TOM THEUNS, *A Comparative Study on the Right to Vote for Convicted Prisoners, Disabled Persons, Foreigners and Citizens Living Abroad*, ETHOS-Bericht 2020, https://ethos-europe.eu/sites/default/files/docs/d3.4_combined_complete.pdf, S. 26.

226 Ein Schweizer Kommentar zur BRK ist in Arbeit und soll 2022 erscheinen: KURT PÄRLI, HARDY LANDOLT, TAREK NAGUIB, EYLEM DEMIR und MARTINA FILIPPO, *Stämpfli-Handkommentar Uno-Behindertenrechtskonvention*, Bern (erwartet für 2022). Für weitere Kommentarliteratur siehe die folgenden Fussnoten.

nis zuerst der allgemeine Ansatz der BRK umrissen werden, bevor auf die spezifische Regelung über die politischen Rechte eingegangen wird.

b. Vom medizinischen zum sozialen Modell

Wesentlich für das Verständnis der BRK als Ganzes ebenso wie ihrer Regelung zum Stimmrecht ist der weit gefasste Begriff der Behinderung, welcher der Konvention zugrunde liegt. Ähnlich wie im Diskurs über die Gleichstellung der Geschlechter²²⁷ gilt auch hier, dass eine Behinderung mehr ist als eine biologische Gegebenheit, nämlich zugleich oder sogar vornehmlich ein soziales Konstrukt mit nachteiligen Folgen für die Betroffenen. In der Literatur wird auf den Gegensatz zwischen dem «individuell-medizinischen Modell» und dem «sozial-kontextuellen Modell» hingewiesen. So umschreibt etwa TRAUSTADÓTTIR²²⁸ das Kernelement des sozialen Modells nordischer Prägung als «a person-environment mismatch or a «poor fit» between the individual's capabilities and the demands of the broader social environment».

In der Literatur wird insb. aus der Umschreibung der Behinderung in der BRK gemeinhin abgeleitet, dass die Konvention auf einem sozialen Modell beruht (wobei es dazu allerdings auch kritische Stimmen gibt).²²⁹ Gemäss der Präambel der BRK entsteht Behinderung «aus der Wechselwirkung zwischen Menschen mit Beeinträchtigungen und einstellungs- und umweltbedingten Barrieren [...], die sie an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern». Diese Umschreibung geht letztlich auf die Definition durch die Weltgesundheitsorganisation in der «International Classification of Functioning, Disability and Health» (ICF) in der Version von 2001 zurück.²³⁰

«Disability is an umbrella term for impairments, activity limitations and participation restrictions. It denotes the negative aspects of the interaction between an individual (with a health condition) and that individual's contextual factors (environmental and personal factors).».

227 Zu dieser Parallele BARBARA PHILLIPS, NICOLE EMMENEGGER, BRUNO TREZZINI und MARY KEOGH, *Raising Awareness about Awareness: Insights from the Feminist Movement on Interpreting Article 8 of the CRPD*, in: O'Mahoney/Quinn (Hrsg.), *Disability law and policy: an analysis of the UN Convention*, Dublin 2017, S. 33–43, S. 34.

228 RANNVEIG TRAUSTADÓTTIR, *Disability Studies, the Social Model and Legal Developments*, in: Mjöll Arnardóttir/Quinn (Hrsg.), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian perspectives*, Leiden 2009, 3–16, S. 13.

229 So sprechen PHILLIPS, EMMENEGGER, TREZZINI und KEOGH (Fn. 227), S. 34 f., von der «somewhat simplistic idea that <people are disabled by society>». Siehe weiter auch etwa KATERINA KAZOU, *Analysing the Definition of Disability in the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: is it really based on a <Social Model> approach?*, *International Journal of Mental Health and Capacity Law* 2017 (23), S. 25–48.

230 World Health Organization, *International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF)*, Genf: WHO 2001, S. 213. Zur ICF siehe <<https://www.who.int/standards/classifications/international-classification-of-functioning-disability-and-health>>. Zur Terminologie: WHO, *Towards a Common Language for Functioning, Disability and Health*, Genf 2002.

c. *Zugänglichkeit, angemessene Vorkehrungen und universelles Design*

Die Erkenntnis, dass viele Benachteiligungen von Menschen mit Behinderung aus dem Zusammenwirken der behinderungsbedingten Beeinträchtigung mit externen Umweltfaktoren entstehen, führt zur Einsicht, dass auf der Seite der Umwelt aktive Massnahmen erforderlich sind, welche den Benachteiligungen entgegenwirken. Dabei muss unterschieden werden zwischen auf die Allgemeinheit gerichtete Massnahmen (Zugänglichkeit) und solchen, die konkrete Fälle betreffen (angemessene Vorkehrungen).²³¹ Hinzu kommt das sog. universelle Design.

Zuerst zur *Zugänglichkeit*: Art. 9 BRK verpflichtet die Vertragsstaaten geeignete Massnahmen zu treffen, um für Menschen mit Behinderung den gleichberechtigten Zugang u.a. zur physischen Umwelt sowie Information und Kommunikation, einschliesslich Informations- und Kommunikationstechnologien und -systemen, zu gewährleisten. Im Gegensatz zu den angemessenen Vorkehrungen sind solche Massnahmen auf Gruppen bezogen bzw. allgemeiner Natur und gelten grundsätzlich bedingungslos. Die Verpflichtung sie zu ergreifen besteht zudem «ex ante», also unabhängig von der Einforderung in einem konkreten Fall.²³²

Weiter zu den *angemessenen Vorkehrungen*: Gemäss Art. 5 Abs. 3 BRK sind die Vertragsstaaten verpflichtet, zur Förderung der Gleichberechtigung und zur Beseitigung von Diskriminierung alle geeigneten Schritte zu unternehmen, um die Bereitstellung «angemessener Vorkehrungen» zu gewährleisten.²³³ Laut der Definition in Art. 2 BRK handelt es sich um

«notwendige und geeignete Änderungen und Anpassungen, die keine unverhältnismässige oder unbillige Belastung darstellen und die, wenn sie in einem bestimmten Fall erforderlich sind, vorgenommen werden, um zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen alle Menschenrechte und Grundfreiheiten geniessen oder ausüben können».

231 Die Wichtigkeit der Unterscheidung betont MORGANE VENTURA, *Interdiction de la discrimination, droit d'accès et aménagements raisonnables: le point sur les droits des personnes de handicap en Suisse*, 30 SRIEL (2020), S. 681–702.

232 CRPD, General comment No. 2 (2014) Article 9: Accessibility, CRPD/C/GC/2, 11. April 2014, Rz. 25 f., sowie in der Literatur z.B. VENTURA (Fn. 231), S. 687 ff., und HESS-KLEIN (Fn. 204), S. 35.

233 Zur Terminologie: Gemäss der französischsprachigen Autorin VENTURA (Fn. 231), S. 687, ist es sinnvoll, den Begriff des «aménagements raisonnables» von jenem des «accommodement raisonnable» zu unterscheiden. Ersterer zielt im französischsprachigen Kontext spezifisch auf Behinderungen; letzterer kann auch in einem anderen und grösseren Kontext verwendet werden. – Allerdings verwendet die englische Version der BRK selber beide Begriffe für dasselbe (englisch: «reasonable accommodation»). Gleiches gilt für Art. 5 der EU-Richtlinie 2000/78 (englisch: «reasonable accommodation», französisch: «aménagements raisonnables», deutsch: «angemessene Vorkehrungen»); Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000 L 303/16. Im vorliegenden Beitrag werden die Begriffe synonym verwendet.

Gemäss dieser Definition sind angemessene Vorkehrungen «in einem bestimmten Fall» erforderlich (also «ex nunc», wenn sich ihre Erforderlichkeit zeigt) und stehen unter der Bedingung, dass sie angemessen sind.²³⁴ Der Begriff ist heute typisch für das Behindertengleichstellungsrecht, wird aber auch in anderem Kontext diskutiert, z.B. mit Blick auf Religion²³⁵ und Alter.²³⁶

Von den positiven Massnahmen²³⁷ unterscheiden sich angemessene Vorkehrungen insb. dadurch, dass sie nicht zeitlich befristet sind.²³⁸ Ausserdem wird die Unterlassung von positiven Massnahmen in verschiedenen Rechtsordnungen nicht ausdrücklich als eine Form von Diskriminierung oder eine Verletzung der Rechtsgleichheit bezeichnet – obwohl dies inhaltlich betrachtet durchaus der Fall sein kann (dazu oben C.VII.2. und 3.). Dagegen hält Art. 2 BRK ausdrücklich fest, dass die Versagung angemessener Vorkehrungen eine Form von Diskriminierung darstellt. Darin zeigt sich zugleich, dass die solchen Massnahmen inhärente Ungleichbehandlung zugunsten von Menschen mit Behinderung für sich selber nicht etwa als diskriminierend betrachtet werden darf, im Gegenteil: Ihre Unterlassung ist diskriminierend.²³⁹

Schliesslich zum *universellen Design*: Die bisher erwähnten Massnahmen müssen vor dem breiteren Hintergrund des «universellen Designs» gesehen werden. Nach Art. 4 Abs. 1 Bst. f BRK gehört es zu den allgemeinen Verpflichtungen der Vertragsstaaten,

«Forschung und Entwicklung für Güter, Dienstleistungen, Geräte und Einrichtungen in universellem Design, wie in Artikel 2 definiert, die den besonderen Bedürfnissen von Menschen mit Behinderungen mit möglichst geringem Anpassungs- und Kosten-

234 VENTURA (Fn. 231), S. 386.

235 Siehe etwa VENTURA (Fn. 231), S. 687, sowie ELISABETH GRIFFITHS, The «reasonable accommodation» of religion: Is this a better way of advancing equality in cases of religious discrimination?, *International Journal of Discrimination and the Law* 2016 Vol. 16(2–3) 161–176.

236 Z.B. REFIA KAYA, Reasonable Accommodation for Age, *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* XXXIII No. 1 February 2020, S. 115–143. Dieser Aufsatz geht ebenfalls auf die Religion ein.

237 Im Kontext von Art. 29 BRK wird die Verpflichtung zur Ergreifung von positiven Massnahmen aus dem ersten Teil der Bestimmung abgeleitet («Die Vertragsstaaten garantieren Menschen mit Behinderungen die politischen Rechte sowie die Möglichkeit, diese gleichberechtigt mit anderen zu geniessen [...]»); dazu z.B. ILZE GROBELAAR DU PLESSIS und JEHOSEPHAT NJAU, Art. 29 CRPD: Participation in Political and Public Life, in: Bantekas/Ashley Stein/Anastasiou (Hrsg.), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Commentary*, Oxford 2018, S. 843.

238 MÜLLER spricht von zeitlich nicht begrenzten Förderungsmassnahmen, die darum besonders angebracht sind, weil «die Gefahr der Absonderung nicht nur Ergebnis sozialer Konstruktion ist, sondern auch biologischer Besonderheiten»; JÖRG PAUL MÜLLER, Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 der neuen Bundesverfassung, in: *Berner Tage für die juristische Praxis – BTJP* 1999, Die neue Bundesverfassung. Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft, Bern 2000, S. 103–129, S. 123.

239 Die Thematik wird oft im Kontext der «Rechtfertigung» von Ungleichbehandlungen diskutiert; siehe etwa VALENTIN AICHELE und NINA ALTHOFF, «Nicht-Diskriminierung und angemessene Vorkehrungen in der UN-Behindertenrechtskonvention», in: Welke (Hrsg.), *UN-Behindertenrechtskonvention mit rechtlichen Erläuterungen*, Berlin 2012, S. 104–118, S. 105.

aufwand gerecht werden, zu betreiben oder zu fördern, ihre Verfügbarkeit und Nutzung zu fördern und sich bei der Entwicklung von Normen und Richtlinien für universelles Design einzusetzen».

Art. 2 BRK definiert universelles Design als «ein Design von Produkten, Umfeldern, Programmen und Dienstleistungen in der Weise, dass sie von allen Menschen möglichst weitgehend ohne eine Anpassung oder ein spezielles Design genutzt werden können».²⁴⁰ Seine Anwendung soll die Gesellschaft für alle zugänglich machen – nicht nur, aber auch für Menschen mit Behinderung. Vorkehrungen im konkreten Fall sollen erst dann ergriffen werden, wenn ein universelles Design einem Anliegen nicht Rechnung zu tragen vermag.²⁴¹

d. Unterstützte Entscheidungsfindung

Nach Art. 12 Abs. 1 BRK haben Menschen mit Behinderung das Recht, überall als Rechtssubjekt anerkannt zu werden. Gemäss Abs. 2 geniessen sie in allen Lebensbereichen gleichberechtigt mit anderen Menschen Rechts- und Handlungsfähigkeit. Wesentlich ist dabei nach Abs. 3, dass die Vertragsstaaten geeignete Massnahmen treffen, «um Menschen mit Behinderungen Zugang zu der Unterstützung zu verschaffen, die sie bei der Ausübung ihrer Rechts- und Handlungsfähigkeit gegebenenfalls benötigen». Nach Abs. 4 müssen zudem geeignete und wirksame Sicherungen zur Verhinderung von Missbräuchen vorgesehen werden. Dabei müssen die Rechte, der Wille und die Präferenzen der betreffenden Person geachtet werden.

Der BRK-Ausschuss spricht von der «unterstützten Entscheidungsfindung, welche die Autonomie, den Willen und die Präferenzen der Person respektieren», und kontrastiert dies mit der stellvertretenden Entscheidungsfindung, wie sie z.B. für die Vormundschaft (bzw. heute in der Schweiz die umfassende Beistandschaft) typisch ist. Der BRK-Ausschuss bezieht die unterstützte Entscheidungsfindung ausdrücklich auch auf die politischen Rechte.²⁴²

«A supported decision-making regime comprises various support options which give primacy to a person's will and preferences and respect human rights norms. It should provide protection for all rights, including those related to autonomy (right to legal capacity, right to equal recognition before the law, right to choose where to live, etc.) and rights related to freedom from abuse and ill-treatment (right to life, right to physical integrity, etc.). Furthermore, systems of supported decision-making should not over-regulate the lives of persons with disabilities. While supported decision-making regimes can take many forms, they should all incorporate certain key provisions to ensure compliance with article 12 of the Convention, including the following: [...]

240 Im Schrifttum aus interdisziplinärer Perspektive z.B. INGER MARIE LID, Universal Design and disability: an interdisciplinary perspective, *Disability and Rehabilitation* 2014:36(16), S. 1344–1349.

241 CRPD, General comment No. 2 (Fn. 232), Rz. 15 f.

242 CRPD, General comment No. 1 (2014): Article 12: Equal recognition before the law, CRPD/C/GC/1, 11. April 2014, Rz. 29.

(f) Support in decision-making must not be used as justification for limiting other fundamental rights of persons with disabilities, especially the right to vote, the right to marry, or establish a civil partnership, and found a family, reproductive rights, parental rights, the right to give consent for intimate relationships and medical treatment, and the right to liberty; [...].»

In der Literatur wird der Ausschuss für seine Auslegung von Art. 12 BRK und insb. für die absolute Priorisierung von Willen und Präferenzen von Menschen mit Behinderung z.T. stark kritisiert, auch aus medizinischer Sicht, und es wird darauf hingewiesen, dass seine diesbezügliche Auffassung innerhalb der UNO nicht allgemein geteilt wird.²⁴³ Der EGMR hat sich in gewissen Punkten von der Auffassung des BRK-Ausschusses distanziert.²⁴⁴ Laut SERIES und NILSSON²⁴⁵ ist die Passage über «Rechte, Willen und Präferenzen» in Art. 12 Abs. 4 BRK zum Schauplatz eines hermeneutischen Kampfes geworden. Sie kritisieren ihrerseits, dass «Risse» («cracks») in der Bestimmung ausgenutzt werden, um aufgrund einiger scheinbar schwieriger Fälle vom Paradigma der universellen Rechtsfähigkeit abrücken zu können.

e. Politische Rechte gemäss Art. 29 BRK: Überblick

Innerhalb des soeben umrissenen allgemeinen Systems der BRK statuiert Art. 29 das Recht auf Teilhabe am politischen und öffentlichen Leben. Er garantiert das Stimmrecht von Menschen mit Behinderung sowie den Anspruch auf tatsächlichen Genuss dieses Rechtes und verlangt mit Blick auf seine Ausübung ein aktives Tätigwerden der Vertragsstaaten.²⁴⁶ Art. 29 BRK ist im Vergleich zur entsprechenden Bestimmung der CEDAW (siehe oben B.II.2.) ausführlicher formuliert:

«Die Vertragsstaaten garantieren Menschen mit Behinderungen die politischen Rechte sowie die Möglichkeit, diese gleichberechtigt mit anderen zu geniessen, und verpflichten sich:

- a) sicherzustellen, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen wirksam und umfassend am politischen und öffentlichen Leben teilhaben können, sei es unmittelbar oder durch frei gewählte Vertreter oder Vertreterinnen, was auch

243 GEORGE SZMUKLER, «Capacity», «best interests», «will and preferences» and the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, *World Psychiatry* 2019, 18, S. 34–41, S. 35 ff., mit weiteren, auch juristischen Hinweisen. Die Debatte betrifft insb. die Auffassung des BRK-Ausschusses, dass jegliche unfreiwillige Internierung und Behandlung von Menschen mit psychischen Behinderungen gemäss Art. 12 der BRK verboten sei. Siehe auch PAUL S. APPELBAUM, *Saving the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities – from itself*, *World Psychiatry* 2019, 18, S. 1–2.

244 EGMR, Urteil vom 31. Januar 2019, *Rooman gegen Belgien*, Nr. 18052/11, E. 205, zur Inhaftierung von Menschen mit Beeinträchtigungen und Art. 14 BRK (Freiheit und Sicherheit der Person).

245 LUCY SERIES und ANNA NILSSON, Art. 12 CRPD: Equal Recognition before the Law, in: Banteakas/Stein/Anastasiou (Fn. 237), S. 339–382, S. 369.

246 Zu diesem umfassenden Charakter GROBELAAR DU PLESSIS/NJAU (Fn. 237), S. 843.

das Recht und die Möglichkeit einschliesst, zu wählen und gewählt zu werden; unter anderem:

- i) stellen sie sicher, dass die Wahlverfahren, -einrichtungen und -materialien geeignet, zugänglich und leicht zu verstehen und zu handhaben sind,
 - ii) schützen sie das Recht von Menschen mit Behinderungen, bei Wahlen und Volksabstimmungen in geheimer Abstimmung ohne Einschüchterung ihre Stimme abzugeben, bei Wahlen zu kandidieren, ein Amt wirksam innezuhaben und alle öffentlichen Aufgaben auf allen Ebenen staatlicher Tätigkeit wahrzunehmen, indem sie gegebenenfalls die Nutzung unterstützender und neuer Technologien erleichtern,
 - iii) garantieren sie die freie Willensäußerung von Menschen mit Behinderungen als Wähler und Wählerinnen und erlauben zu diesem Zweck im Bedarfsfall auf Wunsch, dass sie sich bei der Stimmabgabe durch eine Person ihrer Wahl unterstützen lassen;
- b) aktiv ein Umfeld zu fördern, in dem Menschen mit Behinderungen ohne Diskriminierung und gleichberechtigt mit anderen wirksam und umfassend an der Gestaltung der öffentlichen Angelegenheiten mitwirken können, und ihre Mitwirkung an den öffentlichen Angelegenheiten zu begünstigen, unter anderem:
- i) die Mitarbeit in nichtstaatlichen Organisationen und Vereinigungen, die sich mit dem öffentlichen und politischen Leben ihres Landes befassen, und an den Tätigkeiten und der Verwaltung politischer Parteien,
 - ii) die Bildung von Organisationen von Menschen mit Behinderungen, die sie auf internationaler, nationaler, regionaler und lokaler Ebene vertreten, und den Beitritt zu solchen Organisationen.»

Angesichts seines breit gefächerten Inhaltes führt Art. 29 BRK zu zahlreichen Verpflichtungen der Vertragsstaaten, die in Achtungs- und Schutzverpflichtungen, aber auch aktive Leistungsverpflichtungen eingeteilt werden können.²⁴⁷ Im Folgenden soll auf zwei spezifische Aspekte näher eingegangen werden, welche aus der Sicht der berechtigten Personen zentral sind, nämlich einerseits die Gewährung des Stimmrechts bzw. der vielerorts noch praktizierte Ausschluss von diesem Recht und andererseits die für die Ausübung des Rechts notwendigen Bedingungen im Fall von Menschen mit Behinderung.

f. Stimmrecht ohne Einschränkungen

Art. 29 BRK statuiert ein vollumfängliches Stimmrecht für alle Menschen mit Behinderungen, welcher Art diese auch seien. Wie in der Literatur vielfach hervorgehoben wird, sieht der Text keinerlei Einschränkungen vor: «Article 29 [...] unequivocally prohibits exclusionary practices on the basis of dis-

247 PETER TRENK-HINTERBERGER, Art. 29 Teilhabe am politischen und öffentlichen Leben, in: Markus/Lachwitz/Trenk-Hinterberger, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis: Erläuterungen der Regelung und Anwendungsgebiete, Köln 2013, S. 300–309, Rz. 3.

ability».²⁴⁸ Auch die UNO-Hochkommissarin für Menschenrechte betont diesen Aspekt und verweist dabei auf Art. 12 BRK (dazu oben E. III.2.d.):²⁴⁹

«The Convention on the Rights of Persons with Disabilities heralds a new era for the political participation of persons with disabilities. Article 29 requires States parties to guarantee to persons with disabilities political rights and the opportunity to enjoy them on an equal basis with others. This provision does not foresee any reasonable restriction, nor does it allow any exception. Article 12, which recognizes that persons with disabilities enjoy legal capacity on an equal basis with others in all aspects of life, also does not provide for any exception to the principle, and only requires States parties to take appropriate measures «to provide access by persons with disabilities to the support they may require in exercising their legal capacity». It can be concluded that in accordance with the Convention, exclusion or restriction of political rights of persons with disabilities on the basis of disability may constitute «discrimination on the basis of disability» within the meaning of article 2 of the Convention and is contrary to the Convention.»

GROBELAAR DU PLESSIS/NJAU²⁵⁰ nennen in diesem Zusammenhang den Fall *Bujdosó*,²⁵¹ der dem BRK-Ausschuss vorgelegt wurde. Er betraf den automatischen Ausschluss vom Stimmrecht von bevormundeten Personen nach dem damaligen ungarischen Recht, ohne ihrer individuellen Situation Rechnung zu tragen. Als Drittpartei intervenierte das «Harvard Law School Project on Disability» (HPOD). Es argumentierte, nach der BRK dürften keine Menschen, auch nicht die Schwerstbehinderten, aufgrund ihrer Behinderung entrechtet werden. Einschränkungen des Stimmrechts beruhten auf dem empirisch nicht begründeten Stereotyp, wonach alle Menschen mit Behinderung unfähig sind.²⁵² Auch eine individualisierte Beurteilung der Stimmfähigkeit stelle eine Verletzung von Art. 29 BRK dar – entgegen der allgemeinen Auffassung, es sei zulässig, die Integrität des politischen Systems vor Personen zu schützen, die nicht in der Lage sind eine gültige politische Meinung zu formulieren. Der BRK-Ausschuss schloss sich dieser Argumentation an und verwies auf die Verbindung zwischen Art. 29 und 12 BRK. Zu Art. 29 BRK hielt er fest:²⁵³

248 So statt vieler JANOS FIALA-BUTORA, MICHAEL ASHLEY STEIN und JANET E. LORD, *The Democratic Life of the Union: Toward Equal Voting Participation for Europeans with Disabilities*, Harvard International Law Journal 55 (2014), S. 71–104, S. 84.

249 Thematic study on participation in political and public life by persons with disabilities (Fn. 220), Rz. 68 f.

250 GROBELAAR DU PLESSIS/NJAU (Fn. 237), S. 860 (siehe zum absoluten Charakter von Art. 29 BRK auch S. 845).

251 CRPD Committee, *Zsolt Bujdosó and five others v Hungary*, CRPD/C/10/D/4/2011, Views adopted by the Committee at its tenth session (2–13 September 2013).

252 Betr. Stereotypen vgl. auch PERLIN zum «*sanism*», also Diskriminierungen wegen einer psychischen Eigenschaft oder eines Geisteszustands; MICHAEL L. PERLIN, *International Human Rights and Mental Disability Law. When the Silenced Are Heard*, Oxford 2012, S. 34.

253 *Zsolt Bujdosó*, Rz. 9.4.

«Article 29 does not foresee any reasonable restriction, nor does it allow any exception for any group of persons with disabilities. Therefore, an exclusion of the right to vote on the basis of a perceived, or actual psychosocial or intellectual disability, including a restriction pursuant to an individualized assessment, constitutes discrimination on the basis of disability, within the meaning of article 2 of the Convention.»

Danach verstösst der Ausschluss vom Stimmrecht wegen einer Behinderung gegen Art. 29 BRK, und zwar selbst dann, wenn er auf einer individualisierten Beurteilung des Urteilsvermögens beruht.

Zur Begründung für diese umfassende Auslegung, welche vielerorts – darunter auch in der Schweiz – noch auf Widerstand stösst, werden in der Literatur mehrere Argumente vorgebracht. So weist PYANEANDEE²⁵⁴ auf die eminente subjektive Bedeutung des Stimmrechts für Menschen mit Behinderung hin: «Through voting, persons with disabilities assert their individual autonomy.» In einer Vorlesung an der Universität Basel argumentierte TANQUEREL mit der Verhältnismässigkeit.²⁵⁵ In dieser Sicht handelt es sich nicht nur um eine sehr schwerwiegende Einschränkung der Rechte der Betroffenen mit stigmatisierendem Charakter, sondern ist die Gefahr eines unzulässigen Entzugs grösser als jene einer Gewährung des Stimmrechts. Zudem erachtet TANQUEREL Kriterien des Zivilrechts (hier: des Erwachsenenschutzrechts) als ungeeignet, wenn es um die politischen Rechte geht. Zur Missbrauchsgefahr verweist er auf ein unbegründetes a priori Misstrauen gegenüber betreuenden Angehörigen sowie Hilfs- und Pflegepersonal. Ausserdem stelle sich das Problem des Missbrauchs oder zumindest der Beeinflussung bei der Stimmabgabe grundsätzlich für alle Menschen in Abhängigkeitsverhältnissen; zu ihrer Bekämpfung müssten die Betrügenden und nicht die Opfer bestraft werden.²⁵⁶ Aus praktischer Sicht verweist MARGOT-CATTIN, Schweizer Experte an der UNO-Konferenz von 2015–2016 über die Rechte von Behinderten, auf das normale Risiko der direkten Demokratie: Auch urteilsfähige Personen sind oft nicht in der Lage, sich eine rationale Meinung über politische Vorlagen zu bilden, dürfen aber trotzdem abstimmen: «Es ist deshalb nicht einzusehen, warum jemand kein Stimmrecht haben soll, der wegen einer intellektuellen Beeinträchtigung Mühe hat, sich ein Urteil zu bilden.»²⁵⁷

254 PYANEANDEE (Fn. 219), S. 112.

255 THIERRY TANQUEREL, Die politischen Rechte der Menschen mit Behinderungen, Online-Vortragsreihe zum Behindertengleichstellungsrecht, Universität Basel/Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen/Inclusion Handicap, 27. Oktober 2020, <https://behindertenrecht.ius.unibas.ch/wp-content/uploads/2020/11/2020-10-27_Thierry_Tanquerel_deutsch.pdf>.

256 Ähnliche Argumente finden sich im Schrifttum z.B. bei TREVOR RYAN/ANDREW HENDERSON und WENDY BONYTHON, Voting with an Unsound Mind: A Comparative Study of the Voting Rights of Persons with Mental Disabilities, 39(3) University of New South Wales Law Journal (2016), S. 1038–1071, S. 1045 ff.

257 Zitiert nach: Abstimmen trotz geistiger Behinderung. Tages-Anzeiger vom 6. Februar 2017, <<https://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/abstimmen-trotz-geistiger-behinderung/story/26873439>>.

In der Literatur wird durchaus anerkannt, dass ein kleiner Prozentsatz von Menschen mit Behinderung auch mit Unterstützung (dazu im nächsten Abschnitt) faktisch nicht in der Lage sein wird, das Stimmrecht auszuüben, etwa wenn sie im Koma liegen oder an einem sehr fortgeschrittenen Stadium der Demenz leiden. Gemäss FIALA-BUTORA/STEIN/LORD darf diese Tatsache aber aus einem ganz praktischen Grund nicht als Basis für einen allgemeinen Ausschluss vom Stimmrecht dienen: «There is no objective cut-off point based on diagnosis or IQ score below which all persons could be safely declared to lack the capacity to vote. [...] Lack of capacity to vote is thus individual, but in some cases it nevertheless exists.»²⁵⁸ Einen Ausschluss vom Stimmrecht lehnen FIALA-BUTORA/STEIN/LORD aber auch in diesen letzteren Fällen als unverhältnismässig ab. In ihrer Sicht ist es objektiv besser, die betroffene kleine Gruppe im Rahmen eines umfassenden Stimmrechts in Kauf zu nehmen und ihr Stimmrecht brach liegen zu lassen («Those who cannot vote do not vote.»).

FIALA-BUTORA/STEIN/LORD treten ausdrücklich der anders lautenden EGMR-Rechtsprechung entgegen. Sie kritisieren die vom Gerichtshof in *Kiss gegen Ungarn*²⁵⁹ formulierten Kriterien für eine Einschränkung des Stimmrechts als «empirically unsupported and over-inclusive».²⁶⁰ *Kiss gegen Ungarn* betraf den Ausschluss von Stimmrecht einer manisch-depressiven Person, welche deswegen unter Teilvormundschaft stand. Laut dem EGMR – der u.a. die Art. 12 und 29 BRK als relevantes Recht bezeichnet – ist gemäss Art. 3 des Zusatzprotokolls Nr. 1 zur EMRK legitim sicherzustellen, dass nur Personen, die in der Lage sind, die Folgen ihrer Entscheidungen abzuschätzen und bewusste und vernünftige Entscheidungen zu treffen, an öffentlichen Angelegenheiten teilnehmen. Es ist Sache des Gesetzgebers, über das Verfahren zur Beurteilung der politischen Entscheidungsfähigkeit geistig behinderter Menschen zu entscheiden. Ein *genereller* Entzug des Stimmrechts allein auf der Grundlage einer geistigen Behinderung, die eine Teilvormundschaft erforderlich macht, ist unverhältnismässig. BUYSE²⁶¹ weist auf die Parallele zur EGMR-Rechtsprechung über das Stimmrecht von verurteilten Gefangenen hin: Auch dort ist der allgemeine, automatische und unterschiedslose Stimmrechtsentzug unzulässig, kann aber eine Beschränkung je nach der Schwere der Tat zulässig sein (wobei im Fall der Gefangenen auch das Sanktionselement eine Rolle spielt).²⁶²

258 Hierfür und für das Folgende FIALA-BUTORA/STEIN/LORD (Fn. 248), S. 89 ff.

259 EGMR, Urteil vom 20. Mai 2010, *Kiss gegen Ungarn*, Nr. 38832/06, E. 36 ff. Siehe auch Urteil vom 21. Oktober 2014, *Harmati gegen Ungarn*, Nr. 63012/10; Urteil vom 2. Februar 2021, *Strøbye und Rosenlind gegen Dänemark*, Nr. 25802/18 und 27338/18, sowie Urteil vom 11. Mai 2021, *Caamaño Valle gegen Spanien*, Nr. 43564/17.

260 FIALA-BUTORA/STEIN/LORD (Fn. 248), S. 74.

261 ANTOINE BUYSE, Judgment on Voting Rights for the Mentally Disabled, ECHR BLOG of 20 May 2010, <<https://www.echrblog.com/2010/05/judgment-on-voting-rights-for-mentally.html?m=1>>.

262 EGMR, Urteil vom 6. Oktober 2005, *Hirst gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 74025/01, E. 63 ff. In der Literatur statt vieler BERNADETTE RAINEY, ELIZABETH WICKS und CLARE OVEY, Jacobs,

Der Ansatz des EGMR entspricht dem «Code of Good Practice in Electoral Matters» der Venedig-Kommission,²⁶³ geht aber deutlich weniger weit als jener des BRK-Ausschusses.²⁶⁴ Hier besteht deshalb ein rechtliches Spannungsfeld, innerhalb dessen die Vertragsstaaten ihre Regeln unterschiedlich ausgestalten.

g. *Unterstützung zur Ausübung des Stimmrechts*

Art. 29 BRK verpflichtet die Vertragsstaaten zur Ergreifung von unterstützenden Massnahmen mit Blick auf die Ausübung des Stimmrechts von Menschen mit Behinderung. Die UNO-Hochkommissarin für Menschenrechte²⁶⁵ bemerkt hierzu:

«Article 29 (a) (iii) requires States parties to adopt appropriate measures to allow persons with disabilities who cannot exercise their right to vote independently to be assisted in voting by a person of their own choice. In their replies, States have provided several examples of the assistance that persons with disabilities can obtain in order to exercise their right to vote. In particular, they listed a number of alternative ways of voting, such as postal voting or voting at special polling stations, that have been developed and implemented to facilitate the political participation of persons with disabilities. The appropriateness of these measures should always be assessed against the general obligation to include persons with disabilities in all aspects of society and to promote their independence, autonomy and dignity. Alternative ways of voting should only be used in cases where it is not possible, or it is extremely difficult, for persons with disabilities to vote in polling stations, like everyone else. General reliance on voting assistance and alternative voting as a way to ensure the political participation of persons with disabilities would not be consistent with the general obligations undertaken by States parties under articles 4 and 29 of the Convention.»

Bei der Umsetzung der rechtlichen Vorgaben ist es sinnvoll, wenn sich die Vertragsstaaten an der guten Praxis anderer Staaten orientieren. Die UNO-Hochkommissarin für Menschenrechte²⁶⁶ nennt Beispiele. Eine weitere Quelle praktischer Hinweise bietet das Handbuch der Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa (OSZE) über die Teilnahme von Menschen mit Be-

White and Ovey. The European Convention on Human Rights, 7. Aufl., Oxford 2017, S. 604 ff.; TAYLOR (Fn. 12), S. 704 und 714; RUIZ ROBLEDO (Fn. 17), S. 234 f., sowie in der neuesten Literatur ERGUL CELIKSOY, Execution of the Judgments of the European Court of Human Rights in Prisoners' Right to Vote Cases, Human Rights Law Review 2020, 20, S. 555–581, S. 258 ff. Die Schweiz hat das Zusatzprotokoll Nr. 1 nicht unterzeichnet.

263 Venice Commission, Code of Good Practice in Electoral Matters, Strassburg 2018, CDL-AD (2002) 023rev2-cor, S. 14.

264 Der EMGR entscheidet im Vergleich zum BRK-Ausschuss generell zurückhaltender, so z.B. im Urteil vom 23. März 2017, *A.-M. V. gegen Finnland*, Nr. 53251/13 (zur Rolle von Willen und die Präferenzen von Menschen mit einer geistigen Behinderung) und im Urteil vom 18. Juli 2019, *Glaisen gegen Schweiz*, Nr. 40477/13 (zur Zugänglichkeit eines Kinos für einen Rollstuhlfahrer). Vgl. auch oben, Fn. 244, zur Entscheidung *Rooman gegen Belgien*.

265 Thematic study on participation in political and public life by persons with disabilities (Fn. 220), Rz. 73 f.

266 Idem, Rz. 53–57.

hinderung an Wahlen. Es bespricht in seinem praktischen Teil Massnahmen für verschiedene zeitliche Phasen und Aspekte eines Wahlverfahrens. Zu Recht schreibt die OSZE:²⁶⁷ «Election observers have an important role to play in monitoring legal, structural and practical barriers that can lead to exclusion, and the extent to which persons with disabilities are participating in elections as voters, candidates, election officials and in other roles.» Zur Ermittlung des praktischen Handlungsbedarfs können die Indikatoren nützlich sein, welche die EU-Grundrechteagentur mit Blick auf die politische Partizipation von Menschen mit Behinderung formuliert hat.²⁶⁸

In der Praxis liegt die Herausforderung darin, dass unterschiedliche Arten von Behinderungen unterschiedliche Massnahmen erfordern. So weisen SCHEFER/HESS-KLEIN²⁶⁹ z.B. auf die Nützlichkeit von e-voting insb. für Personen mit einer Seh- oder Mobilitätsbehinderung hin.²⁷⁰ Eine niederländische Untersuchung²⁷¹ ist zum Schluss gelangt, dass sich dort staatliche Massnahmen v.a. auf physische Behinderungen richten und das Augenmerk zusätzlich auf die geistigen Behinderungen gelegt werden sollte. Nicht selten sind die geltenden Regelungen recht eng. So nennt z.B. § 9 des Baselstädtischen Wahlgesetzes²⁷² nur körperliche Behinderungen und dann nur im Zusammenhang mit der Stimmabgabe durch Dritte. Für Menschen mit geistiger Behinderung erwähnt die niederländische Studie den ausdrücklichen Wunsch der Betroffenen nach aktiver Hilfe beim Abstimmen, z.B. im Stimmlokal. In diesem Zusammenhang, aber auch mit Blick auf andere Behinderungen, ist es wichtig, das Personal im Stimmlokal gut vorzubereiten und zu instruieren. Weiter können für Menschen mit geistiger Behinderung Informationen in leichter Sprache²⁷³ entscheidend sein – was im Übrigen auch für viele Menschen ohne Behinderung hilfreich wäre.²⁷⁴

267 OSCE (Organization for Security and Co-operation in Europe)/Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR), Handbook on Observing and Promoting the Electoral Participation of Persons with Disabilities, Warschau 2017, S. 11.

268 European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), The Right to Political Participation for Persons with Disabilities: Human Rights Indicators, Luxemburg 2014.

269 SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 204), S. 510 f. Dazu auch HOEGEN DIJKHOF (Fn. 225), S. 50, im Zusammenhang mit einer Untersuchung in den Niederlanden.

270 Zum e-voting siehe unten H.III.

271 HOEGEN DIJKHOF (Fn. 225), S. 48 ff.

272 Kanton Basel-Stadt, Gesetz über Wahlen und Abstimmungen (Wahlgesetz) vom 21. April 1994, SG 132.100.

273 Vgl. dazu auch unten E. IV.

274 Laut Eidgenössische Wahlen 2019: Wahlanleitung in Leichter Sprache (<<https://www.wahlanleitung-leichte-sprache.ch/>>) verstehen fast 20% der Wählerinnen und Wähler nicht oder nicht richtig, was sie lesen.

h. Mehrfachdiskriminierung

Schliesslich sei das Problem der Mehrfachdiskriminierung erwähnt. Es geht darauf zurück, dass Menschen mehrfache Identitäten aufweisen, z.B. mit Bezug auf Behinderung, Geschlecht, sexuelle Orientierung und Religion, und darum auch mehrfach benachteiligt werden können. In den Worten des BRK-Ausschusses:²⁷⁵

«[I]ndividuals do not experience discrimination as members of a homogenous group but rather, as individuals with multidimensional layers of identities, statuses and life circumstances. It means acknowledging the lived realities and experiences of heightened disadvantage of individuals caused by multiple and intersecting forms of discrimination, which requires targeted measures with respect to disaggregated data collection, consultation, policymaking, enforceability of non-discrimination and provision of effective remedies.»

Art. 6 BRK weist auf die besondere Situation von Frauen und Mädchen mit Behinderungen hin:²⁷⁶

«(1) Die Vertragsstaaten anerkennen, dass Frauen und Mädchen mit Behinderungen mehrfacher Diskriminierung ausgesetzt sind, und ergreifen in dieser Hinsicht Massnahmen, um zu gewährleisten, dass sie alle Menschenrechte und Grundfreiheiten voll und gleichberechtigt geniessen können.

(2) Die Vertragsstaaten treffen alle geeigneten Massnahmen zur Sicherung der vollen Entfaltung, der Förderung und der Stärkung der Autonomie der Frauen, um zu garantieren, dass sie die in diesem Übereinkommen genannten Menschenrechte und Grundfreiheiten ausüben und geniessen können.»

«Mehrfachdiskriminierung» ist ein Oberbegriff für verschiedene Phänomene, darunter insb. das additive Zusammentreffen von mehr als einem Diskriminierungsgrund (kumulative Diskriminierung) sowie der Schnittpunkt von zwei oder mehr Gründen (intersektionelle Diskriminierung).²⁷⁷ Die BRK präzisiert nicht, was in Art. 6 genau gemeint ist. Aus den Aussagen des BRK-Ausschusses kann aber wohl abgeleitet werden, dass die Bestimmung umfassend ver-

275 CRPD, General Comment No. 3 (2016), Women and girls with disabilities, CRPD/C/GC/3, 26. August 2016, Rz. 16.

276 Hierzu z.B. MINOU BANAFSCHE, Mehrdimensionale Diskriminierung in der Behindertenrechtskonvention der Vereinten Nationen, in: Ulrike Lembke (Hrsg.), Menschenrechte und Geschlecht, Baden-Baden 2014, S. 77–100, S. 81 ff.

277 Im Schweizer Schrifttum insb. ELEONOR KLEBER, La discrimination multiple: étude de droit international, suisse et européen, Genf 2015, S. 28–43. KLEBER bevorzugt für die intersektionelle Diskriminierung Begriffe wie «entrecroisée» oder «combinée». Im internationalen Schrifttum statt vieler SANDRA FREDMAN, Discrimination Law, 2. Aufl., Oxford 2011, S. 139 ff.; weiter etwa MARIA VITTORIA ONUFRIO, Intersectional discrimination in the European legal systems: Toward a common solution? International Journal of Discrimination and the Law 2014, Vol. 14 (2), S. 126–140, sowie SIMONE PHILIPP, ISABELLA MEIER, VERONIKA APOSTOLOVSKI, KLAUS STARL und KARIN MARIN SCHMIDLECHNER (Hrsg.), Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung. Soziale Realitäten und Rechtspraxis, Baden-Baden 2014.

standen werden soll.²⁷⁸ In der Praxis und v.a. vor Gericht können sich schwierige Fragen stellen, z.B. zum anzuwendenden Prüfprogramm.²⁷⁹ Hier eröffnen sich – um mit ULRICH²⁸⁰ zu sprechen – neue Auslegungshorizonte.

Das Problem der Mehrfachdiskriminierung stellt sich auch im Kontext der politischen Rechte. So sind Frauen und Mädchen mit Behinderung in öffentlichen Entscheidungsprozessen überproportional unterrepräsentiert.²⁸¹ Allerdings beschränkt sich Art. 6 BRK zur Abhilfe auf allgemein formulierte Pflichten der Vertragsstaaten. Gemäss dem BRK-Ausschuss umfasst dies aber auch die Einführung von rechtlichen Bestimmungen über die Mehrfachdiskriminierung.²⁸²

IV. Sieben Jahre BRK in der Schweiz und weder volle rechtliche noch tatsächliche Gleichstellung

Die BRK gilt in der Schweiz seit dem 15. Mai 2014 und ist damit hier ein junges menschenrechtliches Instrument. Die in der Konvention statuierten Rechte und Pflichten sind weitreichend und betreffen nicht nur die Gewährung des Stimmrechts, sondern auch seinen wirksamen Genuss ebenso wie die umfassende Teilhabe am politischen und öffentlichen Leben. Gemäss Art. 29 BRK schliesst dies ausdrücklich auch das Recht und die Möglichkeit ein, gewählt zu werden. Wie die OSZE²⁸³ festhält, bestehen in der politischen Praxis vielerorts grosse Defizite, welche sich u.a. in einer markanten Untervertretung von Menschen mit Behinderung in politischen Instanzen ausdrücken.

Dies gilt auch für Schweiz. Das fundamentalste Defizit zeigt sich im fehlenden Stimmrecht von Menschen unter umfassender Beistandschaft (darunter überproportional Menschen mit geistiger oder psychischer Beeinträchtigung) fast überall in der Schweiz. Allerdings steht die Schweiz damit nicht allein da. So nannte die EU-Grundrechteagentur in einem Bericht aus dem Jahr 2013 nur eine sehr begrenzte Anzahl von europäischen Staaten, die den Ansatz des «Nicht-Ausschlusses» von bzw. des vollen Einbezugs von Menschen mit Be-

278 CRPD, General Comment No. 3 (Fn. 275), z.B. Rz. 2. Hierzu ROXANNE MYKITIUK und ENA CHADHA, Art. 6 CRPD: Women with Disabilities, in: Bantekas/Stein/Anastasiou (Fn. 237), S. 184.

279 So fragt MERCAT-BRUNS, ob allenfalls das Verbot der indirekten Diskriminierung Möglichkeiten bietet, mit den praktischen Schwierigkeiten der intersektionellen Diskriminierung umzugehen; MARIE MERCAT-BRUNS, Multiple discrimination and intersectionality: issues of equality and liberty, *International social science journal*, 2017-03, Vol. 67 (223–224), S. 43–54, S. 54.

280 SILVIA ULRICH, Zur Mehrdimensionalität der Gleichheitsgarantien, in: Ulrich/Greif/Neuwirth (Hrsg.), *Kritisches Rechtsdenken I. Von der feministischen Rechtsgeschichte zu Legal Gender Studies*, Linz 2020, S. 129–156, S. 148.

281 CRPD, General Comment No. 3 (Fn. 275), Rz. 60.

282 Idem, Rz. 18.

283 OSCE (Fn. 267), S. 11.

hinderungen in das Stimmrecht gewählt haben.²⁸⁴ Ausserhalb Europas wird in der Literatur Japan als ein Beispiel für ein Land mit umfassenden politischen Rechten genannt.²⁸⁵ Ähnlich wie in den Niederlanden spielte übrigens auch hier ein Gerichtsentscheid, *Takumi Nagoya*,²⁸⁶ eine wichtige Rolle in der Rechtsentwicklung (wobei das Gericht den Entzug des Wahlrechts einer Frau mit Down-Syndrom als verfassungswidrig einstufte, ohne auch auf das Völkerrecht abzustellen).

Im Schattenbericht zum ersten BRK-Staatenbericht der Schweiz bemerkt Inclusion Handicap, dass an die Stelle des Ausschlusses von Menschen mit geistiger Behinderung vom Stimmrecht besser das Angebot einer Unterstützung im Bedarfsfall treten würde.²⁸⁷ Hierfür könnten u.a. Informationen in leichter Sprache hilfreich sein. Der Bundesrat verweist in seiner Beantwortung einer Motion von Nationalrätin REGULA RYTZ²⁸⁸ auf den Bericht «Behindertenpolitik» von 2018.²⁸⁹ Hier hatte er Massnahmen zur Förderung einer barrierefreien Kommunikation beschlossen, um so u.a. den Anforderungen des BehiG und der BRK Rechnung zu tragen. Zugleich hiess der Bundesrat die Einsetzung einer interdepartementalen Arbeitsgruppe zur Behindertenpolitik gut. Zu ihrem Mandat gehört es auch, einen Umgang mit der leichten Sprache zu entwickeln. Gewisse Informationen liegen schon jetzt in leichter Sprache vor.²⁹⁰ Sinnvoll wären auch Nachrichtensendungen in einfacher Sprache, wie beispielsweise der

284 FRA, The right to political participation (Fn. 268), S. 19 f. Vgl. auch THEUNS (Fn. 225), S. 21 ff.

285 RYAN/HENDERSON/BONYTHON (Fn. 256), S. 1047 ff. Der Artikel vergleicht die Rechtslage in Australien mit jener in Japan.

286 Bezirksgerichts Tokyo, *Takumi Nagoya* (2013), 45 Jissen Seinenkouken 92, 102. Dazu Inclusion International, Deprivation of voting rights found unconstitutional in Japan, 14. März 2013, <<https://inclusion-international.org/deprivation-of-voting-rights-found-unconstitutional-in-japan/>>, sowie Inclusion International, Voting Rights Restored by the Revision of Election Law in Japan, <<https://inclusion-international.org/voting-rights-restored-by-the-revision-of-election-law-in-japan/>>.

287 Inclusion Handicap, Bericht der Zivilgesellschaft anlässlich des ersten Staatenberichtsverfahrens vor dem UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, Bern 2017, S. 136. Am 8. Juni 2021 nahm der Ständerat das Postulat 21.3296 von SR MARINA CARROBIO GUSCETTI, «Menschen mit einer geistigen Behinderung sollen umfassend am politischen und öffentlichen Leben teilhaben können», 18. März 2021, <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20213296>>, an. Es will den Bundesrat beauftragen, einen Bericht vorzulegen, der die Massnahmen aufzeigt, die es braucht, damit Menschen mit einer geistigen Behinderung uneingeschränkt am politischen und öffentlichen Leben teilhaben können gemäss dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung, was auch das Recht und die Möglichkeit einschliesst, zu wählen und gewählt zu werden.

288 Motion 18.4395 von NR REGULA RYTZ «Leichte Sprache in Abstimmungserläuterungen und weiteren Informationen des Bundes», 14. Dezember 2018, <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20184395>>.

289 Behindertenpolitik. Bericht des Bundesrates vom 09.05.2018, <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/52345.pdf>>.

290 Z.B.: Die Parlamentswahlen 2019. Informationen in leichter Sprache, <<https://www.ch.ch/de/wahlen2019/leichte-sprache-aggro/>>; sowie Das Parlament – in leichter Sprache, <<https://www.parlament.ch/de/%C3%BCber-das-parlament/leichte-sprache>>.

Wochenrückblick des Deutschlandfunks.²⁹¹ Generell dürfte für die Schweiz gelten, dass mit Blick auf die Erleichterung bzw. Ermöglichung der Ausübung des Stimmrechts von Menschen mit Behinderung auch im Rahmen des heutigen, eingeschränkten Regimes mehr getan werden könnte bzw. sollte. Besondere Massnahmen sind zudem erforderlich, sobald die heute geltenden Einschränkungen mit Bezug auf das Stimmrecht aufgehoben sind.

Schliesslich hält das Schweizerische Kompetenzzentrum für Menschenrechte fest, dass sich die Thematik der Mehrfachdiskriminierung in der Schweiz durch fehlende Gerichtspraxis und Rechtsunsicherheit auszeichnet.²⁹² KLEBER²⁹³ gelangt in ihrer Detailuntersuchung zum Thema letztlich zum gleichen Befund («peut d'indications en la matière»). Auch hier bleibt viel zu tun.

F. Stimmrecht von Jugendlichen

I. Völkerrechtlicher Kontext

Im Vergleich zu Behinderungen ist das Völkerrecht mit Blick auf das Alter als Kriterium für die politischen Rechte und Diskriminierung viel vager. Nach Art. 25 UNO-Pakt II besteht das Stimm- und Wahlrecht «ohne Unterschied nach den in Artikel 2 genannten Merkmalen und ohne unangemessene Einschränkungen», wobei das Alter in der offenen Aufzählung von Merkmalen in Art. 2 nicht ausdrücklich erscheint. Der UNO-Menschenrechtsausschuss anerkennt aber, dass eine Unterscheidung nach dem Alter zu einer verbotenen Diskriminierung führen kann.²⁹⁴ Zudem bezieht er den Begriff der «unangemessenen Einschränkungen» in Art. 25 UNO-Pakt II u.a. auf das Alter.²⁹⁵

291 TANJA KÖHLER, Nachrichten in Einfacher Sprache sind ein Beitrag zur Inklusion, 24. September 2018, <https://www.deutschlandfunk.de/gesellschaft-nachrichten-in-einfacher-sprache-sind-ein.2852.de.html?dram:article_id=428932>.

292 Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR), Mehrfachdiskriminierung, <https://www.gendercampus.ch/public/user_upload/Factsheet_Mehrfachdiskriminierung.pdf>, S. 2. Siehe im neuen Schrifttum BENEDICT VISCHER, Justitias Entschleierung. Das schweizerische Bundesgericht und das deutsche Bundesverfassungsgericht zu Verboten religiöser Symbole für Gerichtspersonal, Jusletter 18. Januar 2021, Rz. 32, hier im Zusammenhang mit dem Tragen religiös motivierter Kleidung und der Kombination der Diskriminierungskriterien von Geschlecht und Religion aus Anlass von BGE 2C_546/2018.

293 KLEBER (Fn. 277), S. 177 ff.

294 Para. 8.2 der Mitteilung des Menschenrechtsausschusses zum Fall *John K. Love et al. v. Australia*, Communication No. 983/2001, U.N. Doc. CCPR/C/77/D/983/2001 (2003), im Zusammenhang mit Art. 26 UNO-Pakt II: «[...] the Committee takes the view that a distinction related to age which is not based on reasonable and objective criteria may amount to discrimination on the ground of «other status» under the clause in question, or to a denial of the equal protection of the law within the meaning of the first sentence of article 26.»

295 CCPR, General Comment No. 25 (Fn. 11), Rz. 4.

«[I]t may be reasonable to require a higher age for election or appointment to particular offices than for exercising the right to vote, which should be available to every adult citizen.»

Die Nennung von Erwachsenen impliziert eine Mindestaltersgrenze für das Stimmrecht, wie sie im Übrigen auch der EGMR im Rahmen von Art. 3 des Zusatzprotokolls Nr. 1 zur EMRK grundsätzlich akzeptiert.²⁹⁶ In der zitierten Aussage wird allerdings nicht definiert, was unter «erwachsen» zu verstehen ist. Es ergibt sich im Umkehrschluss aus der Definition des Kindes. Gemäss Art. 1 der UNO-Kinderrechtskonvention (KRK), die auch in der Schweiz gilt,²⁹⁷ ist «ein Kind jeder Mensch, der das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat, soweit die Volljährigkeit nach dem auf das Kind anzuwendenden Recht nicht früher eintritt». Die Art. 12 und 13 KRK statuieren zwar das Recht von Kindern auf Meinungsbildung und Meinungsäusserung, sehen aber nicht ausdrücklich vor, dass ihnen politische Rechte gewährt werden müssten. In einem Fall aus Deutschland, wo ein 16-Jähriger gestützt auf die KRK auf Gewährung des Stimmrechts klagte, äusserte sich der KRK-Ausschuss aus verfahrensrechtlichen Gründen nicht zur inhaltlichen Frage.²⁹⁸ Der Ausschuss betont aber die Bedeutung der Partizipation als Mittel des politischen und zivilen Engagements, durch das Jugendliche für die Verwirklichung ihrer Rechte verhandeln und eintreten und die Staaten zur Verantwortung ziehen können. Er schliesst daraus, dass die Staaten Massnahmen ergreifen sollten, um die Möglichkeiten zur politischen Beteiligung zu erhöhen.²⁹⁹ In der wissenschaftlichen Diskussion werden vereinzelt Argumente zugunsten eines bereits bestehenden Kinderstimmrechts vertreten, darunter, die KRK deute letztlich darauf hin,³⁰⁰ oder aber, der Begriff des «sonstigen Status» in Art. 2 UNO-Pakt II sei so zu verstehen, dass er auch den Status als Kind umfasse.³⁰¹

Vor dem geschilderten Hintergrund hat sich eine unterschiedliche Staatenpraxis zum Stimmrecht von Jugendlichen entwickelt. Die Schweiz folgt hier

296 EGMR, Urteil vom 6. Oktober 2005, *Hirst gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 74025/01, E. 62: «For example, the imposition of a minimum age may be envisaged with a view to ensuring the maturity of those participating in the electoral process [...]». Die Schweiz hat das Zusatzprotokoll Nr. 1 nicht unterzeichnet.

297 Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989, SR 0.107.

298 CRC, Decision adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, concerning communication No. 60/2018, 4. Februar 2020. Dazu DANIELLA ZLOTNIK RAZ, Case note 2020/4 Communication 60/2018 D.C. v. Germany, Exclusion from voting on the basis of age, <<https://childrensrightsobservatory.nl/case-notes/casenote-2020-4>>.

299 CRC, General comment No. 20 (2016) on the implementation of the rights of the child during adolescence, CRC/C/GC/20, Rz. 24.

300 So DANIELLA ZLOTNIK, The Future of Adolescents' Right to Vote and Political Participation, Leiden Law Blog vom 3. Juli 2017, <<https://leidenlawblog.nl/articles/the-future-of-adolescents-right-to-vote-and-political-participation>>.

301 Idem, online-Diskussionsbeitrag eines nicht näher bezeichneten JAAP.

einem gewissen, wenn auch bisher begrenzten Trend, welcher ein Stimmrechtsalter von 16 Jahren diskutiert oder bereits eingeführt hat.

II. Regelung im föderalistischen System der Schweiz

Art. 136 Abs. 1 BV nennt für die Bundesebene ein Stimmrechtsalter von 18 Jahren. Früher lag dieses Alter bei 20 Jahren. Es wurde im Jahr 1991 als «würdiges Geschenk an die Jugend zur 700-Jahr-Feier [der Eidgenossenschaft]» auf die heute geltende Altersgrenze gesenkt.³⁰² Seitdem sind mehrere Versuche zu einer weiteren Senkung unternommen worden.³⁰³ Schliesslich wurde einer parlamentarischen Initiative von Nationalrätin SIBEL ARSLAN zugunsten des aktiven Stimmrechts ab 16 Jahren Folge geleistet; sie ist im Bundesparlament hängig.³⁰⁴ In der jugendlichen Zivilgesellschaft wird diese Entwicklung sehr begrüsst.³⁰⁵

Auch hier können die Kantone für die kantonale und kommunale Ebene eine andere Regelung vorsehen. Davon machten sie bereits vor 1991 Gebrauch.³⁰⁶ Anschliessend senkte aber einzig Glarus das Stimmrechtsalter weiter und führte 2007 die Landsgemeinde die tiefere Altersgrenze von 16 Jahren für das aktive Wahlrecht ein.³⁰⁷ In anderen Kantonen sind diverse Vorstösse gescheitert.³⁰⁸ Das Thema dürfte u.a. im Rahmen von kantonalen Verfassungsrevisionen (wieder) zur Sprache kommen.³⁰⁹ Einstweilen behilft man sich teilweise mit weniger weit gehenden Alternativinstrumenten wie z.B. dem Jugendantrag der Berner Gemeinde Burgdorf (der im Übrigen auch ausländischen Jugendlichen zur

302 Dazu ANDREAS KLEY, Geschichtliche Einleitung, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Fn. 27), Rz. 35.

303 Dazu VÉRONIQUE BOILLET, Le corps électoral fédéral, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz. Droit constitutionnel suisse, Zürich 2020, Band III Verfassungsorgane Verfahren Bereichsverfassungen, S. 1657–1676, S. 1667.

304 Parlamentarische Initiative 19.415 «Den jungen Menschen eine Stimme geben. Aktives Stimm- und Wahlrecht für 16-Jährige als erster Schritt ins aktive politische Leben» von NR SIBEL ARSLAN, 21. März 2019, <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AfairId=20190415>>.

305 Siehe etwa <<https://www.stimmrechtsalter16.ch/>>.

306 ADRIAN VATTER, Das politische System der Schweiz, 4. Vollständig aktualisiert Auflage, Baden-Baden, S. 68.

307 Art. 56 Abs. 1 i.V.m. Art. 57 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Glarus vom 1. Mai 1988, SR 131.217. Siehe hierzu Landsgemeinde 2007, <<https://landsgemeinde.gl.ch/sites/default/files/archiv/2007/07.htm>>, sowie zum Antrag <https://landsgemeinde.gl.ch/sites/default/files/archiv/2007/memorial/memorial_07_07.pdf>.

308 KLEY, Art. 136 (Fn. 199), Rz. 7.

309 Darauf wird im Zusammenhang mit den Appenzeller Revisionen hingewiesen; HANSPETER STREBEL, Pragmatischer Ansatz – kaum Aufbruchstimmung, in: APPENZELLISCHE GEMEINNÜTZIGE GESELLSCHAFT (Fn. 71), S. 92–93, S. 93. In Ausserrhoden sieht Art. 65 des Entwurfs der revidierten Kantonsverfassung das Stimmrechtsalter 16 vor; siehe <<https://www.ar.ch/regierungsrat/totalrevision-kantonsverfassung/>>.

Verfügung steht).³¹⁰ Dies ist lediglich ein Beispiel aus einer ganzen Reihe von solchen Instrumenten. Laut der Literatur handelt es sich um eine Unterart der Volksmotion,³¹¹ durch welche auch Nicht-Stimmberechtigten gewisse politische Rechte eingeräumt werden können.³¹²

III. Gleichstellung oder Demokratie?

Seit der Revision der Bundesverfassung nennt Art. 8 Abs. 2 BV das Alter ausdrücklich als Diskriminierungsmerkmal.³¹³ Damit gehört die Schweiz in Europa zu den Ausnahmen: Wie PÖSCHL³¹⁴ bemerkt, erscheint das Alter in den Diskriminierungsverboten der europäischen Verfassungstexte kaum je explizit. Dies schliesst nicht aus, dass durch gerichtliche Auslegung anerkannt wird, dass eine unterschiedliche Behandlung aufgrund des Alters u.U. verboten ist, so z.B. in den Niederlanden bereits seit 1988.³¹⁵ Heute erscheint das Alter auch im modernen EU-Recht als Diskriminierungskriterium (v.a. in Art. 21 der EU-Grundrechtcharta³¹⁶ sowie in der Richtlinie 2000/78 für den Bereich Beschäftigung und Beruf).³¹⁷

Zugleich gilt das Alter noch immer als «Neuling und Sonderling», der im Diskriminierungsrecht einen besonderen Platz einnimmt.³¹⁸ In der Schweiz kommt dies in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Ausdruck, welche die Bedeutung des Alters als Diskriminierungsmerkmal relativiert: Danach ist das Alter verglichen mit anderen Diskriminierungsgründen besonderer Natur, da es nicht an eine historisch schlechtergestellte oder politisch ausgegrenzte Gruppe anknüpft. Nach dem Bundesgericht liegt deshalb ein atypischer Diskriminierungstatbestand vor, der sich trotz ausdrücklicher Nennung in Art. 8 Abs. 2 BV in der praktischen Anwendung dem allgemeinen Gleichheitssatz von Art. 8 Abs. 1 BV nähert (BGE 1C_295/2019, 1C_357/2019, E. 5.2, mit weiteren Hinweisen auf frühere Rechtsprechung):

310 Art. 26 der Gemeindeordnung der Stadt Burgdorf vom 26. November 2000, <https://www.burgdorf.ch/de/verwaltung/dokumente/dokumente/GO_Januar2016.pdf>.

311 CORSIN BISAZ, Jugend- und Ausländermotionen. Politische Mitwirkungsrechte von Personen ohne Stimmrecht – ein neues Phänomen auf Gemeindeebene, AJP 2016, S. 1356–1367, sowie NEVIN MARTINA BUCHER, Das Jugendvorstossrecht in den Gemeinden, Zürich 2019, S. 219.

312 BUCHER (Fn. 311), S. 228.

313 Hierzu insb. VINCENT MARTENET, Géométrie de l'égalité, Basel/Genf/Paris/Brüssel 2003, Rz. 895 ff.

314 MAGDALENA PÖSCHL, Altersdiskriminierung und Verfassung, in: WiR – Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg.), Alter und Recht, Wien 2012, S. 47–70, S. 48.

315 Dazu CHRISTA TOBLER, Altersdiskriminierung im EG-Recht, in: Epiney/Wyssling (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2006/2007, Bern/Zürich/Basel/Genf 2007, S. 283–303, S. 286.

316 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. 2016 C 202/389.

317 Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000 L 303/16.

318 So wiederum PÖSCHL (Fn. 314), S. 55 ff. – statt vieler.

«In Bezug auf die Gründe, die eine Schlechterstellung wegen des Alters rechtfertigen können, geht Art. 8 Abs. 2 BV nicht über die Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes hinaus. Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung ist aber ein etwas strikterer Massstab anzuwenden, um so dem mit Art. 8 Abs. 2 BV gewollten höheren Schutz Rechnung zu tragen.»

Dieser Ansatz findet in der Schweizer Literatur Zustimmung.³¹⁹

Der erwähnte Bundesgerichtsentscheid betraf ein Höchstalter für die Wählbarkeit in ein Richteramt.³²⁰ Höchstaltersgrenzen können auch für politische Ämter und damit die politische Partizipation relevant sein, betreffen aber nicht das hier interessierende Stimmrecht von *Jugendlichen*. MÜLLER³²¹ bemerkt zur Nennung des Alters in Art. 8 Abs. 2 BV, dass in der Beratung zu dieser Bestimmung primär die Gruppe der Jugendlichen im Mittelpunkt des anvisierten Schutzes stand (daneben auch die Älteren). Gleichzeitig gelten aber die erwähnten Mindestaltersgrenzen des Schweizer Rechts als erlaubte Einschränkungen des allgemeinen Stimm- und Wahlrechts und nicht als Verstoß gegen das Gebot der Rechtsgleichheit, sofern sie auf sachlichen Gründen beruhen, massvoll sind und die Wahlmöglichkeiten nicht unverhältnismässig einengen.³²²

Mindestaltersgrenzen für das Stimmrecht werden im Allgemeinen damit gerechtfertigt, dass es – um mit COOK³²³ zu sprechen – vernünftig ist, Kompetenz von denjenigen zu verlangen, die an kollektiven Entscheidungen teilnehmen: «A minimum voting age is regarded as the most effective and least disrespectful way to ensure a sufficiently competent electorate». Das Thema ist umstritten. Auf der einen Seite sehen HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR³²⁴ ein Mindestalter für die politischen Rechte als geradezu nötige Verschiedenbehandlung

319 Z.B. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (Fn. 66), Rz. 776, sowie RAINER J. SCHWEIZER, Art. 8, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Fn. 27), Rz. 71, mit weiteren Hinweisen. Siehe auch bereits MARTENET (Fn. 313), Rz. 897 ff., sowie BERNHARD WALDMANN, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, unter besonderer Berücksichtigung der völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote einerseits und der Rechtslage in den USA, in Deutschland, Frankreich sowie im europäischen Gemeinschaftsrecht andererseits, Bern 2003, S. 732 f.

320 Zu Altersgrenzen insb. DANIEL KETTIGER, Zur rechtlichen Problematik von Altersgrenzen für öffentliche Ämter, Jusletter 19. August 2002, weiter BERNHARD WALDMANN, Altersgrenzen im Recht, in: Hänni (Hrsg.), Mensch und Staat/L'homme et l'Etat, Festschrift/Mélanges Thomas Fleiner, Zürich 2003, S. 469–483, sowie KURT PÄRLI, Altersgrenzen als Diskriminierungsproblem: Die Zulässigkeit von Altersgrenzen im Lichte von völker-, verfassungs- und europarechtlicher Diskriminierungsverbote, in: Lorandi/Staehelin (Hrsg.), Innovatives Recht: Festschrift für Ivo Schwander, Zürich/St. Gallen 2011, S. 107–124.

321 JÖRG PAUL MÜLLER, Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 der neuen Bundesverfassung, in: Berner Tage für die juristische Praxis – BTJP 1999, Die neue Bundesverfassung. Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft, Bern 2000, S. 103–129, S. 119.

322 So z.B. SCHWEIZER (Fn. 319), Rz. 26, mit weiteren Hinweisen.

323 PHILIP COOK, Against a minimum voting age, Critical Review of International Social and Political Philosophy, 2013, 16:3, S. 439–458, S. 439.

324 HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (Fn. 66), Rz. 774.

und ist laut RUIZ ROBLEDO³²⁵ ein Mindestwahlalter notwendig, damit Wahlen legitim sind. Auf der anderen Seite hält COOK ein Mindeststimmrechtsalter für unsachgemäss und plädiert stattdessen für ein Verfahren zur Prüfung der Mindestwahlkompetenz von Jugendlichen; hier zeigt sich eine Parallele zur Diskussion um das Stimmrecht von Menschen mit Behinderung (dazu oben E. III.2.f.). Andere sprechen sich für eine generelle Senkung des Stimmrechtsalters aus und führen philosophische und psychologische Argumente zur Urteilsfähigkeit der Jugendlichen ins Feld.³²⁶ Umgekehrt gehen wieder andere von einem markanten Reifeunterschied zwischen 16- und 17-Jährigen im Vergleich zu 18-Jährigen aus.³²⁷

Tatsächlich liegt ein Hauptproblem des chronologischen Alters³²⁸ als Kriterium z.B. für das Stimmrecht in der Relativität des Alters, welches als gleitendes bzw. fließendes Lebensphänomen und angesichts individuell unterschiedlicher Entwicklungsschritte letztlich jede numerische Grenze willkürlich erscheinen lässt (so denn auch das «Child Rights International Network» mit Blick auf das Stimmrecht für Kinder).³²⁹ Insofern handelt es sich um eine ähnliche Problematik wie der fehlende objektive «cut-off point» im Fall von geistigen Behinderungen (dazu wiederum oben E. III.2.f.), dies aber mit dem rechtlichen Unterschied, dass die BRK für Menschen mit Behinderung ein Stimmrecht ohne Einschränkungen statuiert.

Die in der Schweiz vorgebrachten Argumente zugunsten des Stimmrechtsalters 16 stützen sich vor diesem Hintergrund weniger auf Gleichstellungsargumente als vielmehr auf die Betroffenheit von demokratischen Entscheidungen und die Stärkung der Demokratie – ähnlich wie beim Stimmrecht für ausländische Staatsangehörige (dazu unten G.III.1.). In der juristischen Literatur wird gerne der Vorschlag (bzw. die «provokative These»)³³⁰ des Philosophen HANS SANER zum Stimmrechtsalter Null erwähnt. SANER argumentierte mit der Betroffenheit der Kinder durch die Politik und die stärkere Gewichtung der Fami-

325 RUIZ ROBLEDO (Fn. 17), S. 233.

326 So TOMMY PETO, Too Immature to Vote? A Philosophical and Psychological Argument to Lower the Voting Age, *Erasmus Law Review* 2020 No. 1, S. 60–77; derselbe, Why the voting age should be lowered to 16, *Politics, philosophy & economics*, 2018-08, Vol. 17 (3), S. 277–297.

327 So z.B. JOHANNES BERGH, Does voting rights affect the political maturity of 16- and 17-year-olds? Findings from the 2011 Norwegian voting-age trial, *Electoral Studies*, 2013, volume 32, issue 1, S. 90–100, mit weiteren Hinweisen.

328 Zu unterschiedlichen Altersbegriffen aus der Sicht der Soziologie – nämlich chronologisch, sozial und psychologisch – siehe HELEN MEENAN, Age discrimination – Of Cinderella and *The Golden Bough*, in: Meenan (Hrsg.), *Equality Law in an Enlarged European Union. Understanding the Article 13 Directives*, Cambridge 2007, S. 278–312, S. 279.

329 CRIN, Child Rights International Network, Right to vote, <<https://archive.crin.org/en/home/what-we-do/policy/minimum-ages/right-vote.html>>. Diese Organisation ist der Auffassung: «That a child is interested in politics and voting is indication enough of capacity and potential.»

330 So ANTON HÜGLI, In Memoriam: Hans Saner (1934–2017), *Studia philosophica* 77/2018, S. 5–8, S. 6 f.

lie.³³¹ Laut KLEY hat sein Vorschlag einiges für sich.³³² BOILLET³³³ verweist dagegen auf andere Meinungen, wonach ein Kinderstimmrecht zur einer dem Gleichheitsprinzip widersprechenden Bevorzugung der Eltern führen würde. BOILLET selber spricht sich im Sinne eines praktischen Kompromisses für das Stimmrechtsalter 16 aus. Sie stützt sich dabei auf das Demokratieargument und verweist auf die Alterung der Gesellschaft und sowie auf eine Resolution der parlamentarischen Versammlung des Europarats,³³⁴ wonach ein Stimmrechtsalter von 16 bis 17 Jahren die Demokratie stärken würde.

Die Plattform www.stimmrechtsalter16.ch verweist ebenfalls auf Demokratieerwägungen, daneben aber auch auf gesellschaftliche Veränderungen. Unter dem Titel «Mehr Demokratie wagen!» nennt sie die folgenden Argumente und Überlegungen:

«Eine neue politische Generation – Es entsteht eine Generation, die nicht nur zuschauen, sondern politisch mitgestalten will. Nicht nur Grossereignisse wie der Klima- oder der Frauenstreik politisieren die neue Generation. Die Veränderung ist schleichender und längst da: Soziale Medien wecken durch politische Inhalte immer früher das Interesse von Jungen Erwachsenen.

Balance der Demokratie in Gefahr – Gleichzeitig ist der Medianwählende in der Schweiz 57 Jahre alt. Das heisst, der Teil der Bevölkerung, der über 57 Jahre alt ist, hat das gleiche politische Gewicht [...] wie die unter 57 Jährigen. Und laut dem Think-Tank «Avenir» erhöht sich alle vier Jahr das Medianalter um ein weiteres Jahr. Damit gerät die Schweizer Demokratie in eine Schieflage mit verheerenden Folgen: Die Jungen werden vom demokratischen System abgehängt.

Jugendliche aktiv ins System einbinden – In einer lebendigen Demokratie soll die neue Generation in die Prozesse des politischen Systems eingeführt werden. Jugendlichen das Stimmrechts zu gewähren, bedeutet zu sagen: «Eure Stimme zählt, ihr seid Teil der Demokratie!» [...]

Die Hinweise auf eine politisch aktivere Jugend und die Klimabewegung finden sich im Übrigen auch im Beitrag von GERHARD³³⁵ im Buch «50 Jahre Frauenstimmrecht. 25 Frauen über Demokratie, Macht und Gleichberechtigung». Ihr Beitrag geht damit bewusst über die Geschlechtergleichstellung hinaus und spannt den Bogen zu weiteren Themen, welche für die Entwicklung hin zu einer integrativen Demokratie relevant sind.

331 Ähnlich die Denkfabrik avenir suisse, «Die Jungen sollen wissen, wie wichtig ihre Stimme ist», 21. Juni 2016, <<https://www.avenir-suisse.ch/die-jungen-sollen-wissen-wie-wichtig-ihre-stimme-ist/>>.

332 ANDREAS KLEY, Art. 136 (Fn. 199), Rz. 6.

333 BOILLET (Fn. 303), S. 1668 f., mit weiteren Literaturhinweisen.

334 Council of Europe, Parliamentary Assembly, Resolution 1826 (2011), Expansion of democracy by lowering the voting age to 16, 23. Juni 2011.

335 FINA GERHARD, «Warum es Sinn macht, schon mit 16 zu wählen», in: Rohner/Schäppi (Fn. 6), S. 47–50.

IV. Auf dem Weg zum Stimmrechtsalter 16

Beim heutigen Stand des Völkerrechts besteht kein (gleichberechtigtes) Stimmrecht für Kinder oder Jugendliche. Möglichweise wird die Schweiz aber auch ohne eine völkerrechtliche Pflicht das aktive Stimmrecht für 16-Jährige auf der Bundesebene einführen und damit dem Vorreiterkanton Glarus folgen. Mit Blick auf den demographischen Wandel und aus der Sicht der Erweiterung der Demokratie ist dies nach der hier vertretenen Auffassung zu begrüßen.

Damit würde die Schweiz Teil einer (bislang kleinen) Gruppe von Staaten und Territorien, in denen das Stimmrecht von 16-Jährigen bereits Realität ist.³³⁶ Im internationalen Schrifttum werden die empirischen Erfahrungen mit dem Stimmrechtsalter 16 vergleichend diskutiert. Die Erfahrungen unterscheiden sich naturgemäss, wobei u.a. das politische Umfeld eine Rolle spielt (z.B. in Schottland die Zulassung ab Alter 16 erstmals für die Abstimmung über die Unabhängigkeit).³³⁷ Insgesamt scheint in vielen Fällen eine positive Wirkung auf das politische Engagement junger Menschen festzustellen sein.³³⁸

Gleichzeitig wird in der Literatur die Wichtigkeit von Begleitmassnahmen wie Sensibilisierungskampagnen und v.a. fundiertem, staatsbürgerlichem Schulunterricht betont.³³⁹ Im gleichen Sinn äussert sich auch der KRK-Ausschuss:³⁴⁰

«If States decide to lower the voting age to under 18 years, they should invest in measures that support adolescents to understand, recognize and fulfil their role as active citizens, including through citizenship and human rights education and by identifying and addressing barriers to their engagement and participation.»

Hier zeigt sich bis zu einem gewissen Grad eine Parallele mit der Thematik des Stimmrechts für Menschen mit Behinderung, wo Unterstützungsmassnahmen erforderlich sein können, damit das Stimmrecht sinnvoll ausgeübt werden kann (siehe oben E. III.2.d.). Schliesslich wird – unabhängig vom Stimmrechtsalter – mit Blick auf das Anliegen, junge Menschen vermehrt für die Politik zu interes-

336 Siehe dazu: Voting Age Around the World, <<https://blog.batchgeo.com/voting-age-around-the-world/>> sowie im EU-Kontext: FRA, Children's right to vote, <<https://fra.europa.eu/en/publication/2017/mapping-minimum-age-requirements/right-to-vote>>.

337 CHRISTINE HÜBNER und JAN EICHHORN, Votes at 16 in Scotland: Political Experiences Beyond the Vote Itself, in: Eichhorn/Bergh (Hrsg.), Lowering the voting age to 16: learning from real experiences worldwide, Cham 2020, S. 121–142.

338 JAN EICHHORN und JOHANNES BERGH, Conclusion, in: Eichhorn/Bergh (Fn. 337), S. 231–241, S. 236.

339 Dazu allgemein HENRY MILLER, Political Knowledge, Civic Education and Voting at 16, in: Eichhorn/Bergh (Fn. 337), S. 65–79, S. 69, sowie im selben Band für Österreich JULIAN AICHOLZER und SYLVIA KRITZINGER, Voting at 16 in Practice: A Review of the Austrian Case, S. 81–101, S. 83.

340 CRC, General Comment No. 20 (Fn. 299), Rz. 24.

sieren und sie zum Abstimmen zu motivieren, auf die hierfür vermutlich positive Rolle des e-voting hingewiesen³⁴¹ (dazu unten H. III.).

G. Stimmrecht von ausländischen Staatsangehörigen in der Schweiz

I. Völkerrechtlicher Kontext

Für die Schweiz besteht keine völkerrechtliche Verpflichtung zur Gewährung des Stimmrechts an ausländische Staatsangehörige. Art. 25 UNO-Pakt II nennt nur die *eigenen* Staatsangehörigen eines Vertragsstaats («jeder Staatsbürger»; in der englischen Originalversion «every citizen»). Anders als im Fall von anderen im UNO-Pakt II statuierten Rechten knüpft diese Bestimmung die politischen Rechte damit ausdrücklich an die Staatsangehörigkeit – wie LAPPIN³⁴² bemerkt, handelt es sich um das einzige Recht, das nicht als universelles Menschenrecht statuiert ist. Die politischen Rechte müssen sodann «ohne Unterschied nach den in Artikel 2 genannten Merkmalen und ohne unangemessene Einschränkungen» gewährt werden. Zu diesen Merkmalen gehört auch die nationale Herkunft. Angesichts des klaren Wortlautes von Art. 25 UNO-Pakt II kann sich dies aber jedenfalls im spezifischen Rahmen dieser Bestimmung nicht auf die Staatsangehörigkeit beziehen; es meint vielmehr Fälle wie die Gleichbehandlung von eingebürgerten Personen mit anderen Staatsangehörigen.³⁴³

Die Tatsache, dass Art. 25 UNO-Pakt II an die Staatsangehörigkeit anknüpft, schliesst gemäss dem UNO-Menschenrechtsausschuss nicht aus, dass politische Rechte in begrenztem Rahmen freiwillig auch Personen mit ausländischer Staatsangehörigkeit gewährt werden, z.B. wenn sie im Land wohnen.³⁴⁴ In solchen Fällen gilt in der Folge das Diskriminierungsverbot von Art. 2 UNO-Pakt II.³⁴⁵

Auf der Ebene des Europarats besteht das Übereinkommen über die Beteiligung von Ausländern am kommunalen öffentlichen Leben von 1992.³⁴⁶ Nach

341 MAJ-BRITT HORLACHER, Die politischen Rechte der Auslandschweizerinnen und Auslandschweizer, Zürich: Schulthess 2018, S. 132.

342 RICHARD LAPPIN, The Right to Vote for Non-Resident Citizens in Europe, International and Comparative Law Quarterly 65 (2016), 859–894, S. 860. Idem SCHABAS (Fn. 213), Art. 25 CCPR, Rz. 34.

343 SARAH JOSEPH und MELISSA CASTAN, The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials, and Commentary, 3rd edition, Oxford 2013, S. 726, Rz. 22.01 ff.

344 CCPR, General Comment No. 25 (Fn. 11), Rz. 3: «[...] State reports should indicate whether any groups, such as permanent residents, enjoy these rights on a limited basis, for example, by having the right to vote in local elections or to hold particular public service positions.»

345 JOSEPH/CASTAN (Fn. 243), S. 728, Rz. 22.04.

346 Übereinkommen über die Beteiligung von Ausländern am kommunalen öffentlichen Leben vom 5. Februar 1992, SEV Nr. 144.

Art. 6 gewähren die Signatarstaaten ausländischen Staatsangehörigen das aktive und passive Wahlrecht bei Kommunalwahlen, sofern diese Personen die gesetzlichen Voraussetzungen, wie sie für die eigenen Staatsangehörigen des betr. Staates gelten, erfüllen und sofern sie darüber hinaus in den letzten fünf Jahren ihren rechtmässigen und gewöhnlichen Aufenthalt im betreffenden Staat gehabt haben (wobei dies auf das aktive Wahlrecht beschränkt werden kann). Die Tatsache, dass – abgesehen vom Wohnsitzerfordernis – die gleichen Bedingungen wie für Angehörigen des betreffenden Staates gelten, zeigt den gleichstellungsrechtlichen Charakter der Vorschrift. Der erläuternde Bericht zum Übereinkommen³⁴⁷ weist zur Begründung auf den steigenden Anteil der ausländischen Bevölkerung und ihre Integration hin. Die Schweiz hat dieses Abkommen nicht unterzeichnet.

II. Regelung im föderalistischen System der Schweiz

LANGER³⁴⁸ spricht mit Bezug auf das Schweizer Recht von der «prinzipiell binäre[n] Haltung, wonach bei Schweizer Staatsbürgerschaft die politischen Rechte möglichst umfassend, ohne Staatsbürgerschaft aber gar nicht gewährt werden.» Art. 136 BV knüpft die politischen Rechte für die Bundesebene verbindlich an die schweizerische Staatsangehörigkeit. Einem Postulat von Nationalrat JEAN-CLAUDE RENNWALD, diese Anknüpfung im Interesse der Integration abzuschaffen und durch ein Wohnsitzerfordernis zu ersetzen, war kein Erfolg beschieden.³⁴⁹ Die Begründung für das Postulat bezog sich u.a. auf die Regelung in jenen Kantonen, welche das Stimmrecht für ausländische Staatsangehörige bereits eingeführt haben. Da Art. 136 BV nur für die Bundesebene gilt, können die Kantone für die kantonale und die kommunale Ebene eigene Regelungen vorsehen. Die Situation ist insofern ähnlich wie in den USA, wo ein Bundesgesetz seit 1996 die Teilnahme von ausländischen Personen an Wahlen auf der Bundesebene ausdrücklich verbietet.³⁵⁰ HORLACHER³⁵¹ weist darauf hin, dass eine Mehrheit der US-Bundesstaaten bis zum Ersten Weltkrieg das «alien suffrage» für Männer kannte, mit dem Ziel, die Einwanderung und die Integration der Eingewanderten zu fördern.

347 Explanatory Report to the Convention on the Participation of Foreigners in Public Life at Local Level, Strasbourg, 5. Februar 1992, <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800cb5e1>>, unter den Punkten 1.–3.

348 LANGER (Fn. 6), S. 78.

349 Postulat 00.3512 von NR JEAN-CLAUDE RENNWALD (Sozialdemokratische Fraktion), Stimmrecht für Ausländerinnen und Ausländer auf Bundesebene, 4. Oktober 2000, <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20003512>>.

350 Siehe dazu <https://ballotpedia.org/Laws_permitting_noncitizens_to_vote_in_the_United_States>.

351 HORLACHER (Fn. 341), S. 90 f.

In der Schweiz haben sich in Kantonen und Gemeinden unterschiedliche Ansätze entwickelt. Eine Übersicht des Bundesamtes für Statistik³⁵² nennt Neuenburg (den Vorreiterkanton auf diesem Gebiet) und Jura als einzige Kantone mit aktivem Stimmrecht für in der Schweiz wohnhafte ausländische Personen auf der kantonalen Ebene (im Jura allerdings mit Ausnahme von Abstimmungen über Verfassungsänderungen). Bedingung dafür sind nach Art. 3 Abs. 1 des jurassischen Gesetzes über die politischen Rechte³⁵³ ein zehnjähriger Wohnsitz in der Schweiz, wovon mindestens ein Jahr im Kanton Jura, bzw. nach Art. 37 Abs. 1 Buchst. c der Neuenburger Kantonsverfassung³⁵⁴ die Niederlassungsbewilligung und ein fünfjähriger Wohnsitz im Kanton (Letzteres entspricht auf der Kantonsebene dem im letzten Abschnitt erwähnten, die Schweiz allerdings nicht bindenden Recht des Europarats).

Bei den Gemeinden ist der Anteil mit Stimmrecht für in der Schweiz wohnhafte ausländische Personen höher und schliesst z.T. auch das passive Wahlrecht ein (Letzteres überwiegend in der Westschweiz). Gemäss HORLACHER³⁵⁵ kennen aber nur gerade Neuenburg und Basel-Landschaft für alle Gemeinden ein umfassendes Stimmrecht. Auch hier können Bedingungen gelten, so z.B. nach Art. 3 Abs. 3 des jurassischen Gesetzes über die politischen Rechte ein sechsjähriger Wohnsitz in der Schweiz, wovon mindestens ein Jahr im Kanton Jura und mindestens 30 Tage in der betreffenden Gemeinde. Ein interessantes Beispiel ist Appenzell Ausserrhoden, wo die Gemeinden nach Art. 105 Abs. 2 der Kantonsverfassung das Stimmrecht jenen ausländischen Staatsangehörigen erteilen können, die seit zehn Jahren in der Schweiz und davon seit fünf Jahren im Kanton wohnen und ein entsprechendes Begehren stellen – also ein Stimmrecht auf Abruf, das die Gemeinden einführen können, aber nicht müssen.

Wie im Fall der Jugendlichen (siehe oben F.II.) sind auf Gemeindeebene auch hier z.T. eingeschränktere Formen der Mitwirkung propagiert oder eingeführt worden, darunter etwa der Bevölkerungsantrag und die Partizipationsmotion.³⁵⁶ BUCHER³⁵⁷ weist auf einen problematischen Punkt jener Jugendvorstossrechte hin, die auch ausländischen Jugendlichen zur Verfügung stehen: Die diesen Jugendlichen eröffnete Möglichkeit der politischen Mitwirkung kann mit Eintritt der Volljährigkeit wieder enden – nämlich dort, wo nicht auch für ausländische Erwachsene ein Mitwirkungsinstrument besteht.

352 Bundesamt für Statistik, Gemeinden und Kantone mit Stimm- und Wahlrecht für Ausländer, <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bevoelkerung/migration-integration/integrationindikatoren/indikatoren/gemeinde-kantone-recht.html>>.

353 République et Canton du Jura, Loi sur les droits politiques du 26 octobre 1978, Nr. 161.1.

354 Constitution de la République et Canton de Neuchâtel du 24 septembre 2000, SR 131.233.

355 HORLACHER (Fn. 341), S. 146.

356 Nachweise bei LANGER (Fn. 6), S. 80; siehe auch hier BISAZ (Fn. 311).

357 BUCHER (Fn. 311), S. 227.

Insgesamt stellt LANGER³⁵⁸ fest, dass die politische Partizipation von ausländischen Staatsangehörigen in der Schweiz auf der kantonalen und der kommunalen Ebene weiterhin die Ausnahme ist. Selbst in Kantonen, die das Frauenstimmrecht früher als der Bund eingeführt hatten, scheiterten entsprechende Vorstösse z.T. mehrfach. Hier wiederholt sich bis zu einem gewissen Grad die Geschichte des Frauenstimmrechts: «Die Ausländer von heute sind die Frauen von damals», so LINDA KOPONEN Anfangs 2021 in der NZZ.³⁵⁹

III. Gleichstellung oder Demokratie?

1. Argumente gegen die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit

AUBERT³⁶⁰ bemerkt, dass die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit in Art. 136 BV noch von der verbreiteten Vorstellung der Demokratie ausgeht, wonach das Schicksal eines Staates, soweit es von politischen Entscheidungen abhängt, denen gehört, die am meisten mit ihm verbunden sind, nämlich den eigenen Staatsangehörigen. Er fügt in einer Fussnote hinzu: «Alors qu'une vue plus rationnelle des choses conduirait plutôt à donner des droits politiques à ceux qui *subissent les effets de la politique*, c'est à dire, en général, aux personnes (majeures) *domiciliées* durablement dans le pays, indépendamment de leur nationalité.» AUBERT spricht sich damit klar für ein Stimmrecht auch von ausländischen Staatsangehörigen mit Schweizer Wohnsitz aus. Wesentlich ist in seiner Sicht, wer von demokratischen Entscheiden betroffen ist.

Die Eidgenössische Migrationskommission (EMK)³⁶¹ verweist auf den hohen Anteil von ausländischen Personen an der Schweizer Wohnbevölkerung – fast ein Viertel – und auf den Gewinn des Einbezuges der Bevölkerung in Entscheidungsprozesse und die daraus folgende Legitimität des demokratischen Systems und seiner Strukturen. Die EMK plädiert deshalb für einen Perspektivenwechsel im Sinne des Konzeptes der *citoyenneté*:

«Alle Bewohnerinnen und Bewohner dieses Landes sollen unabhängig von ihrer Nationalität als «Citoyens» betrachtet und behandelt werden. Diese Anerkennung ist notwendig, damit sie als «Citoyennes» und «Citoyens» handeln und die gesellschaftlichen Verhältnisse aktiv mitgestalten können. Der Einbezug der gesamten Bevölkerung in politische Entscheidungsprozesse ist ein unverzichtbarer Beitrag zur Stärkung der Demokratie.»

358 LANGER (Fn. 6), S. 77 ff., mit weiteren Literaturhinweisen.

359 LINDA KOPONEN, Meine politische Meinung zählt in der Schweiz nichts – und daran bin ich selber Schuld: Die Ausländer von heute sind die Frauen von damals, NZZ vom 23. Januar 2021, <<https://www.nzz.ch/gesellschaft/die-auslaender-von-heute-sind-die-frauen-von-damals-ld.1597083>>.

360 AUBERT, Art. 136 (Fn. 201), 3.

361 Eidgenössische Migrationskommission, Citoyenneté, <<https://www.ekm.admin.ch/ekm/de/home/staatsbuergerschaft-citoyennete/Citoy.html>>, mit weiteren Links.

Auf der Ebene der Nichtregierungsorganisationen tritt z.B. humanrights.ch³⁶² mit den folgenden Argumenten für das Stimmrecht für ausländische Personen ein:

«Zum einen ist es für die Integration von Ausländerinnen und Ausländern von Vorteil, wenn sie bei politischen Entscheiden involviert sind. Schliesslich zahlen sie Steuern und übernehmen sonstige Pflichten gegenüber dem Staat. [...] Zum andern ist das demokratietheoretische Argument zentral: Das Wahl- und Stimmrecht an die Staatsbürgerschaft zu knüpfen, macht keinen Sinn, weil die Schweiz gleichzeitig eine prohibitive Einbürgerungspolitik verfolgt. [...] Der fehlende Zugang zu politischen Rechten für Ausländerinnen und Ausländer in Kombination mit einer rigiden Einbürgerungspolitik beeinträchtigt auf lange Sicht die Qualität der demokratischen Ordnung in der Schweiz. Nüchtern betrachtet, ist das allgemeine und gleiche Recht zu wählen und abzustimmen in der Schweiz unter den heutigen Voraussetzungen nur teilweise garantiert.»

Hier nennt humanrights.ch somit zwei weitere Elemente zugunsten des Stimmrechts von ausländischen Personen: zum einen die strenge Einbürgerungspolitik der Schweiz³⁶³ und zum andern die Pflichten von ausländischen Personen gegenüber dem Staat, darunter auch die Steuerpflicht. Letzteres erinnert an den US-amerikanischen Grundsatz «no taxation without representation». Ihm wohnt letztlich ein Gleichstellungselement inne, nämlich die Gleichbehandlung aller Menschen, welche Steuern bezahlen, mit Bezug auf die politischen Rechte.³⁶⁴ Rechtlich lässt es sich am ehesten auf der Ebene des allgemeinen Gleichheitssatzes ansiedeln, wonach Vergleichbares gleich behandelt werden soll. Vergleichbar wären demnach alle Personen mit Steuerpflicht, ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit. Damit ist die Diskussion bei der Gleichstellung angelangt.

2. Die Frage der Gleichstellung

Für die Schweiz besteht nicht nur keine völkerrechtliche Pflicht zur Einräumung des Stimmrechts an ausländische Personen, auch das interne Recht sieht keinen solchen Anspruch vor.³⁶⁵ Dies hindert nach BOILLET³⁶⁶ aber nicht, dass die Frage nach der Relevanz der Staatsangehörigkeit im Lichte des Gleichheits-

362 humanrights.ch, Politische Rechte für Ausländer/innen in der Schweiz, <<https://www.humanrights.ch/de/ipf/menschenrechte/migration-asyl/politische-rechte>>.

363 Dazu im wissenschaftlichen Schrifttum LANGER (Fn. 6), S. 75 ff., sowie VÉRONIQUE BOILLET und CLÉMENTINE DEMAY, En marge des droit politiques. Une analyse des conditions d'inclusion dans le corps électoral suisse à l'aune de la pensée féministe, in: Cottier/Hotz/Kapferer (Hrsg.), Recht in Bewegung – Droit en mouvement (im Erscheinen begriffen).

364 Zur vergleichsweise bescheidenen Verwendung dieses Arguments im US-amerikanischen Kampf um das Frauenstimmrecht JULIA TUTT, No Taxation without Representation in the American Woman Suffrage Movement> Stanford Law Review 2009–2010, S. 1473–1512.

365 Vgl. CORSIN BISAZ, Das Ausländerstimmrecht in der Schweiz – Formen und Rechtsungleichheiten, in: Glaser (Hrsg.), Politische Rechte für Ausländerinnen und Ausländer? Zürich 2017, S. 107–139, ab S. 122 unter dem Titel «Die Variation im Lichte der Rechtsgleichheit».

366 Hierfür und für das Folgende BOILLET (Fn. 303), S. 1666 f., mit weiteren Hinweisen.

prinzips und insb. von Art. 8 Abs. 1 BV gestellt wird – also des allgemeinen Gleichheitssatzes des schweizerischen Verfassungsrechts, wie bereits im letzten Abschnitt im Zusammenhang mit der Steuerpflicht angedeutet. BOILLET erachtet – gleich wie AUBERT – die zugunsten des Staatsangehörigkeitskriteriums vorgebrachten Argumente als nicht überzeugend und hält die Verweigerung des Stimmrechts letztlich auch für unverhältnismässig. BOILLET/DEMAY³⁶⁷ bemerken darüber hinaus, dass sich das Kriterium der Staatsangehörigkeit im Zusammenhang mit dem Stimmrecht bei näherem Hinsehen als heteronorm und auf Stereotypen basierend entpuppt und auch deshalb abgeschafft werden sollte. Gleich wie AUBERT plädieren auch diese Autorinnen für die Dauer des Wohnsitzes als sachgerechtes Kriterium für die Gewährung des Stimmrechts an ausländische Staatsangehörige. Nach der hier vertretenen Auffassung ist dies überzeugend.

IV. Exkurs: das Recht der Europäischen Union und seine Relevanz für die Schweiz

1. *Kommunales Wahlrecht gemäss EU-Recht*

In seinem Postulat zur Abschaffung der Verknüpfung der politischen Rechte auf Bundesebene mit der schweizerischen Staatsangehörigkeit bzw. zur Einführung eines Wohnsitzkriteriums bezog sich Nationalrat JEAN-CLAUDE RENNWALD auch auf das Recht der Europäischen Union (EU). Dort ist das aktive und passive Kommunalwahlrecht von im EU-Ausland wohnhaften EU-Staatsangehörigen Teil der Unionbürgerschaft. Diese wurde zusammen mit der EU selber durch den sog. Vertrag von Maastricht³⁶⁸ geschaffen. Die Unionsbürgerschaft gründet auf der nationalen Staatsangehörigkeit und tritt als zusätzlicher Status zu dieser hinzu. Heute finden sich die einschlägigen Regelungen in den modernen Versionen des EU-Vertrags³⁶⁹ (darunter insb. Art. 9 und 11 EUV), des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union³⁷⁰ (Art. 20 ff. AEUV) und der EU-Charta der Grundrechte³⁷¹ (Art. 40 GRC) als primärrechtliche Ebene sowie – je nach dem Themenbereich – zusätzlich im EU-Sekundärrecht (Verordnungen und Richtlinien i.S.v. Art. 288 AEUV).

Die Unionsbürgerschaft vermittelt den EU-Staatsangehörigen gewisse Rechte und Pflichten, darunter auch das kommunale Wahlrecht in einem anderen Wohnsitzmitgliedstaat.³⁷² Der Fokus auf die Kommunalebene erklärt sich

367 BOILLET/DEMAY (Fn. 363), mit weiteren Hinweisen.

368 (Ursprünglicher) Vertrag über die Europäische Union von 1992, ABl. 1992 C 191/1.

369 Vertrag über die Europäische Union (konsolidierte Fassung), ABl. 2016 C 202/13.

370 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (konsolidierte Fassung), ABl. 2016 C 202/47.

371 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. 2016 C 202/389.

372 Vorschläge zur Schaffung eines kommunalen Wahlrechts bestanden in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft bereits seit den 1970er Jahren; siehe dazu Erläuterungen zum Vorschlag

laut der Europäischen Kommission dadurch, dass Menschen «unmittelbar von den Entscheidungen betroffen [sind], die tagtäglich von den lokalen Gebietskörperschaften in den Bereichen Wirtschaft, Soziales und Kultur getroffen werden».³⁷³ Da auch heute noch nur eine Minderheit der EU-Staaten zugleich Signatarstaaten des Europaratsübereinkommens über die Beteiligung von Ausländern am kommunalen öffentlichen Leben sind, hat das Kommunalwahlrecht auf EU-Ebene durchaus eine eigenständige Bedeutung. Zudem geht die unionsrechtliche Regelung weiter als jene des erwähnten Übereinkommens, da sie – jedenfalls im Grundsatz – auf eine Mindestwohnsitzfrist verzichtet. Art. 22 Abs. 1 AEUV bestimmt:

«Jeder Unionsbürger mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er nicht besitzt, hat in dem Mitgliedstaat, in dem er seinen Wohnsitz hat, das aktive und passive Wahlrecht bei Kommunalwahlen, wobei für ihn dieselben Bedingungen gelten wie für die Angehörigen des betreffenden Mitgliedstaats. Dieses Recht wird vorbehaltlich der Einzelheiten ausgeübt, die vom Rat einstimmig gemäß einem besonderen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Europäischen Parlaments festgelegt werden; in diesen können Ausnahmeregelungen vorgesehen werden, wenn dies aufgrund besonderer Probleme eines Mitgliedstaats gerechtfertigt ist.» (Vgl. auch die kürzere Fassung in Art. 40 GRC).

Der Passus über «dieselben Bedingungen wie für die Angehörigen des betreffenden Mitgliedstaats» zeigt, dass es sich um eine Gleichstellungsvorschrift handelt. Gemäss der Präambel der Richtlinie 94/80 über die Einzelheiten zum Kommunalwahlrecht³⁷⁴ ist das Wahlrecht «eine Anwendung des Grundsatzes der Gleichheit und Nichtdiskriminierung zwischen in- und ausländischen Unionsbürgern». Entsprechend sieht Art. 3 der Richtlinie vor, dass das Wahlrecht nicht nur die Unionsbürgerschaft voraussetzt, sondern auch die Erfüllung der Bedingungen, an welche das Recht des betreffenden Staates das Wahlrecht seiner Staatsangehörigkeit knüpft.

Eine interessante Ausnahme findet sich in Art. 12, der im Fall eines hohen Anteils von EU-ausländischen Personen als zusätzliche Bedingung eine Mindestwohnsitzdauer zulässt:

«(1) Überschreitet in einem Mitgliedstaat am 1. Januar 1996 der Anteil der Unionsbürger im Wahlalter, die ihren Wohnsitz in diesem Mitgliedstaat haben, ohne dessen

für eine Richtlinie des Rates über die Einzelheiten der Ausübung des aktiven und passiven Wahlrechts bei den Kommunalwahlen für Unionsbürger mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen, KOM(1994) 38 endg., S. 14 f. (insb. Punkt 2).

373 Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Anwendung der Richtlinie 94/80/EG über das aktive und passive Wahlrecht bei den Kommunalwahlen für Unionsbürger mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen, COM(2012) 99 fin., am Anfang.

374 Richtlinie 94/80/EG über die Einzelheiten der Ausübung des aktiven und passiven Wahlrechts bei den Kommunalwahlen für Unionsbürger mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen, ABl. 1994 L 368/38 (mit seitherigen Änderungen).

Staatsangehörigkeit zu besitzen, 20 v.H. aller Unionsbürger im Wahlalter mit Wohnsitz in diesem Mitgliedstaat, so kann dieser Mitgliedstaat in Abweichung von dieser Richtlinie

- a) das aktive Wahlrecht denjenigen aktiv Wahlberechtigten im Sinne des Artikels 3 vorbehalten, die in diesem Mitgliedstaat seit einer Mindestzeit, die die Dauer einer Amtszeit der kommunalen Vertretungskörperschaft nicht überschreiten darf, ihren Wohnsitz haben, und
- b) das passive Wahlrecht denjenigen passiv Wahlberechtigten im Sinne des Artikels 3 vorbehalten, die in diesem Mitgliedstaat seit einer Mindestzeit, die die Dauer von zwei Amtszeiten dieser Vertretungskörperschaft nicht überschreiten darf, ihren Wohnsitz haben, und
- c) geeignete Maßnahmen hinsichtlich der Zusammensetzung der Kandidatenlisten erlassen, die insbesondere darauf abzielen, die Integration von Unionsbürgern, die Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaats sind, zu erleichtern.

[...]

(4) Die Kommission legt dem Europäischen Parlament und dem Rat bis zum 31. Dezember 1998 und danach jeweils alle sechs Jahre einen Bericht vor, in dem sie prüft, ob die Gründe, die die Gewährung einer Ausnahme nach Artikel 8b Absatz 1 des Vertrags zugunsten der betreffenden Mitgliedstaaten gerechtfertigt haben, fortbestehen; sie schlägt gegebenenfalls vor, daß geeignete Anpassungen vorgenommen werden. Die Mitgliedstaaten, die Ausnahmeregelungen nach den Absätzen 1 und 2 anwenden, übermitteln der Kommission die erforderlichen Begründungen.»

Gemäss der Präambel zur Richtlinie 94/80 geht es bei der 20%-Hürde darum, Fällen mit einem überdurchschnittlich hohen Anteil von ausländischen Personen aus anderen EU-Staaten Rechnung zu tragen, um so das Risiko einer Polarisierung zwischen den Listen von in- und ausländischen Kandidierenden zu vermeiden. Zu beachten ist, dass es dabei nur um *EU*-Staatsangehörige geht und zudem nur um solche im Wahlalter. Art. 12 war ursprünglich auf Luxemburg zugeschnitten, wo der relevante Anteil Mitte der 1990er Jahre 29% betrug;³⁷⁵ später stieg er noch deutlich an.³⁷⁶

2. *Relevanz für die Schweiz*

Die Schweiz gehört nicht zur EU, weshalb die soeben umrissene Regelung hier nicht gilt. In der politischen Debatte ist allerdings von rechtsnationaler Seite die Befürchtung geäußert worden, die EU könnte der Schweiz das kommunale

375 Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über die Einzelheiten der Ausübung des aktiven und passiven Wahlrechts bei den Kommunalwahlen für Unionsbürger mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen, KOM(1994) 38 endg., S. 33.

376 Bericht der Kommission (Fn. 373), unter Punkt 4. Zum Vergleich: In der Schweiz lag der *Gesamtanteil* von ausländischen Personen in den 1990er Jahren unter 20%; siehe <<https://www.suz.uzh.ch/dam/jcr:000000000-3897-a8c6-0000-00007d48e43f/Grafiken.pdf>>, unter «Ausländeranteil in der Schweiz 1900–2008».

Wahlrecht via das bilaterale Recht aufzwingen, genauer via das im Entwurf für ein Institutionelles Abkommen³⁷⁷ vorgesehene dynamische System der Übernahme von EU-Recht ins bilaterale Recht:³⁷⁸ Würde nämlich die sog. Unionsbürger- oder Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38³⁷⁹ ins bilaterale Freizügigkeitsabkommen³⁸⁰ übernommen und würde die EU später Bestimmungen über das Wahlrecht in diese Richtlinie einfügen, so müsste die Schweiz auch diese Bestimmungen übernehmen.³⁸¹

Diese Vorstellung beruht auf einem Missverständnis: Die sekundärrechtliche Regelung zum EU-Kommunalwahlrecht findet sich nicht in der Richtlinie 2004/38, welche Reise- und Aufenthaltsrechte und somit wichtige Aspekte der Freizügigkeit zum Gegenstand hat, sondern in der oben erwähnten Richtlinie 94/80. Gemäss der Präambel dieser Richtlinie «ergänzt» das Wahlrecht das Recht auf Freizügigkeit; es ist nicht selber Teil davon. Instruktiv ist zudem der Vergleich mit dem Europäischen Wirtschaftsraum (EWR): Hier wurde die Richtlinie 2004/38 zusammen mit einer Erklärung in den Rechtsbestand des EWR-Rechts übernommen. Sie hält fest, dass das EWR-Abkommen³⁸² keine Rechtsgrundlage für politische Rechte bietet.³⁸³ Sollte die Über-

377 Entwurf für ein Abkommen zur Erleichterung der bilateralen Beziehungen zwischen der Europäischen Union und der Schweizerischen Eidgenossenschaft in den Bereichen, des Binnenmarktes, an denen die Schweiz teilnimmt, 23. November 2018, inoffizielle deutsche Übersetzung, <https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/documents/abkommen/Acccord-inst-Projet-de-texte_de.pdf>. Am 26. Mai 2021 beschloss der Bundesrat, das Institutionelle Abkommen nicht zu unterzeichnen; siehe <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-83705.html>>.

378 Zum dynamischen System im InstA GEORGES BAUR und CHRISTA TOBLER, «Automatische» vs. «dynamische» Rechtsübernahme. What's in a name?, in: Epiney/Kern/Hehemann (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2015/2016, Bern/Zürich/Basel/Genf 2016, S. 347–361; sowie spezifisch zur Richtlinie 2004/38 ASTRID EPINEY/SIAN AFFOLTER, Das Institutionelle Abkommen und die Unionsbürgerrichtlinie, Jusletter 11. März 2019. Zum Ganzen auch JACQUES BEGLINGER und CHRISTA TOBLER, Tobler/Beglinger-Brevier zum Institutionellen Abkommen Schweiz-EU, online-Publikation (<<http://www.brevier.eur-charts.eu>>), release 2021-05.1 vom 2. Mai 2021 (wird regelmässig aufdatiert).

379 Richtlinie 2004/38/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221, 68/360, 72/194, 73/148, 75/34, 75/35, 90/364, 90/365 und 93/96, ABl. 2004 L 158/77 (mit seitherigen Änderungen).

380 Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, SR 0.142.112.681.

381 So NR MAGDALENA MARTULLO-BLOCHER in der Sendung Arena des Schweizer Fernsehens srf «Schweiz-EU: Höchste Zeit?!» vom 7. Juni 2019, <<https://www.srf.ch/sendungen/arena/schweiz-eu-hoechste-zeit>>, Minute 59.09.

382 Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 2. Mai 1992, ABl. 1994 L 1/3 (mit seitherigen Änderungen).

383 Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 158/2007 vom 7. Dezember 2007 zur Änderung des Anhangs V (Freizügigkeit der Arbeitnehmer) und des Anhangs VIII (Niederlassungsrecht) des EWR-Abkommens, ABl. 2008 L 124/20; Gemeinsame Erklärung der Vertrags-

nahme der Richtlinie 2004/38 in den Rechtsbestand des bilateralen Rechts Schweiz–EU praktisch ein Thema werden, so empfiehlt es sich, ebenfalls eine solche Ausschlusserklärung aufzunehmen.

H. Stimmrecht von Schweizer Staatsangehörigen mit Wohnsitz im Ausland

I. Völkerrechtlicher Kontext

Für die Schweiz besteht keine völkerrechtliche Verpflichtung zur Gewährung des Stimmrechts an schweizerische Staatsangehörige mit Wohnsitz im Ausland. Art. 25 UNO-Pakt II spricht die Landesabwesenheit bzw. den ausländischen Wohnsitz von eigenen Staatsangehörigen nicht an. Art. 2 Abs. 1 verpflichtet die Vertragsstaaten vielmehr dazu, die im Pakt statuierten Rechte allen *in ihrem Gebiet befindlichen* und ihrer Herrschaftsgewalt unterstehenden Personen zu gewähren. Das UNO-Übereinkommen zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen von 1995³⁸⁴ hat die Schweiz – gleich wie viele andere Industriestaaten – nicht unterzeichnet. Nach Art. 41 Abs. 1 haben die im Titel des Übereinkommens genannten Personen das Recht, an den öffentlichen Angelegenheiten ihres Herkunftsstaates teilzunehmen und bei Wahlen dieses Staates nach dessen Rechtsvorschriften zu wählen und gewählt zu werden.

Auf der Ebene des Europarats erlaubt Art. 3 des Zusatzprotokolls Nr. 1 zur EMRK (von der Schweiz ebenfalls nicht unterzeichnet) Beschränkungen des Stimmrechts.³⁸⁵ Einen gewissen Einfluss auf die Regelung des Stimmrechts von Schweizer Staatsangehörigen mit Wohnsitz im Ausland hatten hierzulande zwei Empfehlungen des Europarats:³⁸⁶ Zwar bestand das Stimmrecht auf der Bundesebene bereits seit 1975, doch konnte es nur auf Schweizer Territorium ausgeübt werden. Dies wurde später dahin gehend geändert, dass neu auch

parteien zum Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 158/2007 zur Aufnahme der Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates in das Abkommen.

384 International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, United Nations, Treaty Series, vol. 2220, p. 3; Doc. A/RES/45/158.

385 Gemäss der Rechtsprechung des EGMR ist es zulässig, den eigenen, im Ausland wohnhaften Staatsangehörigen das Stimmrecht entweder gar nicht zu gewähren (Urteil vom 28. Februar 1979, *X gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 7730/76) oder aber es von bestimmten Erfordernissen abhängig zu machen (Urteil vom 6. Oktober 2005, *Hirst gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 38832/06; Urteil vom 7. Mai 2013, *Shindler gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 19840/09). Zu beiden Aspekten RAINEY, WICKS und OVEY (Fn. 262), S. 603 f.

386 Parliamentary Assembly, Recommendation 951 (1982), Voting rights of nationals of Council of Europe Member States, <<http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=14985&lang=en>>, sowie Committee of Ministers, Recommendation R(86)8 (1986) on the exercise in the state of residence by nationals of other Member States of the right to vote in the elections of the state of origin, <<https://rm.coe.int/native/09000016804ce84e>>.

vom Ausland aus auf dem Korrespondenzweg abgestimmt werden konnte. Diese Möglichkeit dieses sog. «external voting» besteht seit 1992.³⁸⁷

II. Regelung im föderalistischen System der Schweiz

Nach Art. 39 Abs. 2 BV werden die politischen Rechte am Wohnsitz ausgeübt, wobei Bund und Kantone Ausnahmen vorsehen können. Gemäss KLEY³⁸⁸ hat das Wohnsitzerfordernis aber lediglich die verfahrensrechtliche Bedeutung, dass *in der Schweiz niedergelassene* Stimmberechtigte ihr Stimmrecht am schweizerischen Wohnort wahrnehmen; es führt nicht zu einem Ausschluss von Schweizer Staatsangehörigen mit Wohnsitz im Ausland vom Stimmrecht. Dies bestätigt Art. 40 Abs. 2 BV: Danach erlässt der Bund Vorschriften u.a. über die Ausübung der politischen Rechte von Schweizer Staatsangehörigen im Ausland. Diese Vorschriften finden sich in den Art. 15 ff. des Bundesgesetzes über Schweizer Personen und Institutionen im Ausland (ASG).³⁸⁹

HORLACHER³⁹⁰ betont zu Recht die realpolitische Bedeutung der Thematik, haben doch die im Ausland wohnhaften Schweizer Stimmberechtigten das Stimmgewicht eines mittleren Schweizer Kantons. Im Bundesparlament warf Ständerat ANDREA CARONI die Frage auf, ob es richtig sei, das Stimmrecht ungeachtet der Dauer der Abwesenheit vom Schweizer Staatsgebiet zu gewähren. Er argumentierte, eine lange Abwesenheit führe zu einer geringeren bzw. der fehlenden Betroffenheit der Person von den Stimm- und Wahlentscheiden, weshalb eine Befristung des Stimmrechts sinnvoll sein könnte.³⁹¹ Der Bundesrat verwies in seiner ablehnenden Antwort auf die heutigen Transport- und Kommunikationsmittel, die es ermöglichen, auch bei jahrzehntelangem Wohnsitz im Ausland enge Bindungen zur Schweiz zu behalten; er sah deshalb keinen Handlungsbedarf.

Allen Ebenen des schweizerischen Bundesstaates gemein ist die formelle Anforderung, dass im Ausland wohnhafte Schweizer Staatsangehörige ihr Stimmrecht nur dann ausüben können, wenn sie sich ins Stimmregister ihres Kantons haben eintragen lassen. Die Meldung erfolgt gemäss Art. 19 ASG via die schweizerische Vertretung im Ausland an die Stimmgemeinde. Eine Bestätigung nach Ablauf einer gewissen Zeit ist nach der heute geltenden Regelung nicht mehr erforderlich. Gemäss Art. 18 ASG wird das Stimmrecht in der letz-

387 Zum Begriff des «external voting» und zum Einfluss der erwähnten Empfehlungen HORLACHER (Fn. 341), S. 6 f. bzw. 17 f.

388 KLEY, Art. 39 (Fn. 187), Rz. 7 ff.

389 Bundesgesetz vom 26. September 2014 über Schweizer Personen und Institutionen im Ausland (Auslandsschweizergesetz, ASG), SR 195.1.

390 HORLACHER (Fn. 341), 1 und 30 f.

391 Interpellation 17.3430 von SR ANDREA CARONI, «Auslandsschweizer-Stimmrecht für potenziell Betroffene», 16. Juni 2017, <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20173430>>.

ten schweizerischen Wohnsitzgemeinde ausgeübt. Fehlt eine solche, so tritt die Heimatgemeinde an ihre Stelle. KLEY³⁹² bezeichnet die letztere Lösung als sachlich richtig, weil das kantonale Heimatrecht im Gegensatz zu einem früheren Wohnsitz eine genügende Verbindung mit dem betreffenden Kanton garantiert. Umgekehrt hält HORLACHER³⁹³ die Zuordnung sowohl zum Heimatort als auch zum letzten Wohnsitz für unbefriedigend und empfiehlt Alternativen wie z.B. den angrenzenden Kanton für im ausländischen Grenzgebiet lebende Schweizer Staatsangehörige. Denkbar wäre auch ein eigener Wahlkreis für Schweizer Staatsangehörige mit Wohnsitz im Ausland.³⁹⁴

Im Übrigen gilt gemäss Art. 15 Abs. 1 ASG für das Stimmrecht von Schweizer Staatsangehörigen mit Wohnsitz im Ausland die Gesetzgebung über die politischen Rechte der Schweizerinnen und Schweizer im Inland, soweit das ASG oder die Ausführungsvorschriften hierzu nichts anderes bestimmen. Art. 15 Abs. 2 ASG behält für die kantonalen und kommunalen Angelegenheiten das kantonale Recht vor. Auch hier können somit unterschiedliche Regelungen bestehen.

III. Die Frage der Gleichstellung

Laut HORLACHER³⁹⁵ lässt sich aus den Schweizer Grundrechten für Schweizer Staatsangehörige mit ausländischem Wohnsitz weder ein Anspruch auf Einschluss noch auf Ausschluss aus dem Kreis der Stimmberechtigten ableiten. Insb. würde ein Fehlen des Stimmrechts Art. 8 Abs. 2 BV nicht verletzen, da der Wohnsitz bzw. die Landesabwesenheit in der dort enthaltenen Liste von explizit statuierten Diskriminierungsgründen nicht erscheint und weiter auch nicht als zusätzliches Kriterium in der offen gehaltenen Beispielliste verstanden wird.

Die Thematik der Gleichstellung erschöpft sich allerdings nicht in dieser Feststellung: Wird das Stimmrecht gewährt, so stellen sich weitere Fragen mit Blick auf die Chancengleichheit bei der Ausübung dieses Rechts – insofern besteht hier eine Parallele zum Stimmrecht von Menschen mit Behinderung. HORLACHER³⁹⁶ betont zu Recht die besondere Bedeutung, welche die *Form* der Stimmabgabe für Stimmberechtigte mit Wohnsitz im Ausland hat. Art. 18 Abs. 3 ASG nennt drei mögliche Modi: persönlich (d.h. physisch im Stimm- und Wahllokal), brieflich und – sofern die Voraussetzungen erfüllt sind – elektronisch (sog. e-voting).³⁹⁷ Auch hier können die Kantone eigene Regelungen

392 KLEY, Art. 39 (Fn. 187), Rz. 11.

393 HORLACHER (Fn. 341), S. 153 f.

394 Idem, S. 211.

395 Idem, S. 80 ff. und insb. 87.

396 Idem, S. 139.

397 HORLACHER (Fn. 341), S. 129 f., erwähnt zusätzlich die praktisch wenig relevante Stellvertretung.

treffen. So war im Tessin auf der kommunalen Ebene früher die persönliche Stimmabgabe vor Ort vorgeschrieben; inzwischen ist dies aber abgeschafft worden.³⁹⁸

Die persönliche Stimmabgabe erfolgt in der Stimmgemeinde, wo die betreffende Person registriert ist. Laut HORLACHER³⁹⁹ ist die briefliche Stimmabgabe der häufigste Stimmmodus von im Ausland wohnhaften Schweizer Staatsangehörigen. Ihre Wirksamkeit hängt allerdings wesentlich von der Zuverlässigkeit und Effizienz der Postbetriebe. Besonders einfach erscheint die elektronische Stimmabgabe, insb. in der Form des ausserhalb des Stimmlokals (z.B. von zuhause aus) erfolgenden sog. «remote e-voting».⁴⁰⁰ Die damit verbundenen Chancen und Risiken sind Teil einer Grundsatzdebatte über die Digitalisierung.⁴⁰¹ Während auf der einen Seite die Vorteile mit Blick auf die hindernisfreie Ausübung des Stimmrechts von Schweizer Staatsangehörigen im Ausland und von Menschen mit Behinderung hervorgehoben wird und eine erhöhte Stimmbeteiligung von Jugendlichen erwartet wird,⁴⁰² fürchten andere die Zerstörung der direkten Demokratie.⁴⁰³ Der Europarat hat bisher als einzige internationale Organisation im Rahmen einer Empfehlung intergouvernementale Standards für das e-voting definiert, an denen sich die Staaten orientieren können.⁴⁰⁴

In der Schweiz sind die bundesrechtlichen Grundlagen für das e-voting mit Art. 8a des Bundesgesetzes über die politischen Rechte (BPR), Art. 27a ff. der Verordnung über die politischen Rechte (VPR) und der Verordnung der Bundeskanzlei über die elektronische Stimmabgabe (VEleS)⁴⁰⁵ geschaffen worden. Nach Art. 18 Abs. 4 ASG fördert der Bundesrat im Einvernehmen mit interessierten Kantonen und Gemeinden die Durchführung von Versuchen zur elektro-

398 Repubblica e Cantone Ticino, Legge sull'esercizio dei diritti politici (LEDP) del 19 novembre 2018 (Nr. 150.1001). Siehe dazu Direttiva n. 2, Svizzeri e Ticinesi all'estero, 29. August 2019, Punkt 20: «Con la nuova legge cadono le restrizioni sul voto per corrispondenza dei Ticinesi all'estero: possono votare per corrispondenza anche nelle elezioni et votazioni comunali. Il Comune deve quindi inviare il materiale di voto complete (comprensivo della scheda) anche agli iscritti all'estero.»

399 HORLACHER (Fn. 341), S. 127 f.

400 Idem, S. 130 ff.

401 Dazu: Neuausrichtung und Wiederaufnahme der Versuche. Schlussbericht des Steuerungsausschusses Vote électronique (SA VE), 30.11.2020, <<https://www.newsd.admin.ch/newsd/messages/attachments/64680.pdf>>, S. 7.

402 Dazu HORLACHER (Fn. 341), S. 32 und 131 f.

403 Interpellation 18.3057 «Zerstörung der direkten Demokratie durch E-Voting» von NR CLAUDIO ZANETTI, 1. März 2018, <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte/AffairId=20183057>>.

404 Committee of Ministers, Recommendation Rec(2004)11 on legal, operational and technical standards for e-voting, <[https://www.coe.int/t/dgap/goodgovernance/Activities/Key-Texts/Recommendations/00Rec\(2004\)11_rec_adopted_en.asp](https://www.coe.int/t/dgap/goodgovernance/Activities/Key-Texts/Recommendations/00Rec(2004)11_rec_adopted_en.asp)>, sowie Recommendation CM/Rec (2017) to member States on standards for e-voting, <<https://rm.coe.int/0900001680726f6f>>. Siehe auch <<https://www.coe.int/en/web/electoral-assistance/e-voting>>.

405 Verordnung der Bundeskanzlei vom 13. Dezember 2013 über die elektronische Stimmabgabe (VEleS), SR 161.116.

nischen Stimmabgabe. Seit 2004 läuft eine Versuchsphase; Genf gilt als der Pilotkanton. Seit 2004 haben 15 Kantone entsprechende Rechtsgrundlagen geschaffen.⁴⁰⁶ 2017 stellte HORLACHER⁴⁰⁷ fest, die Schweiz sei, wiewohl in Sachen Testläufen weltweit an der Spitze, noch immer relativ weit von einer umfassenden Umsetzung entfernt. 2018 führte die Stadt Zug unter Beteiligung der Hochschule Luzern als erste eine Testabstimmung auf Basis der Blockchain-Technologie durch.⁴⁰⁸ Diese Technologie wird im Zusammenhang mit der Sicherheit des e-voting intensiv diskutiert.⁴⁰⁹ Mitte 2019 zogen dann aber die beiden einzigen Anbieter ihre e-voting-Systeme zurück, wodurch e-voting faktisch verunmöglicht wurde. Ende 2020 lancierte der Bundesrat eine Neuausrichtung.⁴¹⁰ Es sollen wieder begrenzte Versuche mit e-voting durchgeführt werden können, wobei die Sicherheit durch strengere Vorgaben, eine engere Zusammenarbeit mit unabhängigen Fachpersonen und eine wirksame Überprüfung gewährleistet werden soll. Zur Anpassung der Rechtsgrundlagen ist im Jahr 2021 eine Vernehmlassung geplant.

IV. Exkurs: das Recht der Europäischen Union und seine Relevanz für die Schweiz

Im Gegensatz zum Kommunalwahlrecht in anderen EU-Staaten erwähnt das EU-Recht das Wahlrecht von im Ausland wohnhaften, eigenen Staatsangehörigen im Herkunftsstaat nicht.⁴¹¹ Die EU-Kommission hält deshalb fest, dass die Regelung dieser Thematik in die Kompetenz der Mitgliedstaaten fällt.⁴¹² Gleichzeitig ist vertritt sie aber die Meinung, der Entzug des Stimmrechts bei

406 Neuausrichtung (Fn. 401), S. 3.

407 HORLACHER (Fn. 341), S. 135 f.

408 Siehe <<https://www.hslu.ch/de-ch/hochschule-luzern/ueber-uns/medien/medienmitteilungen/2018/12/03/e-voting-abschlussbericht/>>.

409 Kritisch SUNOO PARK, MICHAEL SPECTER, NEHA NARULA und RONALD L. RIVEST, Going from bad to worse: from Internet voting to blockchain voting, *Journal of Cybersecurity*, Volume 7, Issue 1, 2021, <<https://academic.oup.com/cybersecurity/article/7/1/tyaa025/6137886>>. Siehe auch das laufende Forschungsprojekt an der Universität Zürich, E-Voting: Blockchain-based Remote Electronic Voting, <<http://www.csg.uzh.ch/csg/en/research/evoting.html>>.

410 Medienmitteilung des Bundesrats, E-Voting: Bundesrat lanciert Neuausrichtung des Versuchsbetriebs, 21. Dezember 2020, <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-81772.html>>.

411 In der EU ist eine Bürgerinitiative i.S.v. Art. 11 EUV mit dem Titel «Wähler ohne Grenzen – umfassende politische Rechte für alle EU-Bürger» lanciert worden; siehe <https://europa.eu/citizens-initiative/initiatives/details/2020/000002_de>. Nach schweizerischem Verständnis handelt es sich um eine Petition an die Kommission.

412 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Umgang mit den Konsequenzen des Entzugs des Wahlrechts von Unionsbürgern, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch machen, COM(2014) 33 final, sowie Empfehlung der Kommission vom 29. Januar 2014: Umgang mit den Konsequenzen des Entzugs des Wahlrechts von Unionsbürgern, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch machen, ABl. 2014 L 32/34.

Wegzug ins EU-Ausland stehe im Widerspruch zur Grundidee der Unionsbürgerschaft: Faktisch gehe in solchen Fällen die Ausübung des Freizügigkeitsrechts mit einem Verlust an politischen Mitwirkungsrechten einher, was letztlich eine Beschränkung des Freizügigkeitsrechts impliziere. Die Kommission empfiehlt den Mitgliedstaaten deshalb, ihren Staatsangehörigen die Beibehaltung des Wahlrechts zu ermöglichen, wenn sie ein fortdauerndes Interesse am politischen Leben des Herkunftsmitgliedstaats nachweisen.

Laut BOILLET⁴¹³ könnte analog ein allfälliger Entzug des Stimmrechts von Schweizer Staatsangehörigen bei Wegzug in die EU, z.B. nach einer bestimmten Abwesenheitsdauer, eine Verletzung des Freizügigkeitsabkommens zwischen der Schweiz und der EU darstellen. Dazu ist zu bemerken, dass sich die EU-Kommission bei ihrer Einschätzung zum EU-Recht – die im Übrigen bisher nicht durch EuGH-Rechtsprechung bestätigt ist – auf die Unionsbürgerschaft stützt, also auf ein Konzept, das dem EU-Recht eigen ist und nicht zum bilateralen Rechtsverhältnis Schweiz–EU gehört. Auf dieses Verhältnis ist die Argumentation der Kommission nach der hier vertretenen Auffassung deshalb nicht übertragbar. Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang auch an den Ausschluss der politischen Rechte im Rahmen des EWR, der in gleicher Weise für das bilaterale Recht gelten muss (dazu oben G.IV.2.). Mit anderen Worten: Auch hier bietet das bilaterale Recht zwischen der Schweiz und der EU – gleich wie das EWR-Recht – keine Basis für politische Rechte.

I. Schlussbemerkungen

Mit der Einführung des Frauenstimmrechts auf allen Ebenen des schweizerischen Staatswesens endete eine lange Geschichte der Diskriminierung – zumindest auf der formellen Ebene, denn eine wirklich partizipative Geschlechterdemokratie ist noch nicht erreicht. Heute ist anerkannt, dass die Verweigerung des Frauenstimmrechts eine Diskriminierung war, noch bevor sie rechtlich ausdrücklich als solche verboten wurde. Diese Qualifizierung stützt sich auf einen *faktischen* Diskriminierungsbegriff, der auf ausserrechtliche Werte und Standards abstellt. Die Rechtsphilosophin HOLZLEITHNER⁴¹⁴ erklärt die faktische Funktionsweise von Diskriminierung anschaulich mit drei Komponenten:

- Diskriminierung beginnt mit der Etikettierung, d.h. der Zuordnung einer Person oder einer Personengruppe zu einer bestimmten Kategorie: kognitive Komponente.
- Dem folgt die Stereotypisierung, d.h. die Zuschreibung bestimmter, im Fall der Diskriminierung negativer Charakteristika: affektive Komponente.

413 BOILLET (Fn. 303), S. 1671 f.

414 ELISABETH HOLZLEITHNER, Wurzeln des Verbots der Altersdiskriminierung, in: WiR (Fn. 314), S. 35–35, S. 40.

- Schliesslich folgt die Diskriminierung als solche, d.h. eine Handlung, die unmittelbar oder mittelbar benachteiligend wirkt: Verhaltenskomponente.

Auf dieser faktischen Ebene lassen sich letztlich alle der im vorliegenden Beitrag besprochenen Elemente daraufhin betrachten, ob ein Ausschluss vom Stimmrecht oder ein Mangel an Massnahmen zur Förderung der politischen Partizipation eine Diskriminierung darstellen könnte. In der Geschichte des Diskriminierungsrechts ist die Diskussion um neue Diskriminierungsverbote regelmässig von Argumenten der faktischen Diskriminierung begleitet worden.

Zur *rechtlichen* Ebene formuliert HOLZLEITHNER⁴¹⁵ die These, es sei Aufgabe des Rechts, Autonomie zu ermöglichen, indem es die notwendigen Bedingungen gewährleistet, um autonomes Handeln und damit auch die eigene Identität realisieren zu können. Diskriminierungsverbote sind in diesem Kontext zu sehen. Auf spezifische Gründe ausgerichtete Verbote stellen die rechtliche Vermutung auf, dass die in ihnen genannten Merkmale keine wesentlichen Unterschiede begründen, die eine Ungleichbehandlung wegen fehlender Vergleichbarkeit rechtfertigen könnten.⁴¹⁶ Dies wird im Recht sodann mit Blick auf bestimmte Themenbereiche weiter konkretisiert, darunter die politischen Rechte. Wie der vorliegende Beitrag zeigt, bestehen nach dem heutigen Rechtsstand der Schweiz für diesen Bereich und mit Blick auf die besprochenen Merkmale nur für das Geschlecht und für Behinderungen rechtliche Diskriminierungsverbote.

Für das Geschlecht besitzt die Schweiz heute klare Regelungen, wonach Männer und Frauen das Stimmrecht besitzen. Die Frauen sind auf diese Weise formell in das demokratische System integriert worden, dies allerdings erst nach einem langen Kampf, der sich wesentlich auf die Rechtssprache bezog – eine Thematik, die im Diskriminierungsdiskurs auch heute noch aktuell ist, z.B. wenn es um einseitige, zu enge oder eingefrorene Rechtsbegriffe geht. Was die politischen Rechte der Frauen anbelangt, so liegt die Herausforderung heute nicht mehr auf der Ebene der *Gewährung* des Stimmrechts, sondern auf jener der *tatsächlichen Partizipation*, einschliesslich der Vertretung der Frauen in den Institutionen. Dafür ist eine aktive Förderung durch den Staat erforderlich, wie dies vom internationalen Recht verlangt wird. Hier hat die Schweiz rechtlich und faktisch Nachholbedarf. Im Übrigen handelt es sich um ein Thema, das auch in anderem Kontext relevant ist, z.B. mit Bezug auf Menschen mit geistigen Behinderungen und ihre faktischen Partizipationsmöglichkeiten im demokratischen System.

Mit Blick auf Behinderungen kennt zur Zeit einzig der Kanton Genf eine Regelung, welche den Vorgaben der BRK zur Gewährung des Stimmrecht entspricht. Hier besteht ein Defizit, dem sich die Schweiz annehmen muss. Dabei gilt es zu beachten, dass das Stimmrecht allein nicht genügt bzw. hier erst recht

415 Idem, S. 43.

416 Dazu z.B. PÖSCHL (Fn. 314), S. 53.

nicht genügt: Um die Ausübung dieses Rechts zu ermöglichen, sind Unterstützungs- und Bildungsmassnahmen erforderlich. Das internationale Recht enthält dazu weit reichende Verpflichtungen. Wiederum kann diese Thematik auch in anderem Zusammenhang relevant sein, z.B. wenn es um Bildungsmassnahmen mit Bezug auf das Stimmrecht von Jugendlichen geht.

Keine Diskriminierungsverbote kennt die Schweiz zur Zeit mit Blick auf die Kriterien jugendliches Alter, (ausländische) Staatsangehörigkeit und (ausländischen) Wohnsitz. Für im Ausland wohnhafte Schweizer Staatsangehörige sieht das schweizerische Recht aber selber ein Stimmrecht vor, wobei auf der kantonalen und der kommunalen Ebene Unterschiede in der Ausgestaltung bestehen können. Mit Bezug auf das Stimmrecht von ausländischen Staatsangehörigen und von Jugendlichen lässt das Schweizer Verfassungsrecht den Kantonen gewisse Freiräume, was wiederum zu unterschiedlichen Regelungen führt. HORLACHER⁴¹⁷ spricht vom Ringen um die Frage nach einer möglichst geringen oder möglichst grossen Einheit der kantonalen Verfassungen, das von einem die staatspolitische Struktur der Schweiz durchziehenden Dilemma getragen ist. Sie zitiert TÖNDÜRY, gemäss welchem der Föderalismus «immer einen Einbruch in die politische Rechtsgleichheit der Bürger und damit in die Verwirklichung einer reinen Demokratie darstellt».⁴¹⁸ Bereits die Erfahrung mit der Einführung des Frauenstimmrechts zeigt indessen, dass sich der Föderalismus auch positiv auswirken kann – nämlich dort, wo Kantone und Gemeinden das Frauenstimmrecht vor dem Bund einführten. KÄGI-DIENER⁴¹⁹ plädiert denn auch in der heutigen Zeit für einen bewussteren und aktiveren Einsatz der Möglichkeiten des föderalen Staats zugunsten der Geschlechtergleichheit.

Die Kantone nutzen ihre Freiräume mit Bezug auf das Stimmrecht von ausländischen Staatsangehörigen und von Jugendlichen bislang nur sehr selektiv. Die zugunsten eines solchen Stimmrechts vorgebrachten Argumente stützen sich im Allgemeinen weniger auf Gleichstellung und Diskriminierung als vielmehr auf die Betroffenheit der relevanten Personen durch demokratische Entscheidungen und auf die Erweiterung bzw. die Verwirklichung der Demokratie. Kennzeichnend hierfür ist die Kurzformel, welche die Plattform <www.stimmrechtsalter16.ch> verwendet: «Unsere Demokratie ist noch nicht <fertig>».⁴²⁰ Wie der vorliegende Beitrag zeigt, ist die Schaffung einer noch umfassenderen,

417 HORLACHER (Fn. 341), S. 78.

418 ANDREA MARCEL TÖNDÜRY, Bundesstaatliche Einheit und kantonale Demokratie. Die Gewährleistung der Kantonsverfassungen nach Art. 51 BV, Zürcher Studien zum öffentlichen Recht Nr. 160, Zürich 2004, S. 1.

419 REGULA KÄGI-DIENER, Herausforderung Gender: Geschlechtergerechtes Recht im föderalistischen Staat, Lachen/St. Gallen 2004.

420 Oder wie es SUTER vor dem Hintergrund des 50-Jahrjubiläums des Frauenstimmrechts auf Bundesebene formuliert: «Die Geschichte des Frauenstimmrechts ist für mich nicht Anlass für den nostalgischen Blick zurück, sie ist eine solide Startrampe für die nächsten Schritte zu einer noch umfassenderen Demokratie.»; LOTTA SUTER, Wie sag ich's meinen Enkelinnen?, in: Jost/Kronenberg/Ryser (Fn. 6), S. 42–47, S. 46 f.

einer integrativen Demokratie eine facettenreiche Aufgabe, welche sich auf alle der hier besprochenen Kriterien bezieht.

Zusammenfassung

Im Jahr 2021 jährt sich die Einführung des Frauenstimmrechts auf Bundesebene zum 50. Mal. Das Jubiläum bietet Anlass zur Reflexion über das Thema Gleichstellung und politische Rechte. Der Schwerpunktteil des Beitrags richtet das Augenmerk insbes. auf die Rechtssprache, welche in der Geschichte des Kampfs zugunsten des Frauenstimmrechts in der Schweiz eine entscheidende Rolle spielte. Darüber hinaus befasst sich der Beitrag mit dem Stimmrecht von Menschen mit Behinderungen, Jugendlichen, ausländischen Personen in der Schweiz und schweizerischen Staatsangehörigen mit Wohnsitz im Ausland. Heute bestehen nur gerade für das Geschlecht und Behinderungen völkerrechtliche Diskriminierungsverbote, welche für die politischen Rechte gelten und die Schweiz binden. In beiden Bereichen gehen die Verpflichtungen der Staaten über die blosse Gewährung des Stimmrechts hinaus und umfassen auch die tatsächliche politische Partizipation. Für die anderen Gruppen stützt sich die Diskussion über eine Einführung bzw. Ausweitung des Stimmrechts zumeist auf Demokratieargumente. Insgesamt besteht in der Schweiz in verschiedenen Bereichen Nachholbedarf.

Résumé

L'année 2021 marque le 50^e anniversaire de l'introduction du droit de vote des femmes au niveau fédéral. Cet anniversaire est l'occasion de réfléchir sur le thème de l'égalité et des droits politiques. La partie principale de l'article se concentre sur le langage juridique, qui a joué un rôle décisif dans l'histoire de la lutte pour le droit de vote des femmes en Suisse. En outre nous traitons du droit de vote des personnes handicapées, des jeunes, des ressortissants étrangers vivant en Suisse et des Suisses résidant à l'étranger. Aujourd'hui, les seules interdictions de discrimination prévues par le droit international qui s'appliquent aux droits politiques et lient la Suisse sont celles relatives au genre et au handicap. Dans ces deux domaines, les obligations des Etats vont au-delà du simple octroi du droit de vote et incluent également la participation politique effective. Pour les autres groupes, la discussion sur l'introduction ou l'extension du droit de vote est principalement basée sur des arguments démocratiques. Dans l'ensemble, la Suisse a un certain retard à rattraper dans différents domaines.

Abstract

The year 2021 marks the 50th anniversary of the introduction of women's suffrage at the federal level. The anniversary offers an opportunity to reflect on the topic of equality and political rights. The main part of the article focuses on the legal language, which played a decisive role in the history of the struggle for women's suffrage in Switzerland. In addition, the article deals with the voting rights of people with disabilities, young people, foreign nationals living in Switzerland and Swiss nationals living abroad. Today, prohibitions of discrimination under international law, which apply to political rights and which bind Switzerland, exist for gender and disability only. In both of these areas, the obligations of states go beyond the mere granting of the right to vote and also include actual political participation. For the other groups, the discussion on introducing or extending the right to vote is mostly based on arguments related to democracy. Overall, Switzerland has catching up to do in various areas.