



b
**UNIVERSITÄT
BERN**

Institut für öffentliches Recht, Schanzeneckstrasse 1, 3001 Bern,
Schweiz

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Institut für öffentliches Recht

Studie

zur

Vereinbarkeit des Ausschlusses von Frauen von der Mitgliedschaft in Basler Zünften und ähnlichen Korporationen mit Art. 8 Abs. 3 BV, Art. 9 KV BS und dem UNO-Frauenrechtsübereinkommen

Zuhanden der

Sozialdemokratischen Partei Basel-Stadt

erstellt von

Laura Bircher, M.A. HSG, Rechtsanwältin

Judith Wyttenbach, Prof. Dr., Fürsprecherin

Bern, den 31. Juli 2020

I. Auftrag und Fragestellung

Mit Email vom 12. September 2019 und im Namen der Geschäftsleitung der Sozialdemokratischen Partei Basel-Stadt (SP Basel-Stadt, nachfolgend Auftraggeberin) gibt Nicole Amacher ein Kurzgutachten zur Vereinbarkeit des Ausschlusses von Frauen von der Mitgliedschaft in Basler Zünften und ähnlichen Korporationen mit der Geschlechtergleichstellung in Auftrag. Das Gutachten beschränkt sich dabei auf die E. Zünfte, die Ehrengesellschaften Kleinbasels, die Vorstadtgesellschaften Grossbasels und die Bürgerkorporation Kleinhüningen, welche nachfolgend als Korporationen bezeichnet werden.

Ausgangslage für die Erteilung dieses Auftrags ist, dass bis Ende 2018 nur männliche Bürger Mitglied der Vorstadtgesellschaften Grossbasels, der E. Gesellschaften Kleinbasels sowie der Bürgerkorporation Kleinhüningen werden konnten. Seit dem 1. Januar 2019 sehen neu alle drei Organisationsreglemente vor, dass durch Beschluss des jeweiligen Korporationsvorstands Frauen den Männern gleichgestellt werden *können*.¹ Damit wurde nun eine gesetzliche Grundlage geschaffen, aufgrund welcher die *Vorstadtgesellschaften Grossbasels*, die *E. Gesellschaften Kleinbasels* sowie die *Bürgerkorporation Kleinhüningen* die Möglichkeit erhalten, Frauen den Männern gleichzustellen – ohne aber gleichzeitig eine Pflicht dazu aufzuerlegen. Der Bürgerrat überlässt es somit den Korporationen bzw. deren Vorständen, selbst festzulegen, ob sie Frauen aufnehmen wollen oder nicht. Die *Zunftordnung* hingegen enthält bereits seit 1990 eine entsprechende Bestimmung, die den einzelnen Zünften die Entscheidung über eine allfällige Gleichstellung von Frauen einräumt.² Im Jahr 2002 nahm die E. Zunft zu Schneidern als erste Korporation eine Frau auf, gefolgt von der E. Zunft zu Gartnern und der Akademischen Zunft, womit bis heute einzig drei der 20 Zünfte weibliche Mitglieder verzeichnen.³

Die Zunftordnung sowie die drei weiteren Organisationsreglemente bilden zusammen mit der Gemeindeordnung der Bürgergemeinde der Stadt Basel und dem Reglement über die Verwaltung der Korporationsvermögen, die zunftrechtliche Gesetzgebung. Zunftordnung wie Organisationsreglemente wurden durch den Bürgerrat der Stadt Basel erlassen.⁴ Der siebenköpfige Bürgerrat ist Exekutivorgan der Bürgergemeinde, unter deren Aufsicht die Basler Korporationen stehen.⁵

Das vorliegende Gutachten untersucht, ob die aktuelle Situation mit der Bundesverfassung und der Verfassung des Kantons Basel-Stadt konform ist, unter Einbezug der einschlägigen Bestimmungen des UNO-Frauenrechtsübereinkommens (CEDAW).

¹ § 4 Abs. 2^{bis} Vorstadtordnung, § 3 Abs. 2 Zunftordnung, § 2 Abs. 1^{bis} Korporationsordnung, zusammen mit der Zunftordnung nachfolgend Organisationsreglemente genannt.

² § 3 Abs. 2 Zunftordnung (Stand 28.04.1991).

³ Basler Banner – Informationsblatt für die E. Zünfte und E. Gesellschaften der Stadt Basel, Ausgabe Nr. 55, November 2018 <https://zuenfte-basel.ch/uploads/1/1/9/2/119228703/55-baslerbanner-2018.pdf> <abgerufen am 9. Oktober 2019>. An dieser Stelle sei erwähnt, dass im Mittelalter Frauen ebenfalls zünftig werden konnten. Dies waren vorwiegend Ehefrauen oder Witwen zünftiger Männer. Vgl. MAX PUSTERLA, Geschichte und Entwicklung, in: Max Pusterla (Hrsg.), Die Basler Zünfte – Die E. Zünfte, Ehren- und Vorstadtgesellschaften von 1226 bis heute, Basel 2008, S. 13.

⁴ Gestützt auf § 5 des Ausscheidungsvertrages vom 6. Juni 1876, § 21 Abs. 1 lit. c des Gemeindegesetzes vom 17. Oktober 1984 und § 34 der Gemeindeordnung der Bürgergemeinde der Stadt Basel vom 22. Oktober 1985.

⁵ § 31 Abs. 1 Gemeindeordnung der Bürgergemeinde der Stadt Basel.

Die Bindung an das Diskriminierungsverbot bzw. das Gleichstellungsgebot setzt voraus, dass Akteure überhaupt grundrechtsverpflichtet sind. Im Folgenden wird daher zunächst die allgemeine Grundrechtsgebundenheit der verschiedenen Akteure – Bürgergemeinde, Bürgerrat und Korporationen – untersucht. Daran schliesst die Klärung der Frage an, ob die heutige Rechtslage im Kanton Basel-Stadt mit den Gleichstellungsartikeln in Art. § 9 KV BS und Art. 8 Abs. 3 BV sowie mit dem UNO-Frauenrechtsübereinkommen vereinbar ist.

II. Die Grundrechtsbindung im Allgemeinen

1. Grundlagen

a. Der verfassungsmässige Grundrechtsverwirklichungsauftrag

Gemäss Art. 35 Abs. 1 der Bundesverfassung müssen die Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen. Dieser Artikel hat die rechtliche und tatsächliche Verwirklichung der Grundrechte zum Ziel.⁶ Art. 35 Abs. 2 BV hält fest, dass unmittelbar an Grundrechte gebunden ist, wer staatliche Aufgaben wahrnimmt. Diese Bindungswirkung bedeutet, dass individuelle *subjektiv-rechtliche* Ansprüche der GrundrechtsträgerInnen durch die Erfüllung staatlicher Aufgaben nicht verletzt werden dürfen.⁷ Die einzelnen Ansprüche ergeben sich aus den jeweiligen Grundrechten in Art. 7 ff. BV.⁸ Vorliegend relevant ist der Gleichstellungsartikel in Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV. Gleichzeitig folgt aus Art. 35 Abs. 2 BV, dass Grundrechte nicht nur zu achten sind, sondern dass zur Verwirklichung der Grundrechte beizutragen hat, wer staatliche Aufgaben wahrnimmt. Um dieser Verwirklichungspflicht nachzukommen, bedingt es einerseits gesetzlicher oder struktureller Rahmenbedingung (sog. *Gewährleistungspflicht* bzw. *Verwirklichungsbeihilfe*) und andererseits Schutz vor Beeinträchtigungen der Grundrechte durch nichtstaatliche Akteure (sog. *Schutzpflichten*).⁹ Die Gewährleistungspflichten haben überwiegend objektiv-rechtlichen Charakter und richten sich folglich in erster Linie an den Gesetzgeber, der bei der Umsetzung einen gewissen Spielraum besitzt.¹⁰

b. Grundrechtsbindung im Allgemeinen

Grundrechtsgebunden sind nach Art. 35 Abs. 2 BV zunächst unbestrittenermassen alle staatlichen und nichtstaatlichen Akteure, *wenn sie staatliche/öffentliche Aufgaben wahrnehmen*. Allgemein sind mit einer «staatlichen Aufgabe» alle Tätigkeitsfelder gemeint, die dem Gemeinwesen durch Verfassung und Gesetze übertragen wurden und gleichzeitig eine Erfüllungspflicht besteht.¹¹ Der

⁶ BERNHARD WALDMANN, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015 (nachfolgend BSK-BV-AUTOR/IN), Art. 35 N 9, 11; RAINER SCHWEIZER, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014 (nachfolgend SGK-AUTOR/IN), Art. 35 N 6.

⁷ Zum Ganzen BSK-BV-WALDMANN, Art. 35 N 32; ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Band II, Bern 2013, Rz. 117; RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER/PETER UEBERSAX, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016, Rz. 1140.

⁸ BERNHARD WALDMANN, Wirkung und Verwirklichung der Grundrechte, in: Ius.full 01/2008, S. 26.

⁹ WALDMANN, (Anm. 8), S. 28; RHINOW/SCHNEFER/UEBERSAX, (Anm. 7), Rz. 1130.

¹⁰ WALDMANN, (Anm. 8), S. 28; RHINOW/SCHNEFER/UEBERSAX, (Anm. 7), Rz. 1133; PATRICIA EGLI, Drittwirkung von Grundrechten, Diss. Zürich, Zürich 2002, S. 317 ff.; BSK-BV-WALDMANN, Art. 35 N 45.

¹¹ BSK-BV-WALDMANN, Art. 35 N 20; ISABELLE HÄNER, Grundrechtsgeltung bei der Wahrung staatlicher Aufgaben durch Private, AJP 2002, S. 1150; REGINA KIENER/WALTER KÄLIN/JUDITH WYTTEBACH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018, § 4 Rz. 54; BSK-BV-WALDMANN, Art. 35 N 20. Für RÜTSCHKE ist die gesetzliche Erfüllungspflicht das entscheidende Kriterium; siehe dazu BERNHARD RÜTSCHKE, Was sind öffentliche Aufgaben?, in: recht 4/2013, S. 157, 162.

Begriff der staatlichen Aufgabe im Sinne von Art. 35 Abs. 2 BV ist weit zu verstehen.¹² Zu beachten gilt es aber, dass nicht alle Aufgaben, die im öffentlichen Interesse liegen, automatisch auch eine öffentliche Aufgabe darstellen.¹³

Ob staatliche Organe in ihrem Handeln auch dann grundrechtsgebunden bleiben, *wenn sie keine staatlichen Aufgaben wahrnehmen*, ist hingegen umstritten. Nach traditioneller Auffassung knüpft die Grundrechtsbindung an das Subjekt Staat an (sog. *institutionelle oder personale Sichtweise*). Danach muss sämtliches staatliches Handeln grundrechtskonform sein, und zwar unabhängig von der Erscheinungsform des Akteurs und der Art der ausgeübten Tätigkeit.¹⁴ Gemäss dem sog. *funktionalen Verständnis* besteht eine Grundrechtsbindung hingegen nur so weit, als staatliche Aufgaben erfüllt werden.¹⁵ Anknüpfungspunkt dieser Betrachtungsweise ist die Art der ausgeführten Tätigkeit bzw. Aufgabe und nicht das handelnde Subjekt.

Ein Teil der Lehre folgt dem rein funktionalen Verständnis.¹⁶ Der überwiegende Teil der Lehre geht jedoch davon aus, dass der Staat als traditioneller und primärer Grundrechtsadressat auch ausserhalb der unmittelbaren Erfüllung staatlicher Aufgaben an die Grundrechte gebunden bleibt.¹⁷ SCHEFER beispielsweise vertritt die Ansicht, dass die Wahrnehmung einer staatlichen Aufgabe im Sinne von Art. 35 Abs. 2 BV nicht einziges Kriterium zur Begründung der Grundrechtsbindung sei, sondern nur ein spezifischer Fall davon. Wesentlich sei vielmehr die *Zurechenbarkeit zum Staat*.¹⁸

Gemäss der bundesrätlichen Botschaft über die neue Bundesverfassung vom 20. November 1996 werden im heutigen Art. 35 Abs. 2 BV die Adressaten der Grundrechte bezeichnet und dementsprechend richtet sich der Artikel an die Organe sämtlicher Gemeinwesen (Bund, Kantone und Gemeinden) *und* an weitere Personen bzw. Akteure, die staatliche Aufgaben wahrnehmen.¹⁹ Diese Formulierung könnte gegen ein rein funktionales Verständnis der Grundrechtsbindung sprechen. Nach dieser Lesart wäre zu unterscheiden: Grundrechtsgebunden sind einerseits die staatlichen Organe (unabhängig von der Art der Tätigkeit), andererseits Private, diese aber nur, wenn sie staatliche Aufgaben wahrnehmen. Ein klares Bekenntnis zugunsten einer der zwei Verständnisse kann der Botschaft jedoch nicht entnommen werden.

Auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung klärt nicht alle Fragen. So hat das Bundesgericht in *BGE 129 III 35* die Grundrechtsbindung der Post ausserhalb des staatlichen Grundversorgungsauftrags verneint.²⁰ Die Post sei in ihrer Eigenschaft als selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts

¹² GIOVANNI BIAGGINI, Orell Füssli Kommentar zur Bundesverfassung, 2. Aufl., Zürich 2017 (nachfolgend OFK-BIAGGINI), Art. 35 N 11; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, (Anm. 11), § 4 Rz. 54; BGE 135 II 49 E. 5.2.2 S. 58. In BGE 138 I 274 hielt das Bundesgericht fest, dass die Verwaltung von öffentlichen Sachen i.e.S. – konkret die Zurverfügungstellung eines Standortes für APG Plakate – eine Staatsaufgabe darstellt.

¹³ RÜTSCHKE, (Anm. 11), S. 154.

¹⁴ So beispielsweise OFK-BIAGGINI, Art. 35 N 9, 11.

¹⁵ Dazu auch BSK-BV-WALDMANN, Art. 35 N 18.

¹⁶ So u.a. PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016, § 7 Rz. 39; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 10 Rz. 7, 22; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, (Anm. 11), § 4 Rz. 62; WALDMANN, (Anm. 8), S. 24.

¹⁷ BSK-BV-WALDMANN, Art. 35 N 26. So beispielsweise OFK-BIAGGINI, Art. 35 N 9, 11; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELENE KELLER/DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich 2016, Rz. 277; HÄNER, (Anm. 11), S. 1148, 1150 f.; MARKUS SCHEFER, Grundrechtliche Schutzpflichten und die Auslagerung staatlicher Aufgaben, AJP 2002, S. 1133, 1141; IVO HANGARTNER, Grundrechtsbindung öffentlicher Unternehmen: Bemerkung aus Anlass der Auseinandersetzung zwischen einer Bürgerbewegung und der Post, AJP 2000, S. 514 ff.

¹⁸ SCHEFER, (Anm. 17), S. 1133.

¹⁹ Botschaft des Bundesrats über die neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 193.

²⁰ BGE 129 III 35 E. 5.2 - 5.4 S. 40 ff.

nicht an die Grundrechte nach Art. 35 Abs. 2 BV gebunden, wenn sie nicht unmittelbar eine staatliche Aufgabe wahrnehme. Gleichzeitig wurde eine allfällige spezielle Grundrechtsbindung im Sinne von Art. 35 Abs. 1 und 3 BV geprüft – im konkreten Fall jedoch verneint.²¹ In *BGE 126 I 250* wurde die Grundrechtsbindung der Schweizer Mustermesse AG als Aktiengesellschaft mit Beteiligung von Körperschaften des öffentlichen Rechts ausserhalb ihres hoheitlichen Handelns ebenfalls verneint.²² Weiter wurde in *BGE 138 I 289* entschieden, dass die Stiftung SWITCH, die als vom Bund und von Kantonen gegründete privatrechtliche Stiftung die Domain-Namen «.ch» verwaltet und verteilt, nur in Bezug auf die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben als Registerbetreiberin grundrechtsgebunden sei, nicht aber für Tätigkeiten, welche sie unter Wettbewerbsbedingungen erbringe.²³ In diesen Urteilen tendiert das Bundesgericht dazu, von einem funktionalen Verständnis auszugehen.

Es finden sich jedoch auch Urteile, in welchen das Bundesgericht die beiden Ansätze einander annähert. So hat es in *BGE 127 I 84* in Bezug auf die Nutzung einer öffentlichen Sache festgehalten, dass die Grundrechte grundsätzlich auch gewahrt werden müssen, wenn das Gemeinwesen privatwirtschaftlich handle.²⁴ In ähnlicher Weise entschied es in *BGE 139 I 306*: Die Grundrechtsbindung der SRG/publisuisse SA im Werbebereich wurde bejaht, obwohl ein privatrechtlicher Werbevertrag zugrunde lag. Die SRG sei auch in diesem, eigentlich privatrechtlichen Bereich, grundrechtsgebunden, da der Werbebereich zur Finanzierung des Programms diene.²⁵ Dabei bezog sich das Bundesgericht auf *BGE 138 I 274*, in welchem es festgehalten hatte, dass die SBB auch bei der Regelung des Aushängens von Werbeplakaten an Bahnhöfen die Grundrechte zu beachten habe.²⁶

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass staatliche Akteure in jedem Fall grundrechtsgebunden sind, wenn sie öffentliche Aufgaben wahrnehmen. Wie weit staatliche Organe auch ausserhalb der unmittelbaren Erfüllung öffentlicher Aufgaben in allgemeiner Weise die Grundrechte zu achten haben, ist nicht restlos geklärt.

c. Grundrechtsbindung der Korporationen?

In der Lehre herrscht weitgehend Einigkeit darüber, dass es sich bei den *Korporationen* um öffentlich-rechtliche Körperschaften handelt.²⁷ Diese zeichnen sich dadurch aus, dass sie durch einen staatlichen Akt errichtet wurden, rechtlich verselbständigt, mitgliedschaftlich verfasst und mit Autonomie versehen, sowie zur selbständigen Erfüllung von Verwaltungsaufgaben bestimmt sind.²⁸ Als öffentlich-rechtliche Körperschaften, genauer gesagt Personalkörperschaften des kommunalen

²¹ BGE 129 III 35 E. 5.3 S. 41.

²² BGE 126 I 250 E. 2c S. 254.

²³ BGE 138 I 289 E. 2.3, 2.8.1 S. 292 ff.

²⁴ BGE 127 I 84 E. 4c S. 90.

²⁵ BGE 139 I 306 E. 3.2.2 S. 311.

²⁶ BGE 138 I 274 E. 1.4 i.V.m. 2.2.1 S. 278 ff.

²⁷ JENS VAN DER MEER, Die Rechtsstellung der Basler E. Zünfte und E. Gesellschaften, Diss. Basel, Basel 2013, S. 120; PHILIPPE SPITZ, in: Denise Buser (Hrsg.), Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 949; a.M. GUSTAV STEINER, Zunft zum goldenen Stern als Zunft der Wundärzte und Scherer in Basel – Was ein Zunftbruder vom Basler Zunftwesen und von der Zunft zum Goldenen Stern wissen soll, Basel 1956, S. 82. Die Zünfte im Kanton Bern sind gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 2 Abs. 2 i.V.m. Art. 117 Gemeindegesetz des Kantons Bern (GG) ebenfalls öffentlich-rechtliche Körperschaften.

²⁸ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, (Anm. 16), § 8 Rz. 1; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St.Gallen 2016, Rz. 1633.

öffentlichen Rechts²⁹, stellen Basler Korporationen staatliche Akteure dar.³⁰ Ob sie auch Teil der dezentralen Verwaltung sind, wie es die überwiegende Mehrheit der öffentlich-rechtlichen Körperschaften sind, ist hingegen umstritten.³¹

Folgt man dem *institutionellen/personalen Ansatz*, dürfte sich dadurch eine direkte Grundrechtsbindung der Korporationen ergeben.

Weniger klar ist die Frage nach dem *funktionalen Ansatz*: Weder die Gemeindeordnung der Bürgergemeinde der Stadt Basel, noch das aus den fünf Reglementen bestehende Zunftrecht³² enthalten einen Aufgabenkatalog oder sonstige Bestimmungen, welche die Aufgaben der E. Zünfte und E. Gesellschaften näher definieren. Gemäss eigenem Internetauftritt führen die E. Zünfte und E. Gesellschaften der Stadt Basel u.a. Veranstaltungen für neu Eingebürgerte und die Jungbürgerfeier durch. Zudem unterstützen sie soziale und gemeinnützige Institutionen oder in Not geratene „Zunftbrüder“ finanziell. Auch gesellige, teilweise zunftübergreifende Anlässe, wie beispielsweise Zunft-Golfturniere und der Basler-Zünfte-Ball werden organisiert.³³ Weiter unterhalten sie sog. Zunft Häuser und Zunftstuben, die der Öffentlichkeit zur Benutzung offenstehen. Sie verwalten und nutzen das Korporationsvermögen im Rahmen des übergeordneten Rechts. Die allgemeine Zweckbestimmung³⁴ sowie die oben aufgeführten Tätigkeiten lassen darauf schliessen, dass die Zünfte hauptsächlich ideelle Zwecke zur Vernetzung ihrer Mitglieder und zur Förderung des Gemeinwohls verfolgen.³⁵ VAN DER MEER ist der Auffassung, dass die Basler Zünfte und Gesellschaften heutzutage nicht mehr gesetzlich verpflichtet seien, bestimmte Aufgaben zu erfüllen, weshalb sie keine öffentlichen Aufgaben mehr wahrnehmen würden.³⁶ Da der Begriff der öffentlichen Aufgaben weit zu verstehen ist, spricht gleichwohl einiges dafür, dass die Verwaltung und Verwendung des Zunft- bzw. Korporationsvermögens sowie allenfalls auch die Durchführung der Einbürgerungs- und Jungbürgerfeiern gleichwohl unter den Begriff der öffentlichen Aufgabe fallen: So erachtete das Bundesgericht beispielsweise die Verwaltung des Gemeindevermögens der Korporation Zug als öffentliche Aufgabe, da das Vermögen dem öffentlichen Interesse diene (siehe dazu auch unten, S. 13).³⁷ Auch prüfte es, ob die Statuten der Genossame Lachen mit der Rechtsgleichheit und dem Diskriminierungsverbot vereinbar sind, obwohl die Genossame vorrangig ihr Immobilienvermögen verwaltet und bewirtschaftet.³⁸ Zudem geht es vorliegend nicht um die Frage der Grundrechtsbindung bei

²⁹ VAN DER MEER, (Anm. 27), S. 120.

³⁰ Vgl. BGE 117 Ia 107 E. 5d S. 113.

³¹ Vgl. VAN DER MEER, (Anm. 27), 149 f.

³² Reglement über die Organisation der E. Zünfte der Stadt Basel (Zunftordnung), BaB 155.100, Reglement über die Organisation der Vorstadtgesellschaften Grossbasels (Vorstadtordnung), BaB 155.200, Reglement über die Organisation der Drei E. Gesellschaften Kleinbasels (Ordnung für die Drei E. Gesellschaften), BaB 155.300, Reglement über die Organisation der Bürgerkorporation Kleinhüningen (Korporationsordnung), BaB 155.400 und Reglement über die Verwaltung der Korporationsvermögen (Verwaltungsordnung), BaB 155.700.

³³ <https://zuenfte-basel.ch/bedeutung-zunftwesen.html> <abgerufen am 9. Oktober 2019>.

³⁴ Gemäss Zweckartikel § 1 der Reglemente verfolgen die jeweiligen Zünfte und Gesellschaften folgende Zielsetzung: „Als Zeugen des wirtschaftlich-politischen Werdens der Stadt Basel fördern die Zünfte in ihren überkommenen Formen einen aktiven Bürgersinn und ein Bewusstsein der Verantwortlichkeit für Basel. Sie unterstützen die auf das Gedeihen des städtischen Gemeinwesens gerichteten Tätigkeiten, und sie pflegen die Geselligkeit.“

³⁵ Vgl. VAN DER MEER, (Anm. 27), S. 48.

³⁶ Auch VAN DER MEER, (Anm. 27), S. 127 ff.

³⁷ BGE 117 Ia 107 E. 5c und d S. 113 f.

³⁸ BGE 138 I 68, dazu auch unten, S. 11.

der Ausübung dieser Aktivitäten wie Vermögensbewirtschaftung oder Ausrichtung der BürgerInnenfeiern, seien sie nun staatliche Aufgaben oder nicht, sondern um die *Mitgliederstruktur an sich* und um den *Zugang zur Mitgliedschaft*.

Damit lässt sich festhalten, dass die Basler Korporationen jedenfalls nach dem institutionellen Verständnis grundrechtsgebunden sind. Einiges spricht dafür, dass sie auch nach dem funktionalen Ansatz direkte Grundrechtsadressaten sind; angesichts des Lehrstreits und der sehr kasuistischen Praxis lässt sich allerdings nicht mit absoluter Sicherheit beurteilen, wie das Bundesgericht diese Rechtsfrage beurteilen würde.

Wie sich im Folgenden zeigen wird, rückt die Grundrechtsbindung der Zünfte und Korporationen selber jedoch in den Hintergrund, weil letztlich die verfassungsrechtlichen Verpflichtungen von Bürgergemeinde und Bürgerrat im Fokus stehen.

d. Grundrechtsbindung von Bürgergemeinde und Bürgerrat

Zuständig für die Regulierung des Korporationswesens sind die Bürgergemeinde und der Bürgerrat. Gemäss basel-städtischer Verfassung ist die *Bürgergemeinde* eine öffentliche Körperschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit³⁹ und eine Gemeinde im Sinne des Gemeindegesetzes der Stadt Basel.⁴⁰ Die Bürgergemeinde erteilt das Gemeindebürgerrecht, verwaltet ihr Vermögen und dasjenige ihrer Institutionen und beaufsichtigt die ihr zugeordneten Stiftungen und Korporationen.⁴¹ Es sind Aufgaben, die im Auftrag des Gesetzgebers erfüllt werden müssen, d.h. es handelt sich um staatliche Aufgaben.⁴² Der *Bürgerrat* ist das Exekutivorgan der Bürgergemeinde; er erlässt die zur Erfüllung der Gemeindeaufgaben nötigen Reglemente.⁴³ Zudem regelt er die interne Organisation der Korporationen und besorgt die Verwaltung des Korporationsvermögens.⁴⁴

Sowohl Bürgergemeinde wie auch Bürgerrat sind bei der Ausübung dieser öffentlichen Aufgaben (Gesetzgebung und Aufsichtstätigkeit) grundrechtsgebunden. Es stellt sich nun die Frage, wie weit es mit Bundesverfassung, Kantonsverfassung und UNO-Frauenrechtsübereinkommen vereinbar ist, dass der Bürgerrat den Korporationen in Gleichstellungsfragen Autonomie einräumt.

III. Verpflichtungen im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsverbot und dem Gleichstellungsauftrag

1. Gleichstellungsverpflichtungen nach Art. 8 Abs. 3 BV

Art. 8 Abs. 3 *Satz 1* der Bundesverfassung hält fest, dass Mann und Frau gleichberechtigt sind. Er konkretisiert das allgemeine Geschlechterdiskriminierungsverbot, das in Art. 8 Abs. 2 BV enthalten ist. Direkte und indirekte Ungleichbehandlungen, die an das Geschlecht anknüpfen und benachteiligend sind, begründen den Verdacht der Geschlechterdiskriminierung. Dieser kann nur ausgeräumt

³⁹ § 56 Abs. 1 KV BS.

⁴⁰ § 1 Abs. 3 Gemeindegesetz Basel-Stadt.

⁴¹ § 64 Abs. 1 KV BS; § 21 Abs. 1 Gemeindegesetz Basel-Stadt. Vgl. auch VAN DER MEER, (Anm. 27), S. 25 ff.

⁴² Auch das Bundesgericht betrachtete im Entscheid BGer 2C_314/2013 vom 19.03.2014 E. 1.1.3 die Verwaltung von Korporationsgut als öffentlich-rechtliche Aufgabe.

⁴³ § 15 Abs. 1 und Abs. 4 lit. f Gemeindegesetz Basel-Stadt.

⁴⁴ § 34 Abs. 1 Gemeindeordnung der Bürgergemeinde der Stadt Basel.

werden, wenn zwingende biologische oder funktionale Gründe für die Ungleichbehandlung vorgebracht werden können.⁴⁵ Der Zulässigkeit von funktionalen Gründen sind engste Grenzen gesetzt, z.B. wenn eine Stelle ausgeschrieben wird, bei welcher eine berufliche Aufgabe von einer Frau (einem Mann) erfüllt werden muss.⁴⁶ Von vornherein unzulässig sind historisch oder traditionell begründete Ungleichbehandlungen.

Ergänzt wird der individuelle Anspruch auf Nichtdiskriminierung durch den *Gleichstellungsauftrag*: Art. 8 Abs. 3 Satz 2 verpflichtet staatliche Organe, mit geeigneten Massnahmen für die rechtliche und tatsächliche Gleichstellung zu sorgen, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit, aber auch in allen anderen Lebensbereichen.⁴⁷ Der Gleichstellungsauftrag richtet sich nicht nur an den Gesetzgeber, sondern verpflichtet alle Behörden dazu, im Rahmen ihrer Kompetenzen zur Verwirklichung der Gleichstellung beizutragen⁴⁸ und die Gleichbehandlung in der sozialen Wirklichkeit zu gewährleisten bzw. Diskriminierung und Rollenstereotype abzubauen.⁴⁹ Er konkretisiert zudem Art. 35 Abs. 3 BV, der den Staat dazu anhält, dafür zu sorgen, dass Grundrechte auch unter Privaten wirksam werden, soweit sie sich dazu eignen. Aus Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV folgt der klare Auftrag zur rechtlichen und tatsächlichen Gleichstellung tätig zu werden: «Ein Ermessensspielraum steht ihnen [den gesetzgebenden Behörden] nur bei der Frage zu, wie sie diesen Auftrag erfüllen; dagegen ist das Ob verfassungs- und völkerrechtlich vorgegeben» (BGE 137 I 305 E. 4 S. 320).

2. Gleichstellungsverpflichtungen nach § 9 der Verfassung des Kantons Basel-Stadt

Die Kantonsverfassung von Basel-Stadt enthält ebenfalls einen Gleichstellungsauftrag, der besagt, dass der Kanton und die Gemeinden die tatsächliche Gleichstellung von Frau und Mann in allen Lebensbereichen fördern sollen (§ 9 Abs. 2 KV BS). Dieser Gleichstellungsauftrag richtet sich nicht nur an den Gesetzgeber, sondern an sämtliche staatlichen Organe.⁵⁰ Auch § 15 Abs. 3 KV BS kann in diesem Zusammenhang herangezogen werden. Dieser besagt, dass der Staat für Chancengleichheit zu sorgen hat und unter anderem die Gleichberechtigung in der Bevölkerung sowie die wirtschaftliche Entfaltung fördern soll. Zwar stellt diese Bestimmung ein Staatsziel dar und geht damit weniger weit als der Anspruch auf Gleichbehandlung in § 9 KV BS, dennoch wird dadurch die Bedeutung des verfassungsmässigen Gleichstellungsauftrags verdeutlicht.⁵¹

⁴⁵ BGE 129 I 265 E. 3.2 S. 269 m.w.H.; zum Ganzen SGK-BV-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 N 88 ff.

⁴⁶ BSK-BV-WALDMANN, Art. 8 N 100. Es ist zulässig, gezielt Polizistinnen für die Befragung von Opfern sexueller Gewalt zu rekrutieren.

⁴⁷ BSK-BV-WALDMANN, Art. 8 N 104; BGE 116 Ia 359 E. 6b S. 369.

⁴⁸ So BGE 140 I 201 E. 6.4.2 S. 209.

⁴⁹ BGE 137 I 305 E. 3.1 S. 317; BSK-BV-WALDMANN, Art. 8 N 106.

⁵⁰ MARKUS SCHEFER/ANDREA ZIGLER, in: Denise Buser (Hrsg.), (Anm. 27), S. 112.

⁵¹ DENISE BUSER, in: Denise Buser (Hrsg.), (Anm. 27), S. 1005 f.

IV. Gleichstellungsverpflichtungen in Bezug auf Korporationen

1. Verantwortung für die Mitgliederstruktur der gesetzlich geregelten Körperschaften

a. *Wie weit dürfen Bürgergemeinde und Bürgerrat den Korporationen Autonomie einräumen?*

Die Problematik liegt vorliegend bei der Gesetzgebung auf Bürgergemeindeebene.

Bürgergemeinde und Bürgerrat sind bei der Erfüllung ihrer Aufgaben an das Gleichstellungsgebot gebunden und müssen überdies gesetzlich zur Verwirklichung der Gleichstellung beitragen (dazu oben, S. 7). Der Staat, in der Form der Bürgergemeinde bzw. des Bürgerrates, ist für die Regulierung der Baslerischen Korporationen zuständig. Es ist zwar umstritten, ob diese heute noch öffentliche Aufgaben wahrnehmen, vorliegend geht es jedoch *nicht* um eine allfällige Diskriminierung bei der Ausübung ihrer Aktivitäten, sondern um eine allenfalls diskriminierende öffentlich-rechtlich konturierte Mitgliederstruktur und den diskriminierenden Zugang zur Mitgliedschaft (dazu oben, S. 7). Dabei ist entscheidend, dass die Basler Korporationen und die Bürgergemeinde in einem besonders engen strukturellen Verhältnis zueinander stehen: Als öffentlich-rechtliche Körperschaften ist ihre Organisation sowie der Bestandesschutz gesetzlich reguliert⁵² und sie unterliegen der Aufsicht durch den Bürgerrat.⁵³ Gesetzlich geregelt ist auch die Vermögensverwaltung der Korporationen; so können die einzelnen Korporationen ihr Vermögen nicht selber verwalten, sondern die Vermögensverwaltung erfolgt durch einen Gesamtvorstand aller Zünfte, Vorstadtgesellschaften und der Bürgerkorporation Kleinhüningen.⁵⁴ Überdies unterliegen einige Verkaufshandlungen sogar der Genehmigung des Bürgerrats.⁵⁵ Die Korporationen sind daher insbesondere in ihrer Organisation und in der Verwaltung und Verwendung ihres Vermögens nicht autonom, sondern unterliegen den Bestimmungen der Gemeindeordnung der Stadt Basel sowie den vom Bürgerrat erlassenen Reglementen.

Es stellt sich daher die Frage, ob der Staat es tolerieren und ermöglichen darf, dass diese Körperschaften eine am Geschlecht orientierte Mitgliederstruktur aufweisen: Muss die Bürgergemeinde bei Gebilden, die sie selber schafft oder anerkennt, den Geschlechtergleichstellungsgrundsatz durchsetzen bzw. gewährleisten? Wieviel Autonomie darf die Bürgergemeinde den Korporationen diesbezüglich einräumen? Vorliegend stellt es die Gesetzgebung den Korporationen frei, ob sie Frauen aufnehmen wollen oder nicht (siehe dazu den Wortlaut unten, S. 12). Im Folgenden ist zu prüfen, ob dies zulässig ist.

⁵² § 32 Gemeindeordnung der Bürgergemeinde der Stadt Basel, § 2 Abs. 1 Zunftordnung.

⁵³ § 31 Abs. 1 Gemeindeordnung der Bürgergemeinde der Stadt Basel.

⁵⁴ § 1 Abs. 1 Verwaltungsordnung. Das Vermögen der drei E. Gesellschaften Kleinbasels wird durch die Aufsichtskommission verwaltet, welche aus den Meistern und Statthaltern der drei Gesellschaften gebildet wird. Dies ergibt sich aus § 2 Abs. 1 Verwaltungsordnung i.V.m. § 18 Abs. 1 und 2 Ordnung für die Drei E. Gesellschaften.

⁵⁵ § 33 Gemeindeordnung der Bürgergemeinde der Stadt Basel.

b. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Art. 37 Abs. 2 Satz 2 BV hält explizit fest, dass Bürgergemeinden und Korporationen ihren Mitgliedern hinsichtlich der politischen Rechte und der Nutzung des Vermögens besondere Rechte einräumen dürfen, die Aussenstehenden nicht zukommen.⁵⁶ Sie dürfen auch die Mitgliedschaft an bestimmte Voraussetzungen knüpfen, sofern diese objektiv und sachlich sind (z.B. ein bestimmtes Gemeindebürgerrecht).⁵⁷ Bürgergemeinden und Korporationen, die ihre eigenen Güter verwalten und deren Mitglieder z.B. bestimmte Anteile oder Nutzungsrechte erhalten, sind in den kantonalen und kommunalen Erlassen sehr unterschiedlich konzipiert. In der Form öffentlich-rechtlicher Körperschaften sind sie in der Ausgestaltung ihrer Satzungen grundsätzlich frei, haben aber das übergeordnete kantonale sowie gewisse verfassungsrechtliche Schranken wie den Geschlechtergleichstellungsgrundsatz zu beachten.⁵⁸

Das Bundesgericht und auch obere kantonale Gerichte haben sich bisher nicht spezifisch mit der vorliegenden Konstellation befasst. Allerdings finden sich Urteile, die teils verwandte Aspekte behandeln:

- Im bereits älteren *BGE 117 Ia 107* von 1991 stand das Bundesgericht konkret vor der Frage, ob sich Korporationen bei der Aufnahme von Mitgliedern an das Rechtsgleichheitsgebot halten müssen. Das Bundesgericht bejahte dies für Korporationen in Form öffentlich-rechtlicher Körperschaften.⁵⁹ Die Rechtsform als öffentlich-rechtliche Körperschaft alleine reiche grundsätzlich für eine Bindung an die Grundrechte aus, weshalb auch das Rechtsgleichheitsgebot zu beachten sei.⁶⁰ Zugleich warf das Bundesgericht die Frage auf, ob das Gesagte auch zutreffe, falls die öffentlich-rechtliche Körperschaft ausschliesslich private Aufgaben erfülle. Diese Frage liess es jedoch offen.⁶¹
- Die Frage, inwieweit der Staat Körperschaften anerkennen darf, die sich nicht an den Geschlechtergleichstellungsgrundsatz halten, stellte sich in der Lehre im Zusammenhang mit Religionsgemeinschaften, die durch die staatliche Anerkennung zu öffentlich-rechtlichen Körperschaften werden. Bei der Ausübung hoheitlicher Befugnisse, wie beispielsweise bei der Erhebung von Steuern oder der Regelung der Benutzung öffentlicher Räume, ist eine öffentlich-rechtlich anerkannte Kirche an die rechtsstaatlichen Grundsätze gebunden und muss somit auch das Gleichstellungsgebot einhalten.⁶² Im innerkirchlichen Bereich aber, so etwa bei der geschlechterdifferenzierenden Personalpolitik bei religiösen Leitungsämtern, schlägt ein Teil der Lehre eine auf den Einzelfall bezogene Verhältnismässigkeitsprüfung vor. Bejaht wird insofern von einem Teil der Lehre auch die Grundrechtsträgerschaft der Gemeinschaften. Allerdings bleibt umstritten, wie weit sich öffentlich-rechtlich anerkannte Glaubensgemeinschaften überhaupt auf Freiheitsrechte berufen können.⁶³ So oder anders ist diese Konstellation jedoch nicht mit der vorliegenden Fragestellung vergleichbar.

⁵⁶ Dazu OFK-BIAGGINI, Art. 37 N 8.

⁵⁷ BGE 117 Ia 107 E. 6b S. 114.

⁵⁸ BGE 125 III 209 E. 3b S. 213 zu Art. 4 aBV.

⁵⁹ BGE 117 Ia 107 E 5b S. 112.

⁶⁰ BGE 117 Ia 107 E. 5c S. 112 f.

⁶¹ BGE 117 Ia 107 E. 5c S. 112 f.

⁶² DENISE BUSER, in: Adrian Loretan (Hrsg.), Gleichstellung der Geschlechter und die Kirchen, Freiburg 1999, S. 27.

⁶³ Zum Ganzen OFK-BIAGGINI, Art. 15 N 16; BUSER (Anm. 62), S. 27, 29; ACHIM NOLTE, Jüdische Gemeinden in Baden und Basel, Diss. Basel, Basel 2002, S. 207; VAN DER MEER (Anm. 27), S. 37.

- Weiter setzte sich das Bundesgericht in *BGE 140 I 201* mit der Frage auseinander, ob sich eine Universität weigern dürfe, eine privatrechtlich konstituierte Studentenverbindung «als studentische Vereinigung» anzuerkennen, weil diese keine Frauen zulässt. Das Bundesgericht hielt in diesem Entscheid fest, dass die Universität an den Gleichstellungsgrundsatz gebunden sei und gesetzlich und mit anderen angemessenen Massnahmen zur Verwirklichung der Gleichstellung beitragen müsse.⁶⁴ Für das Bundesgericht war im betreffenden Fall entscheidend, dass der Gleichstellungsauftrag in Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV dem Staat einen Handlungsspielraum belasse und deshalb entgegenstehende Grundrechte Dritter, wie die Vereinigungsfreiheit, abgewogen werden müssten. Letztlich hielt das Bundesgericht im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung fest, dass die Grundrechtskollision zwischen Vereinigungsfreiheit in Art. 23 BV und Gleichstellungsauftrag im betreffenden Fall zugunsten der Vereinigungsfreiheit zu lösen sei, da die Vorteile, die die Zofingia aufgrund der Anerkennung geniesse, eher klein seien und die Gleichstellung auch auf andere Weise gefördert werden könne.⁶⁵ Dieses Urteil ist kritisch zu hinterfragen. Mitgliedschaftsbeschränkungen bei privatrechtlichen Vereinigungen, die sich aus dem Zweck oder den Interessen des Vereins ergeben, sind vereinsrechtlich (und auch indirekt grundrechtlich) grundsätzlich nicht zu beanstanden. Dies war bei der Studentenvereinigung allerdings u.E. nicht der Fall; dieser Faktor hätte angemessen in die Güterabwägung einbezogen werden müssen. Im Unterschied zum Zofingia-Urteil ist im Zusammenhang mit den Basler Korporationen allerdings von vornherein kein Freiheitsrecht einschlägig, das die Struktur schützen würde, namentlich auch nicht die Vereinigungsfreiheit: Das Recht einer Organisation, ihre Mitglieder selber zu wählen, ergibt sich in allgemeiner Weise aus der Vereinigungsfreiheit (Art. 23 BV).⁶⁶ Die Korporationen werden nicht durch freien privatrechtlichen Akt, sondern gesetzlich geschaffen. Insofern besteht auch kein freiheitsrechtliches Interesse, welches zu wahren wäre. Das Grundrecht der Vereinigungsfreiheit steht zudem nach Lehre und Praxis nur natürlichen Personen und juristischen Personen des Privatrechts, nicht aber öffentlich-rechtlichen Körperschaften zu.⁶⁷ Auch sonst lässt sich das Zofingia-Urteil nicht eins zu eins auf die Basler Korporationen übertragen: Anders als im Fall der Basler Korporationen wird der privatrechtliche Verein Zofingia nämlich nicht vom Staat geschaffen und gesetzlich geregelt, sondern lediglich als «universitäre Vereinigung anerkannt». Schliesslich ist das Näheverhältnis der Basler Korporationen zur Bürgergemeinde um ein Vielfaches enger, als dasjenige der Zofingia zur Universität. Das Urteil lässt sich folglich nur insofern für die vorliegende Fragestellung heranziehen, als es gewisse Anhaltspunkte für eine allfällige Güterabwägung liefert.
- Am interessantesten für die vorliegende Fragestellung ist jedoch ein weiteres Urteil: Das Bundesgericht beschäftigte sich in *BGE 132 I 68* von 2006 mit der Thematik (indirekt) diskriminierender Regelungen einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft des kantonalen Rechts. In diesem Urteil war zu klären, ob Nachkommen unverheirateter und verheirateter Frauen bezüglich Zugang zur Genossenschaft ungleich behandelt werden dürfen. Das Gericht bejahte eine Diskriminierung mit der Begründung, die diskriminierenden Kriterien seien für die Festlegung der

⁶⁴ BGE 140 I 201 E. 6.4.2 S. 209.

⁶⁵ BGE 140 I 201 E. 6.7.3 S. 214.

⁶⁶ BSK-BV-SCHIESS RÜTIMANN, Art. 23 N 15.

⁶⁷ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (Anm. 7), Rz. 732; OFK-BIAGGINI, Art. 23 N 11; BSK-BV-SCHIESS RÜTIMANN, Art. 23 N 20; BGE 140 I 201 E. 6.5.2 S. 211.

Mitgliedschaft nicht (mehr) sachgerecht.⁶⁸ Das Bundesgericht störte sich in diesem Urteil besonders an der Tatsache, dass die Korporationsangehörigen aufgrund ihres Zivilstandes ungleich behandelt wurden (d.h. innerhalb der Korporation). Dabei ging es um die Weitergabe der Mitgliedschaft und insofern nur indirekt um den Zugang. Wichtig ist jedoch, dass das Bundesgericht die Frage der Diskriminierung prüfte und es klar von einer Grundrechtsbindung der Korporation hinsichtlich der Strukturen ausging, obwohl sich die Aufgaben der Genossame auf die Bewirtschaftung von Ländereien, Liegenschaften und Immobilien beschränken.⁶⁹

Diese Grundsätze lassen sich sinngemäss für den vorliegenden Fall heranziehen. Es ist mit der Verfassung vereinbar, wenn die Regulierungen und Statuten von Bürgergemeinden oder Korporationen keinen Rechtsanspruch auf Mitgliedschaft vorsehen und/oder die Mitgliedschaft an gewisse verfassungskonforme Voraussetzungen knüpfen, etwa an ein bestimmtes Gemeindebürgerrecht oder die Abstammung. Es muss sich also um zweckgerichtete, «sachgerechte Kriterien» handeln, die «es ermöglichen», dass die Korporation weiterhin ihre «wirtschaftlichen und kulturellen Zwecke» verfolgen kann.⁷⁰ Gleich wie beim Zugang zum (kantonalen und schweizerischen) Bürgerrecht dürfen aber auch hier keine diskriminierenden, z.B. rassistischen oder sexistischen, Strukturen und Zugangskriterien errichtet werden.

2. Regelung des Zugangs zur Korporationsmitgliedschaft im konkreten Fall

a. Wortlaut

Die Organisationsreglemente der Korporationen werden vom Bürgerrat erlassen. Sie enthalten eine jeweils gleichlautende Bestimmung zur Mitgliederstruktur:

„In eine [Korporation] kann jeder männliche und wohlbeleumdete Bürger der Stadt Basel aufgenommen werden, der das 18. Altersjahr zurückgelegt hat, nicht entmündigt ist und nicht bereits einer andern [Korporation], angehört.

Durch Beschluss der Korporationsversammlung können Frauen den Männern gleichgestellt werden. In diesem Fall gelten die in dieser Ordnung umschriebenen Rechte und Pflichten auch für Frauen.“

b. Frage der Verletzung des Gleichstellungsgebotes in Art. 8 Abs. 3 Satz 1 (direkte Diskriminierung)

Der erste Teil der Bestimmung in den Organisationsreglementen gewährt den Zugang zu den Korporationen einzig männlichen Bürgern. Diese Unterscheidung ist keineswegs durch zwingende biologische oder funktionale Unterschiede gerechtfertigt und deshalb – für sich alleine betrachtet – diskriminierend im Sinne von Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV. Mit dem neu eingeführten zweiten Teil der

⁶⁸ BGE 132 I 68 E 4.3.4. S. 74, sowie Regeste: «Eine öffentlichrechtliche Korporation, (...) verletzt Art. 8 BV, wenn sie die Weitergabe der Mitgliedschaft durch verheiratete Korporationsbürgerinnen und ledige Korporationsbürger ausschliesst (E. 4).»; dazu auch SGK-BV-HAFNER/BUSER, Art. 37 N 11, 12.

⁶⁹ <http://www.genossame.ch/index.php/ueber-uns> <abgerufen am 30. Dezember 2019>.

⁷⁰ So explizit BGE 138 I 68 E. 4.3.5 S. 80.

Bestimmung können die Korporationen Frauen den Männern gleichstellen. Es stellt sich daher die Frage, ob die Bestimmung auch mit dem neu eingeführten Absatz diskriminierend bleibt, weil das männliche Geschlecht noch immer ein Kriterium der allgemeinen Aufnahmebedingungen ist und die Aufnahme von Frauen einzelfallbezogen und somit ausnahmsweise erfolgt. Damit die fragliche Norm verfassungskonform ausgelegt werden kann,⁷¹ müsste diese so verstanden werden, dass das Verfahren und die Aufnahmebedingungen für Frauen genau gleich sind wie für Männer. Die Formulierung der Norm deutet jedoch auf ein zweistufiges Aufnahmeverfahren für weibliche Interessentinnen hin, währenddessen männliche Interessenten lediglich einem einstufigen Verfahren gegenüberstehen. Neben den allgemeinen Aufnahmebedingungen – welche auch von den männlichen Bewerbern erfüllt werden müssen – wird für das Aufnahmeverfahren für Frauen eine zusätzliche Hürde errichtet: Der Vorstand muss entscheiden, Frauen (überhaupt) den Zugang zur Mitgliedschaft zu eröffnen. Wird bereits in einem Vorverfahren vom Vorstand beschlossen, dass keine weiblichen Zutrittsmitglieder aufgenommen werden, so spielt es überhaupt keine Rolle, ob die weibliche Interessentin die Aufnahmekriterien erfüllt oder nicht. Ex lege betrachtet sind Frauen gemäss Wortlaut dieser Bestimmung den Männern nicht gleichgestellt. *Dies ist im Lichte der oben beschriebenen Grundsätze mit Art. 8 Abs. 3 Satz 1 unvereinbar.*

c. Vereinbarkeit mit dem Gleichstellungsauftrag (Art. 8 Abs. 3 Satz 2)

Selbst wenn man sich – wie ein Teil der Lehre⁷² und offenbar auch die Bürgergemeinde⁷³ – auf den Standpunkt stellen wollte, dass den Korporationen Autonomie bezüglich der Mitgliederstruktur eingeräumt werden dürfe, weil diese heutzutage keine öffentlichen Aufgaben mehr wahrnehmen würden, so stellte sich gleichwohl die Frage der Vereinbarkeit mit dem Gleichstellungsauftrag in Art. 8 Abs. 3 Satz 2. Darauf ist nachfolgend einzugehen.

Bürgergemeinde und Bürgerrat sind sowohl aufgrund von Art. 8 Abs. 3 BV als auch von § 9 Abs. 3 KV BS gehalten, sich aktiv für die tatsächliche Gleichstellung in allen Lebensbereichen einzusetzen. Weder die Verfassung noch das Gesetz geben vor, mit welchen Massnahmen dies erreicht werden muss. Dem Gemeinwesen kommt bei der Wahl der Mittel ein Ermessensspielraum zu. Es bedarf aber gezielter Massnahmen, um stereotype Rollenbilder und gesellschaftlich institutionalisierte Verhaltensmuster und damit einhergehende Benachteiligungen zu beseitigen, sowie ein Umdenken in der Gesellschaft einzuleiten.⁷⁴ Das Bundesgericht befasste sich in *BGE 137 I 305* bezüglich der Nichtfortführung der Kommission für die Gleichstellung von Frau und Mann im Kanton Zug mit der Frage, inwiefern der Kanton eine Förderungsmassnahme abschaffen dürfe, ohne gleichzeitig eine Alternative zur Verfügung zu stellen. Offen war dabei nur die Frage, *wie* die Gleichstellung gefördert werden soll. Dass der Kanton verpflichtet war, Massnahmen zu treffen, stand ausser Frage.⁷⁵ Der Bürgergemeinde ist es daher grundsätzlich selber überlassen, mit welchen Massnahmen sie zur Förderung der Gleichstellung beiträgt. *Dies impliziert aber auch, dass sie keine Gesetze*

⁷¹ Führt das Bundesgericht eine vorfrageweise Prüfung der Verfassungsmässigkeit einer kantonalen Norm durch, so prüft es, ob diese verfassungskonform ausgelegt werden kann. Erst wenn eine verfassungskonforme Auslegung unmöglich ist, wird der kantonale Erlass angepasst, dazu *BGE 143 I 426 E. 2 S. 431*.

⁷² VAN DER MEER, (Anm. 27), S. 36 ff., 58 f., 130.

⁷³ Bericht Nr. 2165 der Bürgergemeinde der Stadt Basel zum Auftrag der SP-Fraktion betreffend die Mitgliedschaft von Frauen in den Zünften der Stadt Basel, in den Vorstadtgesellschaften Grossbasels, in den Drei Ehrengesellschaften Kleinbasels und in der Bürgerkorporation Kleinhüningen vom 26. März 2019, S. 3 f.

⁷⁴ *BGE 137 I 305 E. 3.1 S. 317*.

⁷⁵ *BGE 137 I 305 E. 4 und 5.5 S. 320 ff.*

erlassen oder Massnahmen durchführen darf, die einer Förderung der Gleichstellung entgegenstehen bzw. diese behindern, sofern keine gewichtigen Gründe dafür sprechen. Anders als beim Diskriminierungsverbot in Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV, müssen gemäss Bundesgericht beim gesetzlichen Auftrag zur Verwirklichung der Gleichstellung in Satz 2 entgegenstehende Grundrechte Dritter und öffentliche Interessen abgewogen werden. Unter diesem Gesichtspunkt müsste den Gleichstellungsinteressen im Allgemeinen und den individuellen Interessen allfälliger Bewerberinnen, das Interesse der Allgemeinheit sowie der Basler Korporationen, als reine Männergesellschaften zu bestehen, gegenübergestellt werden. Dabei gilt es zu beachten, dass die Funktion und die öffentlichen Aufgaben der Korporationen sowie die Bindungen zwischen Korporationen und dem Bürgerrat zu berücksichtigen sind: Je enger das Näheverhältnis ist, desto gewichtiger müssen die Gründe sein, um von der Gleichstellung abzuweichen. Wie oben dargelegt, sind die Zünfte und Korporationen als öffentlich-rechtliche Körperschaften rechtlich und strukturell sehr stark mit der Bürgergemeinde verbunden; in diesem Punkt ist die vorliegende Konstellation auch klar vom Zofingia-Urteil des Bundesgerichts abzugrenzen.

Auf der gleichstellungspolitischen Seite ist zunächst danach zu fragen, welche Bedeutung der Zugang von Frauen zu den Korporationen besitzt. Hier müssen die Ausweichmöglichkeiten und die Bedeutsamkeit eines Beitritts in eine Zunft, in Bezug auf ein gesellschaftliches und berufliches Vorkommen, einbezogen werden. Die Alternativen müssten ähnlichen Zugang zu gesellschaftlichem Ansehen oder Kontakten bieten wie die Korporationen. Gemäss VAN DER MEER haben die Basler Korporationen ein gesellschaftliches und soziales Gewicht.⁷⁶ Die Basler Korporationen und deren Mitglieder geniessen daher eine gewisse gesellschaftliche Anerkennung. Des Weiteren ist unbestritten, dass der Zugang zu einem breiten Netzwerk, gerade in Kaderfunktionen oder für selbständig Erwerbende, von hoher Bedeutung ist. Durch die Teilnahme an zunftübergreifenden, teilweise sogar interkantonalen Anlässen, haben Zunftmitglieder Zugang zu einem gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Netzwerk, das traditionell Anerkennung genießt. Darüber hinaus sind die allfälligen finanziellen Vorteile einer Zunftmitgliedschaft zu berücksichtigen. Das Vermögen der Korporationen ist per 31.12.2018 mit CHF 26.4 Mio. ausgewiesen.⁷⁷ Für gesellige Zwecke wurden im Jahr 2018 CHF 683'000 ausgegeben. Die Vergabungen, unter anderem für Zunftbrüder in Not, beliefen sich im Jahr 2018 auf CHF 324'000.⁷⁸ Eine Zunftmitgliedschaft ist somit nicht nur mit gesellschaftlichen und beruflichen Interessen verbunden, sondern kann im Einzelfall durchaus auch finanzielle Vorteile mit sich ziehen.

Auf der anderen Seite lassen sich weder aus der Perspektive der Allgemeinheit bzw. der öffentlichen Interessen, noch der Korporationen selber objektive, sachliche Gründe finden, um an der heutigen Lösung festzuhalten:

Dass die Korporationen von jeher traditionell eine männliche Mitgliederstruktur aufwiesen, ist unstritten und zudem kein hinreichendes öffentliches oder korporationsbezogenes Interesse, welches vorliegend gewahrt werden müsste: An dieser Stelle ist zudem nochmals zu erwähnen, dass im Mittelalter auch Frauen zünftig werden konnten,⁷⁹ was das Argument der Tradition in gewisser Hinsicht

⁷⁶ VAN DER MEER, (Anm. 27), S. 1.

⁷⁷ Jahresbericht der Bürgergemeinde der Stadt Basel 2018, S. 213.

⁷⁸ Jahresbericht der Bürgergemeinde der Stadt Basel 2018, S. 215.

⁷⁹ PUSTERLA (Hrsg.), (Anm. 3), S. 13.

abschwächt. Unseres Erachtens hat dieses Argument aus heutiger Sicht verfassungsrechtlich keinen Bestand.

Kollidieren im Bereich des Verwirklichungsauftrags die Gleichstellungsanliegen mit Grundrechten Dritter bzw. freiheitsrechtlichen Gehalten, so muss dieser Konflikt gemäss Bundesgericht nach den Grundsätzen praktischer Konkordanz gelöst werden.⁸⁰ Dabei ist namentlich an Motive privater Vereinigungen und öffentlich-rechtlicher Körperschaften zu denken, die sich aus dem primären Vereinigungszweck ergeben (z.B. Vereinigung von Scheidungsvätern; Müttervereine; religiöse Tendenzbetriebe). Dies steht vorliegend jedoch nicht zur Diskussion. Die Basler Korporationen sind auch keine öffentlich-rechtlichen «Tendenzbetriebe» wie z.B. die öffentlich-rechtlich anerkannten Religionsgemeinschaften, bei welchen sich ein Grundrechtskonflikt allenfalls nach der Methodik der praktischen Konkordanz zugunsten der Religionsfreiheit auflösen liesse. Zudem steht ihnen auch, wie oben beschrieben, die Vereinigungsfreiheit nicht zu.

Damit lässt sich festhalten, dass die vom Bürgerrat erlassenen Organisationsreglemente, die den Korporationen in der Frage der Geschlechtergleichstellung Autonomie einräumen, die Förderung der Gleichstellung behindern und insofern auch mit Art. 8 Abs. 3 Satz 2 unvereinbar sind.

V. Die Vereinbarkeit der Organisationsreglemente mit dem UNO-Frauenrechtsübereinkommen

Wie das Bundesgericht festhält, wird der Gleichstellungsauftrag in Art. 8 Abs. 3 BV durch das von der Schweiz ratifizierte UNO-Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW) einerseits konkretisiert, andererseits ergänzt.⁸¹ Das Übereinkommen verpflichtet dazu, eine Politik zur Beseitigung der Diskriminierung zu verfolgen, indem die Vertragsstaaten Diskriminierungen verbieten und mit gesetzgeberischen und sonstigen Massnahmen für die tatsächliche Verwirklichung der Gleichstellung sorgen (Art. 2 lit. a und b CEDAW).

Gemäss Art. 2 lit. d CEDAW haben die Schweizer Behörden «Handlungen oder Praktiken zu unterlassen, welche die Frau diskriminieren; sie haben dafür zu sorgen, dass alle staatlichen Behörden und öffentlichen Einrichtungen im Einklang mit dieser Verpflichtung handeln». U.E. ist bei Gebilden, die der Staat selber schafft und zu denen er die beschriebene rechtlich-strukturelle Nähe aufweist, eine geschlechterdifferenzierende Organisationsstruktur bereits aufgrund des Diskriminierungsverbots in Art. 2 lit. d CEDAW untersagt.

Doch selbst wenn man mit in Anlehnung an einen Teil der Literatur⁸² und der Bürgergemeinde⁸³ argumentieren wollte, dass Zünfte und Korporationen mangels öffentlicher Aufgaben keine «staatlichen Behörden» seien, die direkt der Vorgabe in Art. 2 lit. d CEDAW unterliegen, so wären zumindest Art. 2 lit. e und 7 lit. c CEDAW zu beachten: Gemäss Art. 2 lit. e müssen «alle geeigneten Massnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau durch «Personen, Organisationen oder Unternehmen» ergriffen werden. Art. 7 lit. c verpflichtet dazu sicherzustellen, dass allen Frauen in

⁸⁰ BGE 139 I 16 E. 4.2.2. S. 24; BGE 137 I 167 E. 3.7 S. 176.

⁸¹ BGE 137 I 305 E. 3.2 S. 318; Übereinkommen vom 18. Dezember 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW; SR 0.108).

⁸² Vgl. Rz. 72.

⁸³ Vgl. Rz. 73.

gleicher Weise wie den Männern „das Recht auf Mitarbeit in nichtstaatlichen Organisationen und Vereinigungen, die sich mit dem öffentlichen und politischen Leben ihres Landes befassen“, gewährleistet ist. Damit verbunden ist die Verpflichtung des Staates, Benachteiligungen von Frauen beim Zugang zu solchen Organisationen zu beseitigen.⁸⁴ Aus den Materialien zur Konvention geht hervor, dass die Autonomie und Freiheit von Vereinigungen des politischen und öffentlichen Lebens in diesem Umfang zurückzutreten habe.⁸⁵ Zu Vereinigungen des öffentlichen Lebens zählen neben politischen Parteien, Gewerkschaften oder Wirtschafts- und Gewerbeverbänden auch Korporationen und Ähnliches.⁸⁶ Ziel und Zweck dieser Bestimmung ist es, die Beteiligung von Frauen am öffentlichen und wirtschaftlichen Leben sicherzustellen und traditionell bestehende Hürden abzubauen. Das Übereinkommen anerkennt damit die Bedeutung, die Interessensvereinigungen insbesondere für die tatsächliche Gleichstellung von Frau und Mann zukommt (gesellschaftliche und wirtschaftliche Partizipation, Vernetzung, Zugang zu Positionen und Aufträgen, Prestige etc.). Art. 2 lit. e und Art. 7 lit. c CEDAW gelten zwar als nicht justiziabel, sie müssen aber als Teil der objektiven Rechtsordnung beachtet werden; im Rahmen des Handlungsauftrags sind die notwendigen gesetzgeberischen Massnahmen zu ergreifen und das schweizerische Recht ist völkerrechtskonform auszulegen.⁸⁷

Es ist somit festzuhalten, dass der Ausschluss von Frauen aus Basler Zünften und Korporationen nicht vereinbar mit dem UNO-Frauenrechtsübereinkommen ist (Art. 2 lit. d CEDAW). Selbst wenn man den Standpunkt einnehmen würde, Zünfte und Korporationen seien keine «staatlichen Behörden» im Sinne des Übereinkommens, wären gleichwohl die Vorgaben in Art. 2 lit. e und 7 lit. c CEDAW zu beachten und die Benachteiligungen durch geeignete gesetzgeberische Massnahmen zu beseitigen.

VI. Zusammenfassung und Ergebnis

Dieses Gutachten setzt sich mit der Frage auseinander, ob der Ausschluss von Frauen von der Mitgliedschaft in Basler Zünften und ähnlichen Korporationen mit den Gleichstellungsartikeln der Bundesverfassung (Art. 8 Abs. 3 BV), der Kantonsverfassung (Art. 9 KV BS) und dem UNO-Frauenrechtsübereinkommen vereinbar ist.

Als Ausgangspunkt ist zu klären, ob die Korporationen, die Bürgergemeinde und der Bürgerrat an die Grundrechte gebunden sind.

- Nach dem sog. institutionellen Verständnis sind die *Basler Korporationen* selber grundrechtsgebunden. Ob dies auch nach dem funktionalen Ansatz der Fall ist, ist aufgrund der Uneinigkeit der Lehre in dieser Frage und der sehr kasuistischen Praxis nicht restlos geklärt. Da für die vorliegend zu behandelnde Frage jedoch die verfassungsrechtlichen Verpflichtungen von Bürgergemeinde und Bürgerrat im Vordergrund stehen, ist die Grundrechtsbindung der Zünfte und Korporationen selber letztlich zweitrangig.

⁸⁴ UNO-Frauenrechtsausschuss, Allgemeine Empfehlung Nr. 23 (1997), Para. 42.

⁸⁵ SARAH WITTKOPP, Article 7, in: Freeman/Chinkin/Rudolf (eds.), *The UN convention on the Elimination of all Forms of Discriminations Against Women. A Commentary*, Oxford 2012, S. 208.

⁸⁶ WITTKOPP, a.a.O., S. 207.

⁸⁷ Dazu auch die Botschaft CEDAW, BBl 1995 IV S. 924 sowie BGE 137 I 305 E. 3.2 S. 318 f.

- Zweifelsohne sind *Bürgergemeinde* und *Bürgerrat* bei der Erfüllung ihrer Aufgaben grundrechtsgebunden. Sie stehen daher in der Pflicht, das Gleichstellungsgebot zu beachten (Art. 8 Abs. 3 *Satz 1* BV), und sie müssen gesetzlich zur Verwirklichung der Gleichstellung von Frau und Mann beitragen (Art. 8 Abs. 3 *Satz 2* BV).

Daraus resultiert die Frage, ob die Bürgergemeinde bei Gebilden, die sie selber schafft oder anerkennt, wie vorliegend die Korporationen, den Gleichstellungsgrundsatz durchsetzen bzw. gewährleisten muss und wieweit sie den ihr unterstellten Korporationen strukturelle und organisatorische Autonomie einräumen darf.

- Eine Auseinandersetzung mit der Lehre und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung führt zum Ergebnis, dass es mit der Verfassung vereinbar ist, wenn die Regulierungen und Statuten von Bürgergemeinden oder Korporationen keinen Rechtsanspruch auf Mitgliedschaft vorsehen und/oder die Mitgliedschaft an gewisse verfassungskonforme Voraussetzungen geknüpft wird. Dabei muss es sich um zweckgerichtete und sachgerechte Kriterien handeln, die zu keinen diskriminierenden, z.B. rassistischen oder sexistischen, Strukturen und Zugangskriterien führen.
- Als gesetzgebendes Organ definiert der Bürgerrat in den Organisationsreglementen die Aufnahmekriterien und den Aufnahmeprozess für die Mitgliedschaft in den Basler Korporationen. Eine *ex lege* Betrachtung des Wortlauts dieser Aufnahmekriterien führt zum Ergebnis, dass Frauen in diesem Prozess benachteiligt werden, ohne dass es hierfür zwingende biologische oder funktionale Gründe gibt. Diese Gesetzgebung ist folglich u.E. unvereinbar mit dem Gleichstellungsgebot von Art. 8 Abs. 3 *Satz 1* BV. Selbst wenn man sich mit einem Teil der Lehre und der Praxis auf den Standpunkt stellen würde, dass die Korporationen bezüglich der Mitgliederstruktur autonom sind, weil diese heutzutage keine öffentlichen Aufgaben mehr wahrnehmen würden, ist das Erlassen von Organisationsreglementen, die die Gleichstellung ohne verfassungsrechtlich haltbare Gründe behindern, mit dem Gleichstellungsauftrag von Art. 8 Abs. 3 *Satz 2* BV unvereinbar.

Das vorliegende Gutachten gelangt zu folgendem Gesamtfazit: die Regelungen betreffend Zugang zu Basler Zünften und Korporationen sind mit der Bundesverfassung und mit der Kantonsverfassung des Kantons Basel-Stadt unvereinbar, und zwar unabhängig davon, ob die Korporationen öffentliche Aufgaben wahrnehmen oder nicht. Hinzu kommt, dass diese Regelungen auch mit Blick auf das UNO-Frauenrechtsübereinkommen problematisch sind.