

Muskelmasse sowie keine Ausfälle wegen Schwangerschaft und Entbindung). Dies rechtfertigt jedoch nach übereinstimmender Auffassung der beiden Höchstgerichte nicht den generellen Ausschluss der Frauen. Dies ist bemerkenswert, weil der kontinentaleuropäische Staat primär ein Gesetzgebungsstaat ist, das heisst im Interesse von Demokratie, Rechtssicherheit und Gleichbehandlung mit schematisierenden Regelungen arbeitet. Der frühere Ansatz des Bundesgerichts, auch das Problem der Ausnahmen von der absoluten Gleichbehandlung der Geschlechter schematisierend anzugehen, war daher naheliegend. Dass diese Praxis im vorliegenden Entscheid verlassen wird, ist Ausfluss der starken Betonung der absoluten Gleichbehandlung von Mann und Frau; Ausnahmen sollen nur noch akzeptiert werden, wenn sie geradezu unausweichlich sind. Dies führt zwangsweise zu einer Einzelfallbetrachtung. Die möglichst absolute Gleichbehandlung war denn auch das Ziel des neuen Art. 4 Abs. 2 erster Satz BV, der sich dadurch vom allgemeinen Gleichheitssatz von Art. 4 Abs. 1 BV mit seinen Relativierungen abheben sollte.

c. Bedeutung des Entscheides für andere Fragen der Geschlechtergleichheit

7. Die Betrachtungsweise, die dem vorliegenden Entscheid zugrunde liegt, muss konsequenterweise auch für andere Bereiche gelten, in denen schematisierende Ausnahmen von der absoluten Gleichbehandlung von Mann und Frau allzu vereinfachend sind und damit der Zielsetzung von Art. 4 Abs. 2 BV und entsprechender Garantien internationaler Konventionen zuwiderlaufen. So ist namentlich das generelle Nacht- und Sonntagsarbeitsverbot für Frauen im Anwendungsbereich des Arbeitsgesetzes nicht mehr haltbar (siehe Art. 34 des Arbeitsgesetzes vom 13. März 1964, SR 822.11). Das Bundesverfassungsgericht der Bundesrepublik Deutschland hat denn auch entsprechend entschieden (vgl. BVerfGE 85, 191 ff.). Wenn entsprechende Regelungen mit Rücksicht auf familiäre Belastungen nötig sind, müssten sie auch für Hausmänner mit gleichen Pflichten gelten und auf diese Personenkategorien beschränkt werden; eine andere Frage ist allerdings, ob der Eingriff – nicht zuletzt mit Rücksicht auf den Wettbewerb um die Arbeitsplätze – verhältnismässig wäre.

8. Angesichts des vorliegenden Bundesgerichtsentscheides zur Gleichbehandlung in der Feuerwehr ist auch der generelle Ausschluss der Frauen vom Zivilschutzobligatorium kaum mehr haltbar. Eine frühere anderslautende Stellungnahme des Bundesgerichts beruht noch auf der alten, allzu vereinfachend schematisierenden Betrachtungsweise (vgl. BGE 118 Ia 341 E. 4, 351 f.; kritisch schon damals Y. HANGARTNER, Bemerkungen, Ziff. 10, AJP/PJA 1993, 847 f.; ebenso Bemerkungen zum Urteil *Schmidt* des EGMR, Ziff. 5, AJP/PJA 1995, 1489). Bundesverfassung und Bundesgesetzgebung können zwar in Durchbrechung des in Art. 4 Abs. 2 BV aufgestellten Prinzips der Geschlechtergleichheit eine Ausnahme machen (siehe Art. 22^{bis} Abs. 4 und 5 BV; Art. 14 des Zivilschutzgesetzes vom 17. Juni 1994, SR 520.1). Zu respektieren sind aber auf jeden Fall Garantien der Geschlechtergleichheit in internationalen

Konventionen. Deren Handhabung ist einzelfallbezogen was tendenziell schematisierenden Relativierungen entgegensteht. Die generelle Befreiung der Frauen vom Zivilschutzobligatorium ist daher wohl konventionswidrig (Verstoss gegen Art. 14 in Verbindung mit Art. 4 Abs. 3 Bst. EMRK und gegen Art. 26 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte).

9. Die Betrachtungsweise des Bundesgerichtsentscheides hat auch Rückwirkungen auf die Beurteilung von Frauenförderungsmassnahmen im Sinn des Gleichstellungsauftrages von Art. 4 Abs. 2 zweiter Satz BV. Solche Vorkehrungen dürfen Männer vorübergehend benachteiligen, sofern sie notwendig und verhältnismässig sind (sog. umgekehrte Diskriminierung; sie kann gegebenenfalls auch zugunsten von Männern zulässig sein). In der Verhältnismässigkeitsprüfung ist jedoch der hohe Stellenwert der grundsätzlich absoluten Gleichbehandlung gemäss Art. 4 Abs. 2 erster Satz BV gebührend zu beachten. Wenn immer möglich sind deshalb Förderungsmassnahmen so zu gestalten, dass sie nicht Angehörige des anderen Geschlechts benachteiligen. Dies ist rechtlich meist möglich, auch wenn es sich faktisch vor allem um Frauenförderungsmassnahmen handelt: Teilzeitstellen für Frauen und Männer, Erleichterung des Wiedereinstiegs nach Unterbrechung der beruflichen Tätigkeit wegen Erfüllung familiärer Aufgaben auch zugunsten von Hausmännern; Schulungsprogramme für alle, die faktisch benachteiligt sind.

Prof. Dr. Yvo Hangartner, Gossau SG

1.5. Übriges Verfassungsrecht / Autres domaines du droit constitutionnel

(4) Art. 18 Abs. 1 und 2 KV SO, Anspruch auf Rechtsschutz bei Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung.

Bundesgericht, II. Öffentlichrechtliche Abteilung, 12.3.1997. D.R. gegen Regierungsrat des Kantons Solothurn, Staatsrechtliche Beschwerde, BGE 123 I 25.

Sachverhalt:

Der aus dem ehemaligen Jugoslawien stammende D.R. erhielt im Februar 1992 auf Gesuch seiner Ehefrau eine bis 31.1.1996 befristete Aufenthaltsbewilligung. Am 19.3.1996 stellte die Abteilung Ausländerfragen des Departements des Innern des Kantons Solothurn fest, dass mit der Trennung der Ehegatten am 31.7.1995 der Grund für seine Zulassung dahingefallen sei, weshalb die Aufenthaltsbewilligung nicht mehr verlängert werde. D.R. rekurrierte dagegen an den Regierungsrat des Kantons Solothurn. In verfahrensrechtlicher Hinsicht verlangte er gestützt auf den Anspruch auf Rechtsschutz des Art. 18 KV SO, dass seine Beschwerdesache durch ein Gericht beurteilt werde. Der Regierungsrat und das hernach angerufene Bundesgericht weisen dieses Begehren ab.

Bemerkungen:

1. Art. 18 Abs. 1 und 2 KV SO bestimmt:

¹ Jeder hat Anspruch auf Rechtsschutz.

² Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör vor Gericht, Behörden und Verwaltung und auf einen begründeten Entscheid innert angemessener Frist¹.

Eine Reihe weiterer Kantonsverfassungen kennt ähnliche Formulierungen (vgl. z.B. § 9 Abs. 1 KV BL, Art. 13 KV UR, § 13 KV TG). Das Bundesgericht ist schon mehrfach mit diesem Grundrecht konfrontiert worden, hat sich in den nicht publizierten Urteilen indessen kaum dazu geäußert. In diesem zur Publikation vorgesehenen Urteil hat es sich erstmals ausführlich mit dem Anspruch auf Rechtsschutz befasst. Es hat dabei insbesondere der in meiner Habilitationsschrift formulierten These widersprochen (ANDREAS KLEY, *Der richterliche Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung*, Zürich 1995, 98 ff.), dass der Anspruch auf Rechtsschutz eine sog. Rechtsweggarantie beinhaltet. Das Bundesgericht beschäftigt sich intensiv mit der Widerlegung meiner vier vorgebrachten Argumente (Erw. 2b/aa–dd).

2. Das Bundesgericht führt zunächst an, der Begriff des Rechtsschutzes erfasse nach schweizerischer Terminologie auch die verwaltungsinterne Rechtspflege, soweit sie in Form von Rechtsmitteln ermöglicht werde. Diese schweizerische Terminologie wird mit einer Reihe von Autoren belegt, wobei sich von den angeführten Literaturstellen nur GYGI (Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. A., Bern 1983, 219) spezifisch mit dieser Frage befasst. Die andern Autoren (so RHINOW/KOLLER/KISS, *Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes*, Basel/Frankfurt a.M. 1996, Rz. 25 ff., "Rechtspflege"; ROHNER, *Probleme des Rechtsschutzes*, ZSR 1988 II 229 und SCHWEIZER, *Auf dem Weg zu einem schweizerischen Verwaltungsverfahren- und Verwaltungsprozessrecht*, ZBl 1990, 196) äussern sich leider nicht zu dieser Frage. Es überrascht in diesem Urteil die wenig sorgfältige Bearbeitung der Literatur. So hat niemand geringerer als der Bundesrat in seiner ersten Botschaft zur Revision des Bundesrechtspflegegesetzes zu Art. 113 BV festgehalten, dass diese Bestimmung eine Rechtsschutzgarantie beinhaltet. "*Rechtsschutzgarantie gewährt eine Beurteilung durch eine richterliche Instanz ...*" (BB1 1985 II 737, insb. S. 782). Ebendies hatte auch das Bundesamt für Justiz in einem Gutachten festgestellt (VPB 1985 Nr. 36, 242, 245). Eine Reihe weiterer Autoren vertreten dieses Begriffsverständnis (vgl. die Hinweise in ANDREAS KLEY, *op. cit.*, 4 Anm. 9). Dazu kommt noch die ethymologische Bedeutung, wonach der Wortteil "Recht" spezifisch Gericht bedeutet (vgl. GRIMM, *Deutsches Wörterbuch*, Band 8, 1893, 382) und nicht irgendeine Art von verwaltungsinterner und -externer Beschwerdeledigung. Ganz in diesem Sinne beenden viele kantonale Gerichte ihre Urteile mit der uralten Formel "V. R. W." (Von Rechts wegen), was die Autorität und Zuständigkeit der rechtsprechenden Gerichtsstanz bezeichnet: "Von Gerichts wegen". Der Anspruch auf Rechtsschutz lässt sich also keineswegs so leicht begrifflich wegdefinieren, wie dies das Bundesgericht in der Erw. 2.b/aa getan hat.

3. Letztlich lassen sich die Rechtsschutzansprüche der neuen Kantonsverfassungen auf den Verfassungsentwurf von 1977 (Art. 20) zurückführen (ANDREAS KLEY, *op. cit.*, 100 f.). Die Argumentation des Bundesgerichts geht dahin, dass der Anspruch auf Rechtsschutz in Art. 20 Abs. 1 des Verfassungsentwurfes (1977) deshalb keinen Gerichtsschutz beinhaltet, weil Abs. 5 erst die Möglichkeit eröffnet, Verfügungen in letzter Instanz von einem Gericht zu prüfen. Mit ebenso gutem Grund könnte man exakt das Gegenteil behaupten. Der Bericht der Expertenkommission bezeichnet den in Abs. 1 verankerten Anspruch auf Rechtsschutz als allgemeinen, den gesamten Artikel beherrschenden Grundsatz (Bericht der Expertenkommission, 50). Wenn Abs. 1 als abstrakter Grundsatz die Substanz dieses Artikels enthält, so belegt der in Abs. 5 enthaltene Gerichtsweg ja gerade, dass der Anspruch auf Rechtsschutz einen Weg zu den Gerichten beinhaltet. Die systematische Argumentation des Bundesgerichts ist also durchaus zweischneidig.

4. In Erw. 2.b/cc nimmt das Bundesgericht bezug auf die Materialien und kommt im Gegensatz zu mir (*op. cit.*, I 01 Anm. 150) zum Ergebnis, dass diese nicht auf einen notwendigerweise gerichtlichen Rechtsschutz schliessen liessen. Die Materialien sind in der Tat nicht eindeutig. Sie zeigen weder das eine noch das andere deutlich auf. Ich habe eher den Verdacht, dass sich der Solothurner Verfassungsrat nicht völlig im klaren war, was er mit dem Anspruch auf Rechtsschutz eigentlich formulierte. Die Solothurner Totalrevision war allerdings keine blosser Nachführung, sondern als echte Revision gedacht. In diesem Sinne ging es m.E. nicht nur darum, mit dem Anspruch auf Rechtsschutz einen wohlklingenden, aber nichtssagenden Leerformelartikel festzuschreiben. Folgt man nämlich der These des Bundesgerichts, so beinhaltet § 18 Abs. 1 KV SO lediglich die absolut selbstverständliche Rechtsgewährleistungspflicht. Die Kantonsverfassungen sind Grundgesetze der Kantone und sie sollen auch eigene Grundrechte enthalten. Das Bundesgericht fördert mit dieser Rechtsprechung nicht gerade die Eigenständigkeit der kantonalen Grundrechte, was etwa im Fall des Berner Willkürverbots besonders deutlich geworden ist (Art. 11 Abs. 1 KV BE und dazu BGE 121 I 267). Diese Entwicklung ist zu bedauern. Sie kann freilich nicht nur der bundesgerichtlichen Rechtsprechung angelastet werden. Nicht zuletzt sind dafür strukturelle Gründe, namentlich ungenügende kantonale Spruchkörper, verantwortlich.

Ich anerkenne allerdings, dass die bundesgerichtliche Argumentation ein Körnchen Wahrheit hat. Das Bundesgericht verlangt, dass weitreichende Verfassungsänderungen ausdrücklich formuliert und vom Verfassungsgeber subjektiv gewollt sein müssen. Es folgt insofern etwa der vom österreichischen Verfassungsgerichtshof praktizierten, subjektiv historischen Auslegung (vgl. Urteil *G 1256/95* vom 27.9.1995, EuGRZ 1996, 106 [107]). War sich der Verfassungsgeber über einen Artikel nicht im klaren, so sollte der Richter diesen Artikel nicht nachträglich derart "anreichern", dass er weitreichende Auswirkungen hätte.

Die Anerkennung einer Rechtsweggarantie hätte in der Tat bedeutsame Auswirkungen: Zunächst müsste der Gesetzgeber das Prozessrecht anpassen und die Verwaltungsgerichtsbarkeit ausbauen. Das Bundesgericht selbst würde mit dem neuen Verfahrensgrundrecht bedeutend mehr belastet, da der Anspruch auf Rechtsschutz in Verbindung mit Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV den Zugang zum Bundesgericht verschafft. Die Auswirkungen auf das Bundesgericht wären mit der Anerkennung eines selbständigen Willkürverbots vergleichbar. Ich habe an anderer Stelle ausgeführt, dass dies für das Bundesgericht angesichts der Geschäftslast nicht in Frage kommt (ANDREAS KLEY, Besprechung von BGE 121 I 367 ff., AJP/PJA 1996, 756 ff., Ziff. 10).

5. Das Bundesgericht führt schliesslich in Erw. 2b/dd ins Feld, dass es nicht zutreffe, dass der verwaltungsinterne Rechtsschutz "nur theoretisch oder formal und jedenfalls nicht effektiv wäre". Selbstverständlich kann der verwaltungsinterne Rechtsschutz auch effektiv sein. Gleichwohl ist in Literatur und Forschung völlig unbestritten, dass die Rechtsprechung letztlich von spezialisierten Instanzen, eben Gerichten, wahrgenommen werden sollte. Wiederum hat niemand geringerer als der Bundesrat Art. 98a OG folgendermassen gerechtfertigt: "Das Bundesgericht kann seine Aufgabe zur Verwirklichung der Rechtseinheit nur erfüllen, wenn die kantonalen Instanzen sowohl die rechtlichen wie die tatsächlichen Fragen umfassend prüfen. Diese Aufgabe wird von Gerichten in der Regel besser erfüllt als von Verwaltungsinstanzen" (Erste Botschaft zur OG-Revision, BBl 1985 II 737, insb. S. 818; ähnlich Gutachten des Bundesamtes für Justiz, VPB 1985 Nr. 36, 224). Es ist nun etwas eigenartig, wenn das Bundesgericht, welches nunmehr über Art. 98a OG von der verbesserten kantonalen Verwaltungsgerichtsbarkeit entlastet wird, feststellt, verwaltungsinterne und -externe Rechtsprechung seien qualitativ nachgerade gleichwertig (vgl. zu den qualifizierten Gründen für die Aussage des Bundesrates: ANDREAS KLEY, op. cit., 174 ff., 201 ff., 217 ff.). Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat im Urteil *Klaas gegen Deutschland* (Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, Série A, vol. 28, § 55 = EuGRZ 1979, 286) dazu festgehalten:

"Einer der Grundwerte der demokratischen Gesellschaft ist die Vorherrschaft des Rechts, auf welche sich die Präambel der Konvention ausdrücklich bezieht (...). Der Grundsatz der Vorherrschaft des Rechts hat unter anderem zum Inhalt, dass ein Eingriff der Exekutive in die Rechte des einzelnen einer wirksamen Kontrolle unterliegen muss, die normalerweise, zumindest in letzter Instanz, von der rechtsprechenden Gewalt sichergestellt werden muss, da diese die Garantien der Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und eines ordnungsgemässen Verfahrens bietet."

Das Bundesgericht begründet seine Auffassung auch noch mit Art. 13 EMRK. Dieser Hinweis ist befremdlich, dient er doch dazu, vom Recht auf eine Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK auf das Genügen der bloss verwaltungsinternen Rechtspflege zu schliessen. Diese Argumentation

läuft dem wichtigen Gedanken des Art. 60 EMRK zuwider, wonach die Konvention nicht dazu benützt werden darf, um landesrechtlich festgelegte Rechte interpretatorisch einzuschränken (vgl. FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, 2. A., 1996, 739).

6. Mir ist es verständlich, dass das Bundesgericht sich mit der Anerkennung des Anspruches auf Rechtsschutz nicht neue Arbeit aufbürden wollte. Gleichwohl hätte ich mir einen gewissenhafteren und objektiveren Umgang mit dem nun einmal vorhandenen Material gewünscht.

PD Dr. Andreas Kley, Rechtsanwalt, St. Gallen

1.7. Ausländer- und Asylrecht / Droit des étrangers et droit d'asile

(5) Art. 4 ANAG; Flüchtlingsabkommen. Ausländergleiche Behandlung eines Flüchtlings im Falle eines Kantonswechsels. Die Voraussetzung des Besitzes heimatlicher Ausweispapiere kann der Natur nach von einem Flüchtling nicht erfüllt werden.

II. Öffentlichrechtliche Abteilung, 26.2.1997, A. gegen Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern (BGE 123 II 145 ff.).

Zusammenfassung des Sachverhalts:

Der aus der Türkei stammende A. verfügt als anerkannter Flüchtling über eine Niederlassungsbewilligung des Kantons Nidwalden. Sein Gesuch um Bewilligung eines Kantonswechsels wurde vom Kanton Bern, in dem sich A. mit seiner Familie niederlassen wollte, abgelehnt. Die Polizei- und Militärdirektion begründete den Entscheid mit der Fürsorgeabhängigkeit des Gesuchstellers. Gegen diesen Entscheid erhob A. staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht.

Zusammenfassung der Erwägungen:

Das Bundesgericht verneinte die Zulässigkeit der staatsrechtlichen Beschwerde, da das Bundesrecht dem Beschwerdeführer einen Anspruch für die von ihm verlangte Bewilligung für einen Kantonswechsel einräume:

Nach dem Asylgesetz richte sich die Rechtsstellung der Flüchtlinge in der Schweiz nach dem für Ausländer geltenden Recht, soweit nicht besondere Bedingungen vorliegen (Art. 24 AsylG; SR 142.31). Besitze ein Ausländer heimatliche Ausweispapiere eines Staates, mit dem ein Niederlassungsvertrag bestehe, könne ein Kantonswechsel nur verweigert werden, wenn ein Widerrufs- oder Erlöschensgrund nach den fremdenpolizeilichen Bestimmungen vorliege (Art. 14 Abs. 4 ANAV, SR 142.201, in Verbindung mit Art. 9 Abs. 3 und 4 ANAG, SR 142.20). Mit der Türkei habe die Schweiz ein solches Abkommen geschlossen (Niederlassungsabkommen vom 13. Dezember 1930 zwischen der Schweiz und der Türkischen Republik; SR 0.142.117.632). Der Beschwerdeführer erfülle jedoch die Voraussetzung des Besitzes heimatlicher Ausweispapiere nicht. Aufgrund