

GUTACHTEN

zuhanden

BÜRGERGEMEINDE DER STADT BASEL

betreffend

**VERFASSUNGSKONFORME REGELUNG ÜBER
DEN ZUGANG VON FRAUEN ZU DEN
BASLER ZÜNFTEN UND ANDEREN KORPORATIONEN**

erstellt von

**PROF. DR. FELIX UHLMANN, LL.M., ADVOKAT
PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH
KONSULENT IM ADVOKATURBÜRO WENGER PLATTNER**

und

**MARTIN WILHELM, MLAW
ASSISTENT AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH**

Datum: 9. März 2021

INHALTSVERZEICHNIS

I.	AUSGANGSLAGE UND GUTACHTENSAUFTRAG.....	3
II.	RECHTSGRUNDLAGEN DER BASLER ZÜNFTE	7
1.	(Grossbasler) Zünfte	7
2.	Andere Korporationen	8
III.	VERFASSUNGSRECHTLICHE BEURTEILUNG	10
3.	Einleitung und Überblick.....	10
4.	Zulässigkeit der von der Bürgergemeinde getroffenen Regelung (Gesetzgebung der Bürgergemeinde)	11
a)	Grundrechtsbindung der Bürgergemeinde	11
b)	Vereinbarkeit von § 3 Zunftordnung mit Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV.....	12
c)	Konsequenzen der Unzulässigkeit	13
5.	Pflicht der Zünfte zur Aufnahme von Frauen?	13
a)	Grundrechtsbindung aufgrund der Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe?	13
b)	Grundrechtsbindung als staatlich anerkannte Körperschaften?.....	17
c)	Zivilrechtliche Zulässigkeit eines Ausschlusses.....	19
6.	Pflicht und Berechtigung der Bürgergemeinde zur Durchsetzung des Gleichstellungsauftrags	21
IV.	SYNTHESE.....	26
1.	Pflicht der Bürgergemeinde zur Anpassung der Zunftordnung	26
2.	Keine (rechtliche) Pflicht der Bürgergemeinde zur direkten Verpflichtung der Zünfte (Gleichstellungsauftrag)	26
3.	(Möglicher) Entscheid der Zünfte	28
4.	Prüfung von Entscheiden der Zünfte durch die Bürgergemeinde.....	29
5.	Fazit.....	29

I. AUSGANGSLAGE UND GUTACHTENSAUFTRAG

- 1 Mit Interpellation vom 25. August 2020 (Interpellation Alex Klee «Verfassungskonforme Regelung über den Zugang zu den Basler Zünften und anderen Korporationen») ist der Bürgerrat der Bürgergemeinde der Stadt Basel gebeten worden, sich zum Gutachten 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, erstellt am 31. Juli 2020 von Laura Bircher und Judith Wytttenbach zuhanden der Sozialdemokratischen Partei Basel-Stadt (im Folgenden: Gutachten BIRCHER/WYTTENBACH) zu äussern. Der Bürgerrat wurde auch angefragt, ob er bereit ist, die Gleichstellung von Mann und Frau in den Basler Zünften durchzusetzen und wenn nein, ob allenfalls der Regierungsrat als Aufsichtsbehörde tätig werden könnte. Eine vergleichbare Interpellation ist in der Grossratssitzung vom 9. September 2020 dem Regierungsrat eingereicht worden (Interpellation Nr. 90 Danielle Kaufmann betreffend «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», Geschäfts-Nr. 20.5305.02). Mit Beschluss vom 22. September 2020 hält der Regierungsrat fest, dass er zunächst die Behandlung der Interpellation durch den Bürgerrat und allfällige Massnahmen der Bürgergemeinde abwarten will.
- 2 Das Gutachten BIRCHER/WYTTENBACH geht davon aus, dass es sich bei den Zünften um öffentlich-rechtliche Körperschaften handelt (Gutachten BIRCHER/WYTTENBACH, S. 5). Nach dem institutionellen bzw. personalen Ansatz (Gutachten BIRCHER/WYTTENBACH, S. 4) liesse sich daraus bereits eine Grundrechtsbindung der Zünfte ableiten (Gutachten BIRCHER/WYTTENBACH, S. 6). Nach dem funktionalen Ansatz, der auf die Erfüllung staatlicher Aufgaben abstellt (Gutachten BIRCHER/WYTTENBACH, S. 4), sei dies allerdings weniger klar (Gutachten BIRCHER/WYTTENBACH, S. 6). Es spreche «einiges [...] dafür», dass [die Zünfte] auch nach dem funktionalen Ansatz direkte Grundrechtsadressaten sind; angesichts des Lehrstreites und der sehr kasuistischen Praxis lässt sich allerdings nicht mit absoluter Sicherheit beurteilen, wie das Bundesgericht diese Rechtsfrage beurteilen würde» (Gutachten BIRCHER/WYTTENBACH, S. 7). Unstreitig ist für die Autorinnen die Grundrechtsbindung von Bürgergemeinde und Bürgerrat gegeben (Gutachten BIRCHER/WYTTENBACH, S. 7).
- 3 Die Autorinnen gehen von Gleichstellungsverpflichtungen der Bundesverfassung (Art. 8 Abs. 3 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [SR 101; BV]) sowie der Kantonsverfassung (§ 9 Abs. 3 Verfassung des Kantons Basel-Stadt [SG 111.100; KV) aus (Gutachten BIRCHER/WYTTENBACH, S. 7 f.). Für

sie ist die entscheidende Frage, ob Bürgergemeinde und Bürgerrat den Zünften dahingehend Autonomie einräumen dürfen, dass diese Körperschaften eine am Geschlecht orientierte Mitgliederstruktur aufweisen (Gutachten BIRCHER/WYTTENBACH, S. 9). Die Autorinnen untersuchen für diese Frage die bundesgerichtliche Rechtsprechung, namentlich auch im Lichte von Art. 37 Abs. 2 Satz 2 BV (Bürgerrechte) (vgl. GUTACHTEN BIRCHER/WYTTENBACH, S. 10 ff). In BGE 117 Ia 107 ff. habe das Bundesgericht die Bindung einer Korporation als öffentlich-rechtliche Körperschaft an die Grundrechte bejaht, gleichzeitig aber die Frage aufgeworfen, ob das Gesagte auch zutreffe, falls keine öffentlichen Aufgaben erfüllt würden (Gutachten BIRCHER/WYTTENBACH, S. 10). Religionsgemeinschaften als öffentlich-rechtlich anerkannte Kirchen seien im Aussenverhältnis an die Grundrechte gebunden, im innerkirchlichen Bereich sei diese Frage aber bestritten, was aber vorliegend keine Rolle spiele, da diese Konstellation mit der vorliegenden Fragestellung nicht vergleichbar sei (Gutachten BIRCHER/WYTTENBACH, S. 10).

- 4 Ausführlicher behandeln die Autorinnen BGE 140 I 201 ff. In diesem Fall hat die Universität Lausanne eine studentische Vereinigung (privatrechtlicher Verein) schlechter gestellt als andere Gruppierungen, weil die studentische Vereinigung keine Frauen aufgenommen hatte. Das kantonale Verwaltungsgericht und das Bundesgericht hielten dies für verfassungswidrig. Nach Ansicht der Autorinnen ist das Urteil des Bundesgerichtes «kritisch zu hinterfragen» (Gutachten BIRCHER/WYTTENBACH, S. 11). Mitgliedschaftsbeschränkungen bei privatrechtlichen Vereinigungen, die sich nicht aus dem Zweck und den Interessen des Vereins ergeben, seien indirekt grundrechtlich problematisch (Gutachten BIRCHER/WYTTENBACH, S. 11). Das Urteil des Bundesgerichtes lasse sich aber nicht eins zu eins auf die Basler Zünfte übertragen. So sei bei den Basler Zünften «von vornherein kein Freiheitsrecht einschlägig, das die Struktur schützen würde, namentlich auch nicht die Vereinigungsfreiheit», und der privatrechtliche Verein Zofingia sei im Gegensatz zu den Zünften nicht vom Staat gesetzlich geschaffen und geregelt worden (Gutachten BIRCHER/WYTTENBACH, S. 11).
- 5 Am interessantesten erachten die Autorinnen BGE 132 I 68 ff. In diesem Fall erklärt das Bundesgericht eine Regelung einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft als verfassungswidrig, bei welcher Nachkommen Unverheirateter und Verheirateter bezüglich Zugang zum Kooperationsgut unterschiedlich behandelt wurden. In diesem Fall sei das Bundesgericht klar von einer Grundrechtsbindung ausgegangen (vgl. Gutachten BIRCHER/WYTTENBACH, S. 11 f.).

- 6 Zusammenfassend kommen die Autorinnen zum Schluss, dass Ausschlusskriterien von öffentlich-rechtlichen Korporationen zulässig sind, wenn sie sachgerecht sind. Diskriminierende, d.h. rassistische oder sexistische Strukturen und Zugangskriterien seien nicht zulässig (Gutachten BIRCHER/WYTTENBACH, S. 12).
- 7 In der Folge erachten die Autorinnen die Regelung des Zugangs zu den Zünften als verfassungswidrig, weil nur für Männer eine Möglichkeit zur Aufnahme in die Zunft ausdrücklich vorgesehen ist, während für Frauen die Aufnahmemöglichkeit durch die Zunftversammlung geschaffen werden muss (Gutachten BIRCHER/WYTTENBACH, S. 12 f.). Es handle sich um eine Verletzung von Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV. Gleichzeitig liege auch eine Verletzung von Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV vor, denn selbst wenn man den Zünften bezüglich ihrer Mitgliederstruktur eine Diskriminierungsmöglichkeit einräumen würde, sei die Bürgergemeinde ohne Zweifel an die verfassungsrechtliche Vorgabe gebunden und sie verletze ihren Auftrag zur Gleichstellung mit dem Erlass der Rechtsgrundlagen über die Zünfte (Gutachten BIRCHER/WYTTENBACH, S. 13 ff.).
- 8 Gleichstellungspolitisch sei zu fragen, welche Bedeutung der Zugang von Frauen zu Zünften zukomme (Gutachten BIRCHER/WYTTENBACH, S. 13). Der Zugang zu Zünften habe gesellschaftliches und soziales Gewicht und könne im Einzelfall durchaus finanzielle Vorteile mit sich bringen (Gutachten BIRCHER/WYTTENBACH, S. 14). Damit seien deren Organisationsreglemente mit Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV unvereinbar (Gutachten BIRCHER/WYTTENBACH, S. 15). Die Unvereinbarkeit sei auch mit dem UNO-Frauenrechtsübereinkommen (Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979 [CEDAW; SR 0.108]) gegeben (Gutachten BIRCHER/WYTTENBACH, S. 15 f.).
- 9 Zusammenfassend halten die Autorinnen fest, dass die Grundrechtsverpflichtung der Basler Zünfte «nicht restlos geklärt» (Gutachten BIRCHER/WYTTENBACH, S. 16), diese Frage aber zweitrangig sei, denn zweifelsohne seien Bürgergemeinde und Bürgerrat bei der Erfüllung ihrer Aufgaben grundrechtsgebunden. Sie müssten das Gleichstellungsgebot beachten und zur Verwirklichung der Gleichstellung von Frau und Mann beitragen, was nicht eingelöst werde, wenn die Bürgergemeinde rassistische oder sexistische Strukturen und Zugangskriterien zulasse. Die rechtlichen Grundlagen seien ihres Erachtens unvereinbar mit Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV und auf jeden Fall mit Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV. Damit seien die Regelungen, unabhängig davon, ob die Zünfte öffentliche Aufgaben erfüllten, verfassungswidrig (und mit Blick auf das UNO-Frauenrechtsübereinkommen problematisch) (Gutachten BIRCHER/WYTTENBACH, S. 17).

- 10 Die Bürgergemeinde Basel hat die Unterzeichnenden gebeten, zum vorgenannten Gutachten Stellung zu nehmen. Das vorliegende Gutachten äussert sich dazu aus rein rechtlicher Sicht.
- 11 Der Aufsicht der Bürgergemeinde unterstehen neben den (Grossbasler) Zünften auch die Ehrengesellschaften Kleinbasels, die Vorstadtgesellschaften und die Bürgerkorporation Kleinhüningen (§ 31 Gemeindeordnung der Bürgergemeinde der Stadt Basel vom 22. Oktober 1985 [BaB 111.00]). Der Einfachheit halber wird im Folgenden, soweit nicht auf relevante Unterschiede einzugehen ist, auch für diese Korporationstypen der Oberbegriff «Zünfte» verwendet (so auch JENS VAN DER MEER, Die Rechtsstellung der Basler E. Zünfte und E. Gesellschaften, Diss. 2012, Basel 2013).

II. RECHTSGRUNDLAGEN DER BASLER ZÜNPFTE

1. (Grossbasler) Zünfte

12 Die Basler Zünfte beruhen auf dem Reglement über die Organisation der E. Zünfte der Stadt Basel vom 20. Februar 1990 (Zunftordnung; BaB 155.100). Der Zweck der Zünfte wird in § 1 Zunftordnung umschrieben:

«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 stetigen Gemeinwesens gerichtete Tätigkeiten, und sie pflegen die Geselligkeit.»

§ 2 Zunftordnung nennt die bestehenden Zünfte.

13 § 3 Zunftordnung regelt die Mitgliedschaft mit folgendem Wortlaut:

«¹ In eine Zunft kann jeder männliche und wohlbeleumdete Bürger der Stadt Basel aufgenommen werden, der das 18. Altersjahr zurückgelegt hat, nicht entmündigt ist und nicht bereits bei einer anderen Zunft, ausgenommen die Akademische Zunft, angehört.

² Eine Zunft kann durch Beschluss der Zunftversammlung Frauen den Männern gleichstellen. In diesem Fall gelten die in diesem Reglement umschriebenen Rechte und Pflichten von Zunftbrüdern und Vorgesetzten auch für Frauen.

³ Über die Aufnahme entscheidet der Vorstand auf schriftliches Gesuch des Bewerbers hin, das an den Meister oder den Schreiber zu richten ist.

⁴ [Gebühr]»

14 § 4 Zunftordnung regelt die Wahl der Zunft, §§ 5 und 6 Zunftordnung Austritt und Streichung. §§ 7–12 regeln die Rechte und Pflichten der Zunftbrüder, §§ 13–18 Zunftordnung Organisation und Aufgaben des Vorstandes der Zunft.

15 §§ 19–21 Zunftordnung stehen unter der Überschrift «Aufsicht durch den Bürgerrat». Im Vordergrund der Aufsicht durch den Bürgerrat steht die Vermögensverwaltung (§ 19 Zunftordnung). Diesbezüglich besteht ein besonderes Reglement (§ 19 Abs. 1 Zunftordnung). Verschiedene Geschäfte unterliegen der Genehmigung durch den Bürgerrat (§ 19 Abs. 3 und 4 Zunftordnung).

16 Zunftversammlungen können die Zunftordnung ergänzen; diese Beschlüsse unterliegen ebenfalls der Genehmigung durch den Bürgerrat (§ 20 Zunftordnung). Beschlüsse der Zunftversammlung und des Vorstandes können von jedem Zunftbruder wegen Rechtswidrigkeit oder offensichtlicher Unangemessenheit mit Rekurs beim Bürgerrat angefochten werden; das Verfahren richtet sich nach dem basel-städtischen Organisationsgesetz (§ 21 Zunftordnung).

2. Andere Korporationen

- 17 Die Rechtsgrundlage für die Ehrengesellschaften Kleinbasels ist ähnlich ausgestaltet wie jene für die (Grossbasler) Zünfte. Insbesondere lauten die Zweckbestimmung der Ehrengesellschaften (§ 1 Abs. 2 Reglement über die Organisation der Drei E. Gesellschaften Kleinbasels vom 20. Februar 1990 (Ordnung für die drei E. Gesellschaften; [BaB 155.300]) sowie die massgeblichen Bestimmungen über die Aufnahmevoraussetzungen (§ 2 Abs. 1 f. Ordnung für die drei E. Gesellschaften) weitgehend gleich wie jene für die (Grossbasler) Zünfte (vgl. oben Ziff. 12 f.), wobei die Ordnung für die Drei E Gesellschaften aber hinsichtlich des Wirkungsbereichs («insbesondere Kleinbasel[...]») und der Aufnahmevoraussetzungen (Wohnsitzpflicht) aber gewisse geographische Einschränkungen vornimmt. Unter bestimmten Voraussetzungen kann Grundbesitz in Kleinbasel dem Wohnsitz gleichgestellt werden (§ 2 Abs. 2 Ordnung für die drei E. Gesellschaften). Eine Besonderheit stellen die in der Ordnung für die Drei E. Gesellschaften festgehaltene Mitgliederhöchstzahl von 150 (§ 3 Abs. 1 Ordnung für die Drei E. Gesellschaften) sowie die Zuteilung der Kandidaten durch die «Allgemeine Vorgesetztenversammlung» dar (§ 3 Abs.2 Ordnung für die Drei E. Gesellschaften). Die für die Aufnahme von Frauen massgebliche Bestimmung lautet anlog § 3 Abs. 2 Zunftordnung: «Durch Beschluss der Allgemeinen Versammlung können Frauen den Männern gleichgestellt werden. In diesem Fall gelten die in dieser Ordnung umschriebenen Rechte und Pflichten auch für Frauen» (§ 2 Abs. 1^{bis} Ordnung für die Drei E. Gesellschaften).
- 18 Der Zweck der Vorstadtgesellschaften (§ 1 Reglement über die Organisation der Vorstadtgesellschaften Grossbasels vom 20. Februar 1990 [Vorstadtordnung; BaB 155.200]) entspricht ebenfalls jenem der (Grossbasler) Zünfte, wobei hier der Fokus besonders auf dem jeweiligen Vorstadtbezirk liegt. Im Unterschied zu den (Grossbasler) Zünften und den Ehrengesellschaften Kleinbasels bestehen die Vorstadtgesellschaften jeweils nur aus einem Vorstand von sieben bis zehn Mitgliedern und weisen grundsätzlich keine weiteren Mitglieder auf (§ 3 Vorstadtordnung). Die Voraussetzungen für die Wahl in den Vorstand (§ 4 Vorstadtordnung) sind ähnlich ausgestaltet wie jene für die Aufnahme in die Ehrengesellschaften Kleinbasels bzw. auch in die (Grossbasler) Zünfte (vgl. oben Ziff. 12). Unter bestimmten Voraussetzungen kann Grundbesitz in den Vorstadtbezirken dem Wohnsitz gleichgestellt werden (§ 4 Abs. 3 Vorstadtordnung). Die für die Aufnahme von Frauen massgebliche Bestimmung lautet anlog § 3 Abs. 2 Zunftordnung: «Eine Vorstadtgesellschaft kann durch Beschluss des Vorstands Frauen den Männern gleichstellen. In diesem Fall gelten die in diesem Reglement umschriebenen Rechte und Pflichten auch für Frauen» (§ 4 Abs. 2^{bis} Vorstadtordnung).

- 19 Auch die Zweckbestimmung der Bürgerkorporation Kleinhüningen (§ 1 Abs. 1 Reglement über die Organisation der Bürgerkorporation Kleinhüningen vom 20. Februar 1990 [Korporationsordnung, BaB 155.400]) entspricht jener der (Grossbasler) Zünfte; mit Fokus auf das Quartier Kleinhüningen. Auch die Mitgliedschaftsvoraussetzungen sind ähnlich ausgestaltet, wobei aber ausdrücklich ein Anspruch auf Aufnahme besteht, soweit ein Bewerber die Voraussetzungen erfüllt (§ 2 Abs. 1 Korporationsordnung). Ausserdem ist dem Wohnsitz im Quartier die Abstimmung von einem Mitglied des gemäss der Korporationsordnung definierten «Grundstockes» gleichgestellt (§ 2 Abs. 1 lit. b Korporationsordnung). Die für die Aufnahme von Frauen massgebliche Bestimmung lautet analog § 3 Abs. 2 Zunftordnung: «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» (§ 2 Abs. 1^{bis} Korporationsordnung).
- 20 Im Folgenden wird auf § 3 Abs. 2 Zunftordnung und die weiteren einschlägigen Bestimmungen der Zunftordnung eingegangen. Für § 2 Abs. 1^{bis} Ordnung für die Drei E. Gesellschaften, für § 4 Abs. 2^{bis} Vorstadtordnung und für § 2 Abs. 1^{bis} Korporationsordnung sowie für die weiteren einschlägigen Bestimmungen dieser beiden Reglemente gilt, soweit nicht anders erwähnt, jeweils analog das Gleiche.

III. VERFASSUNGSRECHTLICHE BEURTEILUNG

3. Einleitung und Überblick

21 Gemäss Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV sind Mann und Frau gleichberechtigt. Die Bestimmung verleiht einen direkten, einklagbaren Anspruch auf *Schutz vor benachteiligenden Unterscheidungen aufgrund des Geschlechts* und beinhaltet bzw. konkretisiert insoweit auch das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts i.S.v. Art. 8 Abs. 2 BV (vgl. RAINER J. SCHWEIZER, Diskriminierungsverbot [Abs. 2], in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender [Hrsg.], Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014 [im Folgenden: St. Galler Kommentar BV], S. 206 ff., Art 8 N 69; MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER/REGULA KÄGI-DIENER, Abs. 3, in: St. Galler Kommentar BV, S. 236 ff., Art. 8 N 99; BERNHARD WALDMANN, Art. 8, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney [Hrsg.], Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015 [im Folgenden: Basler Kommentar BV], S. 174 ff.; Art. 8 N 96; GIOVANNI BIAGGINI, BV Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 8 N 24; REGINA KIENER/WALTER KÄLIN/JUDITH WYTTEBACH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018, S. 457). Unter Art. 8 Abs. 3 BV sind Ungleichbehandlungen im Wesentlichen nur noch zulässig, wenn «auf dem Geschlecht beruhende biologische oder funktionale Unterschiede eine Gleichbehandlung absolut ausschliessen» (BGE 129 I 265, 269; vgl. allerdings betreffend Massnahmen zur Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung Art. 3 Abs. 3 Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24. März 1995 [SR 151.1; Gleichstellungsgesetz, GIG]; MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER/REGULA KÄGI-DIENER, Abs. 3, in: St. Galler Kommentar BV, S. 236 ff., Art. 8 N 109). Herkömmliche Rollenverteilungen sowie Traditionen stellen keinen zulässigen Differenzierungsgrund mehr dar (vgl. BIAGGINI, a.a.O., Art. 8 N 28; BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, a.a.O., Art. 8 N 102).

22 Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV enthält den *Auftrag an den Gesetzgeber, für rechtliche und tatsächliche Gleichstellung zu sorgen*. Der Auftrag bezieht sich auf alle Lebensbereiche und richtet sich an alle Stufen des Bundesstaates (BGE 116 Ia 359, 370); es bedarf «gezielter Massnahmen, um stereotype Rollenbilder und gesellschaftlich institutionalisierte Verhaltensmuster und damit einhergehende Benachteiligungen zu beseitigen sowie ein Umdenken in der Gesellschaft einzuleiten» (BGE 137 I 305, 317).

23 Weitgehend gleiche Anforderungen ergeben sich aus dem kantonalen und dem internationalen Recht. Auf Kantonsebene verbieten § 8 Abs. 2 und § 9 Abs. 1 KV direkte Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts, während § 9 Abs. 3 KV einen sich ebenfalls auf alle Lebensbereiche beziehenden Gleichstellungsauftrag enthält (vgl. zum Gehalt von § 8 Abs. 2 KV im Vergleich zu Art. 8 Abs. 3 BV MARKUS SCHEFER/ANDREA

ZIEGLER, Die Grundrechte der Kantonsverfassung Basel-Stadt, in: Denise Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 57 ff., 93 f.). Auf internationaler Ebene ergibt sich aus Art. 2 CEDAW ebenfalls ein Diskriminierungsverbot (insbesondere aus lit. d und f) sowie ein Gleichstellungsauftrag (insbesondere aus lit. e; vgl. zum Ganzen ERIKA SCHLÄPPI/JÖRG KÜNZLI/EVELYNE STURM, Art. 2, Allgemein, in: Erika Schläppi/Silvia Ulrich/Judith Wyttenbach (Hrsg.), CEDAW – Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau, Bern 2015, Art. 2 N 9 ff.; zum über Art. 8 BV hinausgehenden Gehalt BGE 137 I 305, 318).

24 Vorliegend sind unterschiedliche Ansatzpunkte für die Prüfung einer Verletzung von Art. 8 Abs. 3 BV (oder auch von § 9 KV und Art. 2 CEDAW) denkbar. Die Ansatzpunkte sind auseinanderzuhalten. Es geht um die Gleichheit in der Gesetzgebung der Bürgergemeinde (vgl. unten Ziff. 19 ff.), um die direkte verfassungsrechtliche Bindung der Zünfte (vgl. unten Ziff. 26 ff.) und die Bindungen der Zünfte im Privatrecht (vgl. unten Ziff. 42 ff.) sowie um den sich an die Bürgergemeinde richtenden Gleichstellungsauftrag (vgl. unten Ziff. 47 ff.).

4. Zulässigkeit der von der Bürgergemeinde getroffenen Regelung (Gesetzgebung der Bürgergemeinde)

a) Grundrechtsbindung der Bürgergemeinde

25 § 3 Zunftordnung sieht vor, dass Männer aufgenommen werden können, Frauen nur, wenn sie gemäss Beschluss der Zunftversammlung den Männern gleichgestellt worden sind. Aus Sicht der Gutachterinnen verstösst diese Regelung sowohl gegen das Diskriminierungsverbot i.S.v. Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV als auch gegen den Gleichstellungsauftrag i.S.v. Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV. Die Bürgergemeinde und auch der Bürgererrat als ihr gesetzgebendes Organ seien bei der Erfüllung ihrer Aufgaben grundrechtsgebunden (vgl. Gutachten BIRCHER/WYTTENBACH, S. 17).

26 Aus unserer Sicht trifft zu, dass Bürgergemeinde und Bürgerrat grundrechtsgebunden sind. Gemeinden stellen in der Verfassungspraxis der Schweiz die unterste Stufe des dreistufigen Staatsaufbaus dar (vgl. FRANÇOIS BELLANGER, Communes et villes, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler [Hrsg.], Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, S. 753 ff., Rz. 1; DENISE BUSER, Kantonales Staatsrecht, 2. Aufl., Basel 2011; Rz. 577). Soweit in den Kantonen Bürgergemeinden existieren, sind sie in den Verfassungen als eine von mehreren Gemeindearten vorgesehen und als öffentlich-rechtliche Körperschaften konstituiert (vgl. neben § 56 der Verfassung des Kantons Basel-Stadt etwa Art. 107 der Verfassung des Kantons Bern [BSG

101.1]). Bei Bürgergemeinden, die im Wesentlichen nur noch ihr Vermögen verwalten, wird teilweise in Frage gestellt, ob sie zurecht noch als Gemeinden und öffentlich-rechtlich Körperschaften verfasst sind (für den Kanton Wallis klar bejahend, FRANZISKA RUFF, Die Bürgergemeinden des Kantons Wallis, Diss. 2017, Zürich 2018, Rz. 68; kritisch VINCENT MARTENET, L'avenir des communes bourgeoises dans le canton du Valais, unpubliziertes Rechtsgutachten vom 5. April 2012, zit. bei RUFF, a.a.O., Rz. 40). Da die Bürgergemeinden im Kanton Basel-Stadt mit der Verleihung des Gemeindebürgerrechts betraut sind (§ 64 KV; § 21 Abs. 1 Gemeindegesetz vom 17. Oktober 1984 [SG 170.100]), erfüllen sie eine typische Gemeindeaufgabe und damit auch eine Staatsaufgabe. Sie erfüllen damit die Definition öffentlich-rechtlicher Körperschaften als «mitgliedschaftlich verfasste, auf dem öffentlichen Recht beruhende und mit Hoheitsgewalt ausgestattete Verwaltungsträger, die selbständig Staatsaufgaben erfüllen» (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 1633; vgl. auch BGE 117 Ia 107, 112: «Öffentlich-rechtliche Körperschaften sind Personenverbindungen, die an der staatlichen Hoheitssphäre teilhaben»). Bei der Rechtsetzung und mithin beim Erlass der Zunftordnung handelt es sich zudem klarerweise um hoheitliches Handeln, das in jedem Fall grundrechtsgebunden ist (vgl. RAINER J. SCHWEIZER, Art. 35, in: St. Galler Kommentar BV, S. 793 ff., Art. 35 N 43).

b) Vereinbarkeit von § 3 Zunftordnung mit Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV

27 Indem § 3 Zunftordnung als «Default»-Regelung der Mitgliedschaftsvoraussetzungen der Zünfte den Ausschluss von Frauen vorsieht, trifft sie eine rechtliche Differenzierung, die sich nicht zwingend aus auf dem Geschlecht beruhenden biologischen oder funktionalen Unterschieden ergibt. Die in Basel zumindest seit der frühen Neuzeit bestehende Tradition des Ausschlusses von Frauen aus den Zünften (zur Aufnahme von Frauen im Mittelalter vgl. VAN DER MEER, a.a.O., S. 58, m.w.H.) stellt keine verfassungsrechtlich zulässige Rechtfertigung für eine rechtliche Differenzierung nach dem Geschlecht dar. § 3 Zunftordnung verstösst somit gegen Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV sowie auch § 9 Abs. 1 KV und Art. 2 lit. d und f CEDAW.

28 Nichts anderes ergibt sich auch aus Art. 37 Abs. 2 BV. Gemäss dieser Bestimmung dürfen Bürgergemeinden und Korporationen ihre eigenen Bürgerinnen und Bürger in den Bereichen der politischen Rechte und der Beteiligung an ihrem Vermögen bevorzugen (vgl. FELIX HAFNER/DENISE BUSER, Art. 37, in: St. Galler Kommentar BV, S. 843 ff., Art. 37 N 12). Gegenüber ihren eigenen Bürgerinnen und Bürgern haben sie Art. 8 BV aber vollumfänglich zu respektieren (vgl. BGE 132 I 68, 72).

c) Konsequenzen der Unzulässigkeit

29 Anzumerken ist aber, dass § 3 Zunftordnung nur abbildet, was derzeit die *Rechtslage in den Zünften* ist. Die Normativität der Bestimmung ist schwach. Unter ihr sind sowohl die Schlechterstellung von Frauen wie auch ihre vollständige Gleichstellung in den Zünften möglich. Es darf angenommen werden, dass, wenn alle Zünfte in ihrer Ordnung die Aufnahme von Frauen vorgesehen hätten, § 3 Zunftordnung nicht mehr als ein rechtshistorisches Relikt darstellen würde.

30 Zum gleichen Schluss kommt man durch die Überlegung, dass § 3 Zunftordnung auch völlig unverdächtig formuliert werden könnte, die Rechtslage aber letztlich die gleiche bliebe. Vereinfachend könnte § 3 Zunftordnung lauten: «Die Zünfte bestimmen in ihren Zunftordnungen die Voraussetzungen zur Aufnahme.» Diese Bestimmung würde es den Zünften erlauben, ihre bestehenden Strukturen zu bewahren. Die Zulässigkeit des Ausschlusses von Frauen hängt folglich davon ab, ob es den Zünften entweder unmittelbar verwehrt ist, Frauen in ihren Satzungen von der Mitgliedschaft auszuschliessen (unten Ziff. 26 ff.), oder ob die Bürgergemeinde eine verfassungsrechtliche Pflicht trifft, dies durch eine entsprechende Regelung in der Zunftordnung auszuschliessen (unten Ziff. 47 ff.).

31 Die Verfassungswidrigkeit von § 3 Zunftordnung trifft nicht den Kern des Problems. Entscheidend ist, ob die Bürgergemeinde verfassungsrechtlich verpflichtet ist, eine Bestimmung in ihre Zunftordnung aufzunehmen, welche die Zünfte zwingt, auch Frauen aufzunehmen, und ob die Zünfte selbst zur Aufnahme verpflichtet wären.

5. Pflicht der Zünfte zur Aufnahme von Frauen?

a) Grundrechtsbindung aufgrund der Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe?

32 Die Gutachterinnen lassen die Frage offen, ob die Basler Zünfte grundrechtsgebunden sind oder nicht. Auch erachten sie es als «weniger klar», dass die Zünfte heute noch öffentliche Aufgaben erfüllen («funktionaler Ansatz», vgl. Gutachten BIRCHER/WYTTENBACH, S. 6). In der Tat werden die Zünfte als «stiftungsartige, staatsferne, öffentlich-rechtliche Körperschaften» charakterisiert; ihre «Staatsferne» rührt daher, dass sie nicht hoheitlich tätig sind und keine vom Staat an die Basler Korporationen übertragenen öffentlichen Aufgaben (mehr) erfüllen» (VAN DER MEER, a.a.O., S. 166; vgl. auch PHILIPPE SPITZ, Das kantonale Recht und seine Berührungspunkte mit dem Privatrecht, in: Denise Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 919 ff., 949, Fn. 131).

33 Diese «Staatsferne» ergibt sich auch aus den Rechtsgrundlagen. Der Zweck der Zünfte wird sehr offen umschrieben (§ 1 Zunftordnung). Dem Wortlaut der Bestimmung nach

steht das bürgerliche Engagement fürs Gemeinwohl im Vordergrund («fördern einen aktiven Bürgersinn und ein Bewusstsein für die Stadt Basel», «unterstützen die auf das Gedeihen des städtischen Gemeinwesens gerichteten Tätigkeit»). Angesprochen werden auch die Bewahrung von Traditionen («in ihren überkommenen Formen») und die Kontaktpflege unter den Mitgliedern («pflegen die Geselligkeit»). Es liegen folglich eher Aufgaben von privaten gemeinnützigen Organisationen als typische staatliche Aufgaben vor (vgl. VAN DER MEER, a.a.O., S. 166). Zudem ist die Aufsicht der Bürgergemeinde im Wesentlichen auf eine ordnungsgemässe Buchführung und Erhaltung des Zunftgutes beschränkt (vgl. oben Ziff. 14; ausführlich VAN DER MEER, a.a.O., S. 167 ff.). Eine «Steuerung» der Zünfte mittels «Leistungsvereinbarung» o.ä. ist nicht vorgesehen. A priori scheinen deshalb keine staatlichen Aufgaben i.S.v. Art. 35 Abs. 3 BV vorzuliegen, welche zu einer Grundrechtsbindung der Zünfte führen.

- 34 Unter Umständen stellt allerdings bereits die Verwaltung ihres Vermögens durch eine öffentlich-rechtliche Körperschaft eine staatliche Aufgabe dar. Bejaht hat das Bundesgericht dies in verschiedenen Fällen für Korporationen, die der Nutzung von Gemeinmarchen (Allmenden, Wälder, Alpen, vgl. dazu HANS STADLER, Korporationen, in: Historisches Lexikon der Schweiz, <https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/010262/2008-10-30>) dienen (vgl. BGE 117 Ia 107, 114; BGer, Urteil 2C_314/2013 vom 19. März 2013, E. 1.1). Vertreten wird dies auch für die Walliser Bürgergemeinden (RUFF, a.a.O., Rz. 56; vgl. auch oben Ziff. 20).
- 35 Nicht abschliessend geklärt ist, welche zusätzlichen Voraussetzungen neben der Verwaltung eines Vermögens erfüllt sein müssen, damit von einer staatlichen Aufgabe auszugehen ist. Die Lehre stellt teilweise auf das Vorliegen einer Erfüllungspflicht ab (so MARKUS FRIGO, Die Bürger- und Korporationsgemeinden im Kanton Zug, Diss. Zürich 1971, S. 28; grundlegend für öffentliche Aufgaben im Allgemeinen BERNHARD RÜTSCHKE, Was sind öffentliche Aufgaben?, recht 4/2013, S. 153 ff., 159). Das Bundesgericht hat in einem Entscheid die Verwendung des Vermögens im öffentlichen Interesse ausdrücklich vorausgesetzt (BGE 117 Ia 107, 113; vgl. Ruff, a.a.O., Rz. 55 f.), das Vorliegen einer staatlichen Aufgabe aber auch in Fällen bejaht, bei denen das Körperschaftsvermögen in der Form von Nutzungsrechten oder eines Barnutzens bzw. geldwerter Vorteile ganz oder teilweise den Körperschaftsmitgliedern zugute kommt (vgl. BGE 132 I 68).
- 36 Richtig erscheint uns, dass die Verwaltung eines Vermögens auch die Aufgabe jeder Körperschaft ist und deshalb für sich alleine genommen noch keinen öffentlichen Zweck begründet (vgl. RUFF, a.a.O., Rz. 54; HANS SCHMID, Die Ortsgemeinden im Kanton St. Gallen, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 1967, S. 53 f.). Dasselbe lässt sich

über die gemeinnützige Zweckbindung sagen, die auch bei einer privatrechtlichen Stiftung gegeben sein kann. Entscheidend muss aus unserer Sicht deshalb die *Herkunft des Vermögens* sein. Den Fällen, bei denen die Verwaltung von Körperschaftsvermögen öffentlich-rechtlich geregelt ist und als staatliche Aufgabe eingestuft wird, ist gemein, dass das zu verwaltende Vermögen historisch als öffentliches Vermögen eingestuft wurde (vgl. BGE 117 Ia 107, 113: «Geschichtlich handelt es sich beim Korporationsgut um Gemeindevermögen, das im Laufe des 19. Jahrhunderts verselbständigt und vom politischen Gemeindehaushalt abgetrennt wurde», m.H. auf FRIGO, a.a.O., S. 1 ff.; BGer Urteil 2C_314/2013 vom 19. März 2013, E. 1.1.3, m.H. auf JUDITH PETERMANN, Die luzernischen Korporationsgemeinden, 1994, S. 11 f., 69 f., 72, 89 f.: «Die Korporationen gehen auf die mittelalterlichen Dorfgemeinschaften zurück und besitzen die traditionellen Allmendgüter»; BGE 21 379, 386 f.: «[...] die Korporationsgüter also Güter der politischen Gemeinde und somit öffentliche waren», allerdings das Vorliegen einer staatlichen Aufgabe noch verneinend, vgl. dazu auch RUFF, a.a.O., Rz. 55; FRIGO, S. 27; siehe auch BGE 132 I 68, 77, und dazu ALBERT JÖRGER, 600 Jahre Genossame Lachen, *Geschicht einer Allmeindgenossenschaft in der March im Kanton Schwyz*, Lachen 2006).

37 Wird die Verwaltung des Körperschaftsvermögens als staatliche Aufgabe eingestuft, so folgt daraus, dass die Körperschaft als öffentlich-rechtliche Körperschaft einzustufen und dem Staat zuzurechnen ist. Die Regelung der Mitgliedschaft privater Personen in der Körperschaft stellt in diesem Fall zumindest nach einem noch unter der alten Bundesverfassung ergangenen Entscheid hoheitliches und deshalb grundrechtsgebundenes Handeln dar (BGE 117 Ia 107, S. 113 f.). Dies erscheint uns auch nach der funktionalen Sichtweise, die unter der neuen Bundesverfassung Auftrieb erhielt (vgl. BERNHARD WALDMANN, Art. 35, in: *Basler Kommentar BV*, S. 722 ff., N 18 f., 25 f.), nach wie vor gerechtfertigt, denn die Mitgliedschaft steht in einem engen Zusammenhang mit der Erbringung der staatlichen Aufgabe: Die Mitgliedschaftsbedingungen entscheiden darüber, wer an der Verwaltung des Vermögens mitwirken darf und wer gegebenenfalls einen «Barnutzen» oder zumindest geldwerte Vorteile erhält.

38 Der Fall der Basler Zünfte ist allerdings anders gelagert; diese verwalten keine Gemeinmarchen. Ebenso wenig wurde ihr Vermögen über Steuern oder durch staatliche Beiträge geäufnet. Es basiert zu grossen Teilen wohl auf den Gebühren, die neue Mitglieder zum Erwerb des Zunftrechts entrichteten (vgl. FRANZ EGGER, *Zünfte und Gesellschaften in Basel*, Basel 2005, S. 18; VAN DER MEER, S. 18, Fn. 172). Aufgrund des lange herrschenden Zunftzwanges (vgl. EGGER, S. 18) wurden die Beiträge jedoch nicht aufgrund einer privatautonomen Entscheidung entrichtet. Als die Zünfte zur Zeit der Helvetischen Republik aufgelöst wurden, war bezeichnenderweise umstritten, ob

ihr Vermögen privater Natur ist und entsprechend an die Zunftmitglieder verteilt werden darf. Letztlich entschied aber das Direktorium, dass die Zünfte frei über ihre Vermögen verfügen dürfen, immerhin aber zwei Prozent an den Staat abliefern müssen. Die Abtretung gewisser Vermögenswerte an den Staat wurde mit der teilweise gemeinnützigen Verwendung der Zunftvermögen begründet (vgl. zum Ganzen HANS BAUER, Von der Zunftverfassung zur Gewerbefreiheit in der Schweiz, Basel 1929, S. 60 f.). Nach dem Ende der Helvetischen Republik wurde der Zunftzwang wiedereingeführt (BAUER, S. 158), wobei die erneute Öffnung der Zunftvermögen soweit ersichtlich kaum historisch aufgearbeitet wurde.

39 Ende des 19. Jahrhunderts wurde dem Vermögen der Zünfte «Stiftungscharakter» zugesprochen und mit diesem auch die Fortführung der Zünfte als «Corporationen» begründet (Ratschlag des engeren Bürgerrates an den weiteren Bürgerrat betreffend Organisation der Zünfte vom 26. Januar 1881, S. 6, zitiert in Antwort des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt auf die kleine Anfrage P. Bachmann betreffend öffentlich-rechtlichen Status der Zünfte, Regierungsratsbeschluss vom 18. Februar 1992 [im Folgenden: «RRB vom 18. Februar 1992»], S. 3). Verhindert werden sollte die willkürliche Verwendung des Zunftvermögens durch Private (VAN DER MEER, S. 18, Fn. 172). Im Einklang mit dieser Absicht hat die Bürgergemeinde als einzigen Tätigkeitsbereich der Zünfte jenen der Vermögensverwaltung eingehender öffentlich-rechtlich geregelt (vgl. Reglement über die Verwaltung der Korporationsvermögen vom 20. Februar 1990 (BaB 155.700; Verwaltungsordnung). Als die Rechtsform der Zünfte zuletzt auf kantonaler Ebene thematisiert wurde, bezeichnete der Regierungsrat die Zunftvermögen als Grund für deren öffentliche-rechtliche Rechtsform (RRB vom 18. Februar 1992, S. 4) und als Hindernis für eine «Privatisierung» (RRB vom 18. Februar 1992, S. 4 f.).

40 Vor diesem Hintergrund erscheint es uns sowohl sachgerecht als auch der in Basel vorherrschenden Meinung entsprechend, die Zunftvermögen *als privater Herkunft*, aber *einer gemeinnütziger Bindung unterliegend* einzustufen. Das Vorliegen einer staatlichen Aufgabe und einer daraus folgenden Grundrechtsbindung ist aufgrund der dargelegten Kriterien zu verneinen. Dies entspricht dem in der Lehre vertretenen Standpunkt, wonach die Zünfte keine staatlichen Aufgaben wahrnehmen, funktional also Non-Profit-Organisationen entsprechen (VAN DER MEER, a.a.O., S. 166). Eine direkte Grundrechtsbindung der Zünfte ist unseres Erachtens deshalb nicht gegeben.

41 Zu klären ist allerdings, ob die Rechtsordnung solche «stiftungsartige, staatsferne, öffentlich-rechtliche Körperschaften» (VAN DER MEER, a.a.O., S. 166) oder umgekehrt betrachtet auch staatsnahe private Körperschaften in einem öffentlich-rechtlichen Kleid zulässt (um eine gefestigte Figur handelt es sich jedenfalls nicht, vgl. VAN DER MEER,

a.a.O., S. 150) und inwieweit die Zünfte in dieser Rechtsform grundrechtsgebunden bzw. berechtigt sind.

b) Grundrechtsbindung als staatlich anerkannte Körperschaften?

42 Die Zünfte weisen in ihren Tätigkeiten eine grosse Nähe zu privatrechtlichen Körperschaften auf; ihre Überführung in Vereine ist schon im 19. Jahrhundert diskutiert worden (vgl. VAN DER MEER, a.a.O., S. 282 ff., 283, m.w.H.). Es fragt sich damit, ob der formale Hinweis auf das Rechtskleid überzeugend ist und nicht eine funktionale Betrachtungsweise einschlägig sein sollte. Die Zünfte verfügen in ihren Aktivitäten über eine beträchtliche Autonomie.

43 Historisch betrachtet wurden die Zünfte in ihrer heutigen Form zwar durch den Staat ins Leben gerufen, indem dieser nach dem Ende der Helvetischen Republik den Zunftzwang wiedereinführte (Dekret vom 3. Dezember 1803, vgl. BAUER, a.a.O., S. 158). Die Zünfte konstituierten sich allerdings selbst, wobei sich einige dazu auch bis zu dreissig Jahre Zeit liessen (vgl. BAUER, a.a.O., S. 158). Die Zünfte wurden spätestens ab dem Ende des 19. Jahrhunderts zwar als «Corporationen öffentlichen Charakters» (Ratschlag des engeren Bürgerrates an den weiteren Bürgerrat betreffend Organisation der Zünfte vom 26. Januar 1881, S. 6, zitiert in RRB vom 18. Februar 1992, S. 3) eingestuft, was aus unserer Sicht aber nichts daran ändert, dass sich die (Wieder-)Errichtung der Zünfte massgeblich von der Errichtung eines öffentlich-rechtlichen Verwaltungsträgers unterscheidet.

44 Die öffentlich-rechtlichen Rechtsform der Zünfte verbunden mit der staatlichen Aufsicht über Aspekte ihrer Organisation und Vermögensverwaltung wird aus unserer Sicht deshalb zu Recht als *öffentlich-rechtliche Anerkennung* betrachtet (VAN DER MEER, a.a.O., S. 148). Geläufig ist die öffentlich-rechtliche Anerkennung von Körperschaften in den meisten Schweizer Kantonen bei den evangelisch-reformierten, den katholischen und den christkatholischen Gemeinden (auch in Basel-Stadt, vgl. § 126 KV). Diese sind zwar öffentlich-rechtlich verfasst, werden aber nicht der Sphäre des Staates zugerechnet (geläufig ist der Begriff der «hinkenden» Trennung, vgl. FELIX HAFNER, Staat und Religionsgemeinschaften, in: Denise Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 185 ff., 194). In ihrer öffentlich-rechtlichen Konstituierung wird nicht ein staatlicher Errichtungs-, sondern *Anerkennungsakt* gesehen, und sie werden entsprechend als *öffentlich-rechtliche Körperschaften sui generis* eingestuft (vgl. zum Ganzen KONRAD SAHLFELD, Aspekte der Religionsfreiheit, Diss. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 189; FELIX HAFNER, Trennung von Kirche und Staat, BJM 1996 225, 238). Sie können sich nach heute wohl herrschender Ansicht nicht nur auf einen Autonomiebereich (FELIX HAFNER, Kirchen im

Kontext der Grund- und Menschenrechte, Habil. Basel 1991, Freiburg i.Ü. 1992, S. 70), sondern direkt auf die (korporative) Religionsfreiheit berufen (URS JOSEF CAVELTI/ANDREAS KLEY, Art. 15, in: St. Galler Kommentar BV, a.a.O., S. 394 ff., Art. 15 N 27).

45 Aus unserer Sicht steht es den Kantonen frei, neben den Kirchen auch weitere Körperschaften in ähnlicher Weise öffentlich-rechtlich anzuerkennen, soweit dafür ein öffentliches Interesse (Art. 5 Abs. 2 BV) besteht. Ein solches Interesse kann mindestens für altrechtliche Körperschaften angenommen werden, die durch die Einführung des ZGB nicht einfach beseitigt wurden (vgl. Art. 6b SchlT ZGB). Der Vergleich mit den Kirchen, die sich auf die Religionsfreiheit berufen können, spricht dafür, dass die Zünfte dem *verfassungsrechtlichen Schutz der Vereinigungsfreiheit* (Art. 23 BV) unterstehen, der zwar für privatrechtliche Gebilde geschaffen wurde, die Subsumption vergleichbarer altrechtlicher Gebilde auch nicht ausschliessen wollte.

46 Im Fall der öffentlich-rechtlich konstituierten Kirchen ist allerdings unbestritten, dass diese in gewissen Belangen grundrechtsgebunden sind. Teilweise wird eine umfassende Grundrechtsbindung postuliert (so etwa BERNHARD EHRENZELLER, Zukunftsperspektive: Trennung von Kirche und Staat oder neue Kooperationsformen?, in: Libero Gerosa/Ludger Müller [Hrsg.], Katholische Kirche und Staat in der Schweiz, Wien 2010, S. 187 ff., 192). Während die Einzelheiten umstritten sind, ist immerhin klar, dass die Kirchen grundrechtsgebunden sind, soweit sie hoheitlich handeln (etwa Steuern erheben, vgl. DENISE BUSER, Verbindlichkeiten und Impulse des staatlichen Gleichstellungsrechts für die Kirchen, in: Denise Buser/Adrian Loretan [Hrsg.], Gleichstellung der Geschlechter und die Kirchen, Freiburg i.Ü. 1999, S. 22 ff., 27; GUISEP NAY, Kirche und Staat im Lichte der Religionsfreiheit, in: Adrian Loretan/Franco Luzatto [Hrsg.], Gesellschaftliche Ängste als theologische Herausforderung, Münster 2004, S. 65 ff., 77). Darüber hinaus sind sie an die Verfahrensgrundrechte gebunden, soweit sie Entscheide fällen, die auf dem öffentlich-rechtlichen Rechtsweg überprüft werden können (siehe etwa Kantonsgericht Basel-Landschaft, KGE VV vom 5. September 2007 i.S. Röm.-kath. Kirchgemeinde Röschenz; Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden, Urteil U 16 84 vom 5. Dezember 2017, bestätigt in BGE 145 I 121 ff.; vgl. HAFNER, Kirchen im Kontext der Grund- und Menschenrechte, a.a.O., S. 336 f.; mit ausführlicher Begründung im Kontext des deutschen Rechts MARCUS ARNING, Grundrechtsbindung der kirchlichen Gerichtsbarkeit, Diss. Münster 2016, Baden-Baden 2017, S. 308 ff.).

47 Soweit die Zünfte ihre Zunftordnungen abweichend von der von der Bürgergemeinde erlassenen Zunftordnung regeln, liegt aus unserer Sicht aufgrund der Entstehungsgeschichte der Zünfte (vgl. oben Ziff. 37) kein hoheitlicher Akt vor, dessen Erlass oder Anwendung eine unmittelbare Grundrechtsbindung implizieren würde. Da gegen Entscheide der Zunftversammlung oder des Vorstandes Rekurs an den Bürgerrat erhoben

werden kann (§ 21 Zunftordnung), ergibt sich immerhin eine Bindung an die Verfahrensgrundrechte. Eine unmittelbare Bindung an das Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV erscheint uns hingegen nicht gegeben. Damit indiziert auch die Anerkennung der Zünfte durch die Bürgergemeinde keine (direkte) Grundrechtsbindung der Zünfte; vielmehr sollten Zünfte als potenziell grundrechtsberechtigt angesehen werden.

c) *Zivilrechtliche Zulässigkeit eines Ausschlusses*

48 Werden die Zünfte – gesamthaft oder zumindest hinsichtlich der Festlegung ihrer Mitgliedschaftsvoraussetzungen und deren Vollzug – als nicht grundrechtsgebunden erachtet, so sind diesbezüglich die entsprechenden zivilrechtlichen Regelungen zu beachten, sei es unmittelbar anwendbares Privatrecht, sei es per Analogie. Das Vereinsrecht (Art. 60 ff. Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 [ZGB; SR 210]) äussert sich zur Frage der Zulässigkeit eines Ausschlusses von Personen aufgrund ihres Geschlechts nicht ausdrücklich. Diskriminierende Mitgliedschaftsregelungen bzw. ihre Anwendung lassen sich aber unter den Tatbestand der widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung i.S.v. Art. 28 Abs. 1 ZGB subsumieren (vgl. HANS M. RIEMER, Die Vereine, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 60–79 ZGB, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Bd. I.3.2, Bern 1990, Art. 70 N 68; ANTON HEINI/WOLFGANG PORTMANN/MATTHIAS SEEMANN, Grundriss des Vereinsrechts, Basel 2009, Rz. 195; vgl. auch RUTH ARNET, Freiheit und Zwang beim Vertragsabschluss, Habil. Basel 2006, Bern 2008, Rz. 513).

49 Zur Abgrenzung von zulässigen und unzulässigen Aufnahmeverweigerungen hat die Lehre Kriterien entwickelt, die dem Gedanken der praktischen Konkordanz entsprechend eine möglichst schonende Abwägung zwischen der Vereinigungsfreiheit (Art. 23 BV) und dem Diskriminierungsverbot bzw. dem Gleichstellungsauftrag (Art. 8 Abs. 3 BV) ermöglichen. Zulässig ist der Ausschluss von Personen eines bestimmten Geschlechts demnach zunächst, soweit er in einem sachlichen Zusammenhang zum Vereinszweck steht (RIEMER, a.a.O., Art. 70 N 68), was beispielsweise bei Vereinen gegeben ist, deren Zweck in der Vertretung der Interessen von Männern oder von Frauen besteht. Umso eher zulässig ist ein Ausschluss zudem, je mehr die Vereinstätigkeit einen persönlichkeitsnahen Bereich beschlägt. Je stärker die Vermittlung ökonomischer Vorteile im Vordergrund steht, desto eher ist ein Ausschluss hingegen unzulässig (vgl. SAMANTHA BESSON, Liberté d'association et égalité de traitement, ZSR 2001 43, 67 f., 72 f.). Nach diesen Massstäben wird ein aus Männer bestehender Lesezirkel den Ausschluss von Frauen wohl rechtfertigen können, ein Rotary-Club hingegen eher nicht

(vgl. BESSON, a.a.O., S. 71, 73). Einschränkend ist festzuhalten, dass mangels einschlägiger Rechtsprechung kaum verlässliche Aussagen darüber gemacht werden können, wie die Gerichte entsprechende Fälle entscheiden würden. Das Bundesgericht erwog im Verfahren des Vereins Zofingia gegen die Universität Lausanne (BGE 140 I 201; vgl. dazu unten Ziff. 47 ff.) sinngemäss, es sei nicht zu entscheiden, ob die Statuten bzw. die Aufnahmepraxis des Vereins angesichts der Vereinigungsfreiheit und der zivilrechtlichen Vereinsautonomie mit dem Grundsatz der Geschlechtergleichheit vereinbar seien, und äusserte sich zu dieser Frage im Folgenden nicht weiter (BGE 140 I 201, 205; vgl. dazu unten Ziff. 47 ff.). Somit kann diesbezüglich allein auf – nicht dem Test der Rechtsprechung unterworfenen und entsprechend auch wenig breit diskutierte – Lehrmeinungen abgestellt werden.

50 Der Zweck der Zünfte lässt sich kurz mit den drei Aspekten des gemeinnützigen Engagements, dem Erhalt der Traditionen der Zünfte sowie der Kontaktpflege unter ihren Mitgliedern umreissen (vgl. oben Ziff. 27). Ein sachlicher Grund für den Ausschluss von Frauen ergibt sich aus diesen Zwecken unseres Erachtens nicht. Der Ausschluss von Frauen ist zudem keine spezifisch zünftische Tradition, sondern Ausfluss des bis ins 20. Jahrhundert vorherrschenden Rollenbildes (vgl. nur das erst am 7. Februar 1971 auf Bundesebene eingeführte Frauenstimmrecht), das unter Art. 8 Abs. 3 BV keine Rechtfertigung für Diskriminierungen mehr darstellt (vgl. oben Ziff. 15). Die Zünfte sind zudem als Einrichtungen des bürgerlichen Engagements für die Stadt Basel (vgl. oben Ziff. 27) und als wichtige gemeinnützige Akteure (vgl. Jahresbericht 2019 des Bürgerrates der Bürgergemeinde der Stadt Basel, S. 221: «Mit finanziellen Vergabungen, die je nach Zunft- oder Gesellschaftsvermögen recht ansehnlich sind, werden jedes Jahr soziale und gemeinnützige Institutionen dieser Stadt substanziell unterstützt.») in der Stadt Basel zu werten und stehen grundsätzlich allen Inhabern des Bürgerrechts offen (§ 3 Abs. 1 Zunftordnung). Daraus folgt, dass die Zünfte nicht in einem persönlichkeitsnahen, sondern in einem öffentlichkeitsnahen Bereich tätig sind. Plausibel erscheint uns zudem, dass die Kontaktpflege in den Zünften, die als «solides, stabiles Netzwerk» beschrieben werden (FELIX W. EYMANN, Vorwort des Bürgerratspräsidenten, in: Max Pusterla [Hrsg.], Die Basler Zünfte, Basel 2008, S. 7), durchaus auch mit weiteren Vorteilen einhergeht. Zu keinem anderen Schluss gelangen wir im Übrigen hinsichtlich der Ehrengesellschaften Kleinbasels, Vorstadtgesellschaften und der Bürgerkorporation Kleinhüningen. Ungeachtet des teilweise unterschiedlichen historischen Hintergrunds (vgl. dazu VAN DER MEER, S. 69 f., 71) ist ihre Zweckbestimmung heute im Wesentlichen die gleiche wie jene der (Grossbasler) Zünfte (vgl. oben Ziff. 17).

51 Im Ergebnis erscheint unter den in der Lehre vertretenen Gesichtspunkten kein überwiegendes Interesse der Zünfte am Ausschluss von Frauen zu bestehen. Der Ausschluss von Frauen könnte sich folglich als widerrechtlich i.S.v. Art. 28 Abs. 1 ZGB erweisen, dies allerdings nur, soweit einer Frau konkret die Aufnahme verweigert und die in der Lehre vertretene Auffassung von der Rechtsprechung anerkannt werden würde. Die Rechtslage ist in dieser Frage aber nicht geklärt.

52 Insgesamt kommen wir deshalb zum Schluss, dass die Basler Zünfte weder von ihren Aufgaben noch von ihrer Organisationsform her unmittelbar verfassungsrechtlich zur Aufnahme von Frauen verpflichtet sind. Ob ein solcher Ausschluss allerdings in zivilrechtlicher Hinsicht heute noch haltbar ist, erachten wir als fraglich. Die Nähe der Zünfte zum öffentlichen Leben und zu staatlichen Aufgaben spricht dagegen.

6. Pflicht und Berechtigung der Bürgergemeinde zur Durchsetzung des Gleichstellungsauftrags

53 Die Gutachterinnen setzen sich kritisch mit dem (vergleichsweise neuen) BGE 140 I 201 ff. auseinander. In diesem Urteil korrigierten die Gerichte eine Entscheidung der Universität Lausanne, einer Studentenverbindung gewisse Privilegien zu entziehen, weil diese keine Frauen aufnahm. Dabei war unbestritten, dass der Ausschluss von Frauen den Zielen der (grundrechtsgebundenen) Universität widersprach. Gleichwohl musste die Universität diese Aktivitäten nicht nur tolerieren, sondern sie mit den Aktivitäten anderer Vereine gleichstellen. Für das Bundesgericht waren die Vereinsfreiheit der Studentenverbindung, verbunden mit dem allgemeinen Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV), höher zu gewichten als die gleichheitspolitischen Zielsetzungen der Universität.

54 Die Gutachterinnen äussern grundsätzliche Vorbehalte gegen diese Entscheidung (Gutachten BIRCHER/WYTTENBACH, S. 11). In der Lehre ist die Entscheidung kritisch aufgenommen worden. Sie führe zu einer öffentlich-rechtlich anerkannten Geschlechtsdiskriminierung unter Privaten (HANS M. RIEMER, Vereinigungsfreiheit dominiert Verbot der Geschlechterdiskriminierung, recht 2014 233, 233 f.), wiege die involvierten Interessen unvollständig und widersprüchlich ab (DENISE BUSER, Besprechung BGer 2C_421/2013, AJP 2014 1715, 1718 ff.) und beruhe womöglich auf dem Irrtum, eine Verweigerung der Anerkennung der Studentenverbindung würde die Unterstützung etwa von Vereinen schwuler Studenten verunmöglichen (vgl. RIEMER, a.a.O., 234). Mildere Mittel zur Beseitigung der konkret bestehenden Diskriminierung seien nicht ersichtlich (vgl. BUSER, a.a.O., 1721). Hingewiesen wird ausserdem auf den Umstand, dass es sich beim Entscheid um eine Willkürprüfung eines kantonalen, zugunsten der Studentenverbindung ergangenen Entscheids handelte (JUDITH WYTTENBACH,

ZBJV 2015 717, 729), was uns nicht restlos überzeugt, da das Bundesgericht die entscheidende Frage der Reichweite von Art. 8 Abs. 3 BV mit voller Kognition überprüfen konnte.

55 Für die Gutachterinnen ist der Fall nicht einschlägig, weil die Basler Zünfte nicht Träger von Freiheitsrechten seien (Gutachten BIRCHER/WYTTENBACH, S. 11). Unseres Erachtens greift diese Betrachtungsweise zu kurz. Wie dargelegt (vgl. oben Ziff. 39) können sich die Zünfte aus unserer Sicht auf die Vereinigungsfreiheit stützen. Zu beachten ist allerdings, dass die Zünfte anders als die Studentenverbindung nicht als Verein konstituiert sind, dass die Verwaltung ihrer Vermögen wenn auch nicht als Staatsaufgabe so doch als von hohem öffentlichen Interesse betrachtet wird und dass den Zünften in der Stadt Basel eine besondere Stellung und wichtige Rolle zukommt. Die Erwägungen in BGE 140 I 201 ff. lassen sich deshalb nicht ohne Weiteres auf den Fall der Zünfte übertragen – auch wenn dieser Entscheid ohne Zweifel ein wichtiges Präjudiz in Richtung Zulässigkeit des heutigen Rechtszustandes darstellt.

56 Der Gleichstellungsauftrag nach Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV verpflichtet die Gesetzgeber aller staatlicher Ebenen (vgl. oben Ziff. 19), das Diskriminierungsverbot i.S.v. Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV auch in den Rechtsbeziehungen unter Privaten wirksam werden zu lassen (WALDMANN, Art. 8, a.a.O., N 105). Wie weit der Staat dabei gehen darf und muss, ist in Abwägung mit der grundrechtlich geschützten Privatautonomie zu ermitteln (WALDMANN, Art. 8, a.a.O., N 105; vgl. auch BGE 142 I 49, 73; 140 I 201, 209 ff.; ähnlich Gutachten BIRCHER/WYTTENBACH, S. 13 f., strenger möglicherweise mit Bezug auf das UNO-Frauenrechtsübereinkommen, S. 15 f.). Der Gleichstellungsauftrag beinhaltet keine direkte Drittwirkung und ist entsprechend beschränkt justiziabel (vgl. BIAGGINI, a.a.O., Art. 8 N 30 f.). Zwar verpflichtet der Gleichstellungsauftrag auch die rechtsanwendenden Behörden, dem Geschlechtergleichheitsgebot in den Schranken ihrer Zuständigkeit zum Durchbruch zu verhelfen (BGE 140 I 201, 209; 137 I 305, 317). Das Bundesgericht kann aber «ohne klare und konkrete rechtliche Vorgaben [...] nicht selbst Massnahmen anordnen oder solche ergänzen» (BGer, Urteil 1C_504/2016 vom 19. Oktober 2017, E. 6.3). Immerhin können Gerichte im Rahmen ihrer Erwägungen die mangelhafte Erfüllung des Gleichstellungsauftrags bzw. eine entsprechende Pflicht festhalten (vgl. BGE 137 I 305, 326). Dies kommt vor allem dann in Frage, wenn der Gesetzgeber gänzlich untätig geblieben ist (vgl. BGer, Urteil 1C_504/2016 vom 19. Oktober 2017, E. 6.3: «Während sich eine vollständige Untätigkeit relativ leicht feststellen lässt, kann es aus rechtlicher Sicht schwierig sein zu beurteilen, ob ein kantonaler Erlass den verfassungs- und völkerrechtlichen Auftrag wirksam und vollständig umsetzt [...]»).

- 57 Die vorzunehmende Abwägung zwischen der durch den Gleichstellungsauftrag (Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV) und der durch die Vereinigungsfreiheit (Art. 23 BV) geschützten Interessen ist im Wesentlichen dieselbe, wie sie unter zivilrechtlichen Gesichtspunkten bereits skizziert wurde. Sachliche Gründe für den Ausschluss von Frauen sind kaum ersichtlich und der Charakter der Zünfte spricht gegen die Zulässigkeit eines Ausschlusses (vgl. oben Ziff. 42 ff.). Zu prüfen ist allerdings, ob zusätzlich noch öffentliche Interessen in die Abwägung einzubeziehen sind (vgl. sogleich Ziff. 52) und inwieweit die öffentlich-rechtliche Rechtsform der Zünfte bzw. ihre – hier vertretene – öffentlich-rechtliche Anerkennung zu berücksichtigen ist (vgl. unten Ziff. 54).
- 58 Am Erhalt von Traditionen kann ein öffentliches Interesse bestehen (vgl. BGer, Urteil 1C_383/2016, 1C_409 vom 13. Dezember 2017, E. 3.1). 1992 stellte sich der Regierungsrat denn auch auf den Standpunkt, dass mit der Aufnahme von Frauen möglicherweise der Charakter der Zünfte als Traditionsvereinigungen verloren ginge (RRB vom 18. Februar 1992, S. 6):
- «Zum Selbstverständnis eines Gemeinwesens wie Basel gehören nicht nur die Gegenwart und die Zukunft, sondern auch die Vergangenheit, deren Strukturen in den Zünften als «Denkmäler» heute noch erkennbar werden. Die Vergangenheit, in der die Frauen eine andere Rolle gespielt haben als heute, können wir aber nicht ändern, indem wir die Denkmäler ändern».*
- 59 Die vom Regierungsrat vertretene Haltung wurde teilweise auch in der Lehre aufgenommen (VAN DER MEER, a.a.O., S. 58). Zu beachten ist allerdings, dass der Verfassungsgeber mit dem in Art. 8 Abs. 3 Satz 2 verankerten Gleichstellungsauftrag dem Erhalt diskriminierender Traditionen eine klare Absage erteilt hat (vgl. oben Ziff. 15). Der Staat kann sich folglich nicht auf ein entsprechendes öffentliches Interesse berufen. Ausserdem erscheint der Vergleich mit Denkmälern nur bedingt stimmig: Die Zünfte werden auch heute noch als wichtige gemeinnützige Akteure und als wichtiges Netzwerk in der Stadt Basel eingestuft (vgl. oben Ziff. 44). Der Ausschluss von Frauen ist zudem nicht eine spezifisch zünftische Tradition (vgl. oben Ziff. 44). Dass verschiedene Zünfte bereits Frauen aufnehmen (Zunft zu Schneidern, Zunft zu Gärtnern und Akademische Zunft, vgl. VAN DER MEER, a.a.O., S. 58), zeigt zudem, dass auch Frauen die zünftischen Traditionen pflegen können. Das Interesse der Zünfte an einer Aufrechterhaltung des Ausschlusses von Frauen erscheint vergleichsweise gering (vgl. zur Stichhaltigkeit des Kontinuitätsarguments bei bröckelndem Konsens im religiösen Kontext DENISE BUSER, Die unheilige Diskriminierung, Eine juristische Auslegeordnung für die Interessenabwägung und Religionsfreiheit beim Zugang zu religiösen Leitungsämtern, Wien/Berlin 2014, S. 37 f.).

60 Auch wenn die öffentlich-rechtliche Rechtsform der Zünfte sowie ihre damit verbundene Anerkennung durch den Staat aus unserer Sicht keinen direkte Grundrechtsbindung zur Folge haben (vgl. oben Ziff. 41), so ist doch zu berücksichtigen, dass der Staat aufgrund seiner Aufsichtsfunktion eine besondere Verantwortung für die Struktur und die Vermögensverwaltung der Zünfte trägt. Dies schliesst aus unserer Sicht die Verantwortung dafür ein, dass auch interessierte Bürgerinnen der Stadt Basel an der gemeinnützigen Verwendung von Geldern mitwirken und von der Verwendung von Geldern für «gesellige Zwecke» profitieren können. Dafür wendeten die Zünfte im letzten Jahr immerhin rund 0,7 Millionen Franken auf bei Gesamtausgaben von 3,8 Millionen Franken (Jahresbericht 2019 des Bürgerrates der Bürgergemeinde Basel, S. 215). Dass diese gemeinnützig gebundenen Gelder (vgl. oben Ziff. 34) unter der Aufsicht des an den Gleichstellungsauftrag (Art. 8 Abs. 3 BV) gebundenen Staates teilweise ausschliesslich zugunsten der männlichen Inhabern des Bürgerrechts verwendet werden dürfen, erachten wir als problematisch. Dies gilt aus unserer Sicht im Übrigen unabhängig davon, ob die Zahl der Mitglieder offen oder beschränkt ist, wie dies bei den Ehrengesellschaften Kleinbasels und besonders auch bei den Vorstadtgesellschaften der Fall ist (vgl. oben Ziff. 17).

61 Auch aus einem Vergleich mit den Kirchen lässt sich kein überwiegendes Interesse der Zünfte am Ausschluss von Frauen ableiten. So erscheint höchst fraglich, ob die Landeskirchen als öffentlich-rechtliche Körperschaften Frauen von der Mitgliedschaft ausschliessen dürften. Herkömmlicherweise wird zwar vertreten, dass sich die Kirchen in der Frage der Priesterordination auf ihre Autonomie in religiösen Fragen bzw. die korporative Religionsfreiheit berufen und diese dem Gleichstellungsauftrag entgegensetzen können (vgl. etwa ANDREAS KLEY, Das Religionsrecht der alten neuen Bundesverfassung, in: René Pahud de Mortanges [Hrsg.], Das Religionsrecht der neuen Bundesverfassung, Freiburg i.Ü. 2001, S. 9 ff., 15). Diese Freiheit wird allerdings nur der römisch-katholischen Kirche zugestanden, bei der es sich um eine staatsvertraglich anerkannte Person ausländischen bzw. kanonischen Rechts handelt, die grundrechtsberechtigt ist (BGE 145 I 121, 128 f.). In der Lehre wird zudem zunehmend vertreten, dass sich der Gleichstellungsauftrag auch zur Durchsetzung in Kirchen eigne (für entsprechende Verpflichtungen im Rahmen der staatlichen Anerkennung etwa DENISE BUSER, Diskriminierung von Frauen im Religionsbereich? Staat und Religion im Konflikt, BJM 2017 61, 67) und eine vorzunehmende Interessenabwägung bei einem Begehren auf Zulassung zur Priesterausbildung durchaus zugunsten der Gleichberechtigung ausfallen könnte (BUSER, Unheilige Diskriminierung, a.a.O., S. 47 ff.). Mit Freiburg macht ein Kanton die öffentlich-rechtliche Anerkennung weiterer Kirchen sogar ausdrücklich von der Beachtung der Grundrechte abhängig (Art. 142 Abs. 2 Verfassung

des Kantons Freiburg vom 16. Mai 2004 [SR 131.219]). Im Fall der Zünfte fehlt jedenfalls im Vergleich zu den Kirchen das Argument, die Zulassung von Frauen würde gegen religiöse Überzeugungen verstossen.

62 Insgesamt legt der Gleichstellungsauftrag der Bürgergemeinde aus unserer Sicht nahe, dass sie die Strukturen der Zünfte in der Weise festlegt, dass Frauen aufgenommen werden können und auch tatsächlich aufgenommen werden. Es steht der Bürgergemeinde frei, von der Vereinigungsfreiheit geschützte Interessen der Zünfte im Rahmen der vorzunehmenden Abwägung zu berücksichtigen. Zu beachten hat sie allerdings, dass der Ausschluss von Frauen bereits unter zivilrechtlichen Gesichtspunkten zumindest als heikel zu beurteilen ist und die öffentlich-rechtliche Anerkennung der Zünfte durch Staat, ihre öffentlich-rechtliche Konstituierung und die Aufsichtsfunktion der Bürgergemeinden dafür sprechen, dass der Staat seinen Gleichstellungsauftrag strenger umsetzt als gegenüber privaten Körperschaften.

63 Dies spricht dafür, dass die Bürgergemeinde die Frage zuhanden der Zünfte verbindlich klärt. Sie kann die Erstentscheidung in dieser Frage aber auch den Zünften überlassen, was deren Autonomie grundsätzlich besser entspricht. Im Gegensatz zur Anpassung von § 3 Zunftordnung, die wir für rechtlich zwingend halten, spricht der Gleichstellungsauftrag zwar für die Zulassung von Frauen in den Zünften, lässt aber aufgrund seiner schwächeren normativen Verbindlichkeit der Bürgergemeinde Spielraum für eine andere Entscheidung.

IV. SYNTHESE

1. Pflicht der Bürgergemeinde zur Anpassung der Zunftordnung

64 Nach § 3 Zunftordnung können grundsätzlich nur Männer Zunftmitglieder werden (Abs. 1), es steht den Zünften aber frei, eine abweichende Regelung zu beschliessen (Abs. 2). In dieser «Default»-Regelung ist eine gesetzliche Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts zu erblicken. Eine solche liesse sich im Wesentlichen nur rechtfertigen, wenn sie sich zwingend aus biologischen oder funktionalen Unterschieden zwischen den Geschlechtern ergeben würde. Insbesondere stellen traditionelle Rollenbilder oder Traditionen keine verfassungsrechtlich zulässigen Rechtfertigungen für gesetzliche Ungleichbehandlungen dar. Eine verfassungsrechtlich zulässige Rechtfertigung ist vorliegend nicht ersichtlich, weshalb § 3 Zunftordnung gegen das Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV sowie § 9 Abs. 1 KV und Art. 2 lit. d und f CEDAW verstösst (vgl. oben Ziff. 21 f.). Die Grundrechtsbindung der Bürgergemeinde steht ausser Frage.

65 Unseres Erachtens ist die Bürgergemeinde rechtlich verpflichtet, die Zunftordnung (sowie die Vorstadtordnung, die Ordnung für die Drei E Gesellschaften und die Korporationsordnung) verfassungskonform anzupassen. Dies trifft allerdings nicht den Kern der vorliegenden Problematik.

2. Keine (rechtliche) Pflicht der Bürgergemeinde zur direkten Verpflichtung der Zünfte (Gleichstellungsauftrag)

66 Im Rahmen der Anpassung der Zunftordnung muss die Bürgergemeinde entscheiden, ob sie den Zünften die Aufnahme von Frauen *verbindlich vorschreiben* will oder ob sie diese Frage im *Autonomiebereich der Zünfte* belässt. Um Frauen die Aufnahme in die Zünfte zu ermöglichen, würde es aus unserer Sicht genügen, den Kreis der potenziellen Zunftmitglieder entweder mit einer beide Geschlechter umfassenden oder mit einer geschlechtsneutralen Formulierung zu umschreiben (etwa «alle wohlbeleumdeten Bürgerinnen und Bürger der Stadt Basel» oder «wer das Bürgerrecht der Stadt Basel besitzt und über einen einwandfreien Leumund verfügt»). Auch die restliche Zunftordnung wäre entweder beide Geschlechter umfassend oder geschlechterneutral zu formulieren. Im Rahmen von § 4 Zunftordnung müssten die Zünfte insbesondere auch weibliche Angehörige der Zunftberufe bzw. -gewerbe und weibliche Nachkommen von Zunftmitgliedern aufnehmen, aber auch sonstige weibliche Inhaberinnen des Bürgerrechts, soweit keine ausserhalb des Geschlechts und im Ermessen der Zünfte liegenden Gründe dagegen sprechen. Mit einem gegenteiligen Entscheid würden die Zünfte ihr

Ermessen i.S.v. § 4 Abs. 1 Zunftordnung überschreiten und der Bürgerrat müsste einem entsprechenden Rekurs i.S.v. § 21 Abs. 1 Zunftordnung stattgeben, immer vorausgesetzt, die Bürgergemeinde entscheidet sich für diese Lösung.

- 67 Um die Frage im Autonomiebereich der Zünfte zu belassen, könnte die Bürgergemeinde § 3 Abs. 1 und 2 Zunftordnung ersetzen und etwa wie folgt formulieren: «Die Zünfte bestimmen in ihren Zunftordnungen die Voraussetzungen zur Aufnahme» (vgl. bereits oben Ziff. 24). Konsequenterweise wäre dann aber auch § 4 Zunftordnung aufzuheben, namentlich die Regelung, wonach den Angehörigen der zünftischen Berufe bzw. Gewerbe, ihren Nachkommen und im Grundsatz auch anderen Inhabern des Bürgerrechts den Zugang zu den Zünften gewährt wird. Die Formulierung «Zunftbruder» könnte belassen werden, da schon heute diese Bestimmung auch auf Frauen angewendet wird (was allerdings in einem gewissen Widerspruch zum seit 1982 im Kanton Basel geltenden Grundsatz steht, wonach Gesetze geschlechtsneutral formuliert werden müssen, vgl. dazu die Richtlinien des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt über die formelle Gesetzestechnik und die geschlechtsneutrale Gesetzessprache vom 28. September 1982, S. 15).
- 68 Beim Entscheid darüber, ob die Frage der Aufnahme von Frauen im Autonomiebereich der Zünfte liegen oder ob die Aufnahme den Zünften verbindlich vorgeschrieben werden soll, muss sich die Bürgergemeinde mit dem Gleichstellungsauftrag nach Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV auseinandersetzen. Dieser legt nahe, dass die Bürgergemeinde die Strukturen der Zünfte in der Weise festlegt, dass Frauen aufgenommen werden können und auch tatsächlich aufgenommen werden (vgl. oben Ziff. 56). Dafür sprechen namentlich zivilrechtliche Argumente. Eine andere Auffassung ist diesbezüglich aber angesichts der vom Bundesgericht in BGE 140 I 201 ff. vorgenommenen Gewichtung der Privatautonomie (vgl. oben Ziff. 47 ff.) juristisch vertretbar. Eine direkte Grundrechtsbindung aufgrund der Aufgaben oder der Rechtsform der Zünfte verneinen wir; vielmehr ist den Zünften die Grundrechtsträgerschaft zuzugestehen. Darauf ist sogleich zurückzukommen.
- 69 Die Rechtslage ist aus dieser Sicht nicht derart klar, dass die Bürgergemeinde den Entscheid nicht den Zünften überlassen könnte und der Gleichstellungsauftrag eine direkte Intervention der Bürgergemeinde verbindlich gebietet. Dem Gleichstellungsauftrag kommt nur beschränkte Justiziabilität zu (vgl. oben Ziff. 50). Überdies besteht auch bei einer Erstverantwortung der Zünfte die Möglichkeit und die Verpflichtung, einen konkreten Entscheid eine Zunft über die Aufnahme bzw. Nichtaufnahme einer Frau zu fällen (vgl. unten Ziff. 68).

3. (Möglicher) Entscheid der Zünfte

- 70 Weist die Bürgergemeinde die Frage der Aufnahme von Frauen dem Autonomiebereich der Zünfte zu, ist es primär an diesen, über die Frage der Aufnahme zu entscheiden, sei es, dass sie ihre Ordnungen anpassen (generell-abstrakt), sei es, dass sie mit dem Aufnahmegesuch einer Frau konfrontiert sind, die trotz des generellen Ausschlusses von Frauen ein Aufnahmegesuch stellt (individuell-konkret).
- 71 Bei dieser Frage müssen sich die Zünfte dabei genau mit den Überlegungen auseinandersetzen, wie sie hier betreffend ihrer Grundrechtsbindung und Verpflichtungen aus dem Vereinsrecht erörtert wurden. Von Belang ist dabei, ob die Zünfte selber an das Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV gebunden sind und ob sie andernfalls zivilrechtlich zur Aufnahme von Frauen verpflichtet sind.
- 72 Ob die Zünfte selber grundrechtsgebunden sind, hängt davon ab, ob sie staatliche Aufgaben wahrnehmen oder nicht. Aufgrund der geltenden Rechtsgrundlagen ist das zu verneinen; es fehlt auch eine Leistungsvereinbarung o.ä., welche die Zünfte in diesem Sinne verpflichten. Eine staatliche Aufgabe liegt auch nicht in der Verwaltung des Zunftvermögens, weil dieses historisch den Zünften selbst gehört (vgl. oben Ziff. 34). Es liegt also keine staatliche Aufgabe vor. Eine Grundrechtsbindung (für die hier zu beantwortende Fragestellung) ergibt sich auch nicht aus der Anerkennung durch die Bürgergemeinde. Der Vergleich mit den Kirchen, die sich auf die Religionsfreiheit berufen können, spricht vielmehr dafür, dass sich die Zünfte auf den verfassungsrechtlichen Schutz der Vereinigungsfreiheit (Art. 23 BV) berufen können (vgl. oben Ziff. 36 ff.).
- 73 Hingegen erscheint der Ausschluss von Frauen zivilrechtlich heikel. Vereinsrechtlich kann der Ausschluss von Frauen den Tatbestand der Persönlichkeitsverletzung i.S.v. Art. 28 ZGB erfüllen. Soweit der Ausschluss sich nicht direkt aus dem Zweck des Vereins rechtfertigen lässt, ist eine Abwägung zwischen den Interessen des Vereins an seiner von der Vereinsfreiheit geschützten Autonomie und den Interessen der betroffenen Frauen an einer Nichtdiskriminierung i.S.v. Art. 8 Abs. 3 BV entscheidend. Der Ausschluss ist eher zulässig, wenn die Vereinstätigkeit einen persönlichkeitsnahen Bereich beschlägt. Je stärker die Vermittlung ökonomischer Vorteile im Vordergrund steht, desto eher ist ein Ausschluss hingegen problematisch. Da eine Mitgliedschaft in den Zünften im Wesentlichen nur das Basler Bürgerrecht voraussetzt und mit der Aufnahme der Zugang zu einem wichtigen Netzwerk sowie weitere Vorteile verbunden sein können, erscheint uns die Aufnahme von Frauen zivilrechtlich geboten. Die Nähe der Zünfte zum öffentlichen Leben und zu staatlichen Aufgaben spricht gegen die Zulässigkeit des Ausschlusses (vgl. oben Ziff. 42 ff.).

4. Prüfung von Entscheiden der Zünfte durch die Bürgergemeinde

74 Wird einer Frau die Aufnahme in eine Zunft verweigert, so kann sie gegen einen entsprechenden Beschluss der Zunftversammlung oder des Vorstandes Rekurs an den Bürgerrat erheben und dabei eine Rechtsverletzung oder offensichtliche Unangemessenheit rügen (§ 21 Abs. 1 Zunftordnung).

75 Dies bedeutet, dass die Bürgergemeinde die Frage nicht definitiv den Zünften überlassen kann, sondern in einem konkreten Fall in der Verantwortung für die Zünfte und deren Verhalten bleibt. Sie muss in einem Streitfall die Entscheidung anhand der Überlegungen treffen, wie sie für die Zünfte entwickelt wurden. Zu beachten sind natürlich auch der angefochtene Entscheid und die Rekursbegründung.

5. Fazit

76 Die Bürgergemeinde muss die Zunftordnung (sowie die Vorstadtordnung, die Ordnung für die Drei E Gesellschaften und die Korporationsordnung) anpassen. Sie kann darin entweder die Zünfte zur Aufnahme von Frauen verpflichten oder den Zünften die Erstentscheidung in dieser Frage überlassen. Auch wenn sie den Zünften die Frage überlässt, ist es möglich, dass die Bürgergemeinde später einmal aufgrund eines Rekurses die Frage entscheiden muss.

77 Der Vorteil der ersten Variante liegt darin, dass die Bürgergemeinde eine Frage klärt, die sie möglicherweise ohnehin beantworten muss. Sie nimmt in einer umstrittenen Frage klar Stellung. Die zweite Variante hat den Vorteil, dass die Autonomie der Zünfte besser gewahrt ist. Es mag auch sein, dass sich die Rechtslage weiter geklärt hat, wenn sich Bürgergemeinde rekursweise mit der Frage beschäftigen muss – falls dies überhaupt notwendig sein wird.

78 Gemäss heutigem Kenntnisstand halten die Unterzeichnenden den generellen Ausschluss von Frauen für rechtlich problematisch, weshalb sie die Aufnahme von Frauen in den Zünften empfehlen. Es ist aber ist einzuräumen, dass die Rechtslage unsicher und eine andere Auffassung juristisch vertretbar ist. Nach unserer Ansicht können die Zünfte – entgegen dem Gutachten BIRCHER/WYTTENBACH – insbesondere die Vereinigungsfreiheit anrufen. Der Ausgang eines gerichtlichen Verfahrens lässt sich kaum prognostizieren.

* * *

Prof. Dr. Felix Uhlmann

Martin Wilhelm, MLaw