

edoc

Institutional Repository of the University of Basel

University Library

Schoenbeinstrasse 18-20

CH-4056 Basel, Switzerland

<http://edoc.unibas.ch/>

Year: 2014

**Universitäre Anerkennung einer Studentenverbindung, die nur  
Männer aufnimmt : Reflexionen zum Zofingia-Urteil des  
Bundesgerichts**

Buser, Denise

Posted at edoc, University of Basel

Official URL: <http://edoc.unibas.ch/dok/A6337619>

Originally published as:

Buser, Denise. (2014) *Universitäre Anerkennung einer Studentenverbindung, die nur Männer aufnimmt : Reflexionen zum Zofingia-Urteil des Bundesgerichts*. Aktuelle juristische Praxis, Jg. 23, H. 12. S. 1715-1721.



## Entscheidbesprechungen Discussions d'arrêts actuels

### 1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht / Droit constitutionnel et administratif

#### 1.4. Grundrechte / Droits fondamentaux

##### (1) Universitäre Anerkennung einer Studentenverbindung, die nur Männer aufnimmt. Reflexionen zum Zofingia-Urteil des Bundesgerichts.

Schweizerisches Bundesgericht, II. Öffentlichrechtliche Abteilung, Urteil vom 21. März 2014 (BGer 2C\_421/2013, für die Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung vorgesehen) i. S. *Université Lausanne c. Section Vaudoise de la Société suisse de Zofingue*.



**DENISE BUSER**  
Prof. Dr. iur., Basel

#### I. Sachverhalt und Zusammenfassung der Urteilsbegründung

1. Die (1819 gegründete) Studentenverbindung Zofingia ist in verschiedene Sektionen unterteilt, darunter die Waadtländer Sektion, die als privatrechtlicher Verein im Sinne des ZGB organisiert ist. Die Waadtländer Sektion von Zofingia geniesst seit 1994 den Status einer von der Universität Lausanne anerkannten Studentenvereinigung. Mit dieser Anerkennung sind verschiedene Privilegien verbunden: das Recht, Vereinssitzungen in den Räumlichkeiten der Universität durchzuführen, das Recht des Internetauftritts auf der offiziellen Homepage der Universität sowie der Gebrauch einer elektronischen Adresse der Universität.

2. Am 15. Mai 2007 wurde die Waadtländer Sektion von Zofingia (im Folgenden: Zofingia) darüber orientiert, dass die Anerkennung von studentischen Vereinigungen aufgrund einer neuen Richtlinie der Universitätsdirektion überprüft werde. Am 30. Januar 2008 erhielt Zofingia den Bescheid, dass sie ihren Status als universitäre Vereinigung nicht mehr erhalte, da die Verbindung Frauen von der Mitgliedschaft ausschliesse. Der Entscheid der Universitätsdirektion wurde von der universitären Rekurskommission bestätigt. Das daraufhin von Zofingia angerufene Verwaltungsgericht des Kantons Waadt entschied am 16. September 2009, dass ein Widerruf gestützt auf die nur Männern vorbehaltene Mitgliedschaft nicht zulässig sei. Das Gericht wies die Sache an die Vorinstanz zur Prüfung der übrigen Anerkennungsvoraussetzungen zurück. Nach nochmaligem Instanzenzug entschied das Verwaltungsgericht am 29. August 2011, dass Zofingia ihren Status als universitäre Vereinigung behalte. Dagegen reichte die Universität eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das

Bundesgericht ein, welches diese mit Urteil vom 21. März 2014 abwies.

3. Art. 10 der Verordnung zum Universitätsgesetz des Kantons Waadt (Règlement d'application de la loi du 6 juillet 2004 sur l'Université de Lausanne [RLUL, SG Waadt 414.11.1]), welches die Voraussetzungen und Rechte einer universitären Anerkennung regelt, lautet wie folgt:

Art. 10 Associations universitaires

<sup>1</sup>Sont considérées comme des associations universitaires celles qui comprennent majoritairement des membres de la communauté universitaire et dont les buts ou les activités s'inscrivent dans les missions et la Charte de l'Université et les principes que celle-ci doit respecter.

<sup>2</sup>Les associations déposent leurs statuts ainsi que toutes modifications de ceux-ci auprès de la Direction.

<sup>3</sup>La possibilité de tenir des assemblées dans les locaux de l'Université est accordée dans la mesure des disponibilités et est limitée dans le temps. Elle peut être renouvelée.

4. Das Bundesgericht stellt zunächst fest, dass es im vorliegenden Streitfall nicht um die Frage der direkten Verträglichkeit der Vereinsstatuten von Zofingia mit dem Gleichstellungsprinzip von Art. 8 Abs. 3 BV gehe. Der Entscheid von Zofingia, eine Gruppe von Personen von der Mitgliedschaft auszuschliessen, sei durch die grundrechtliche (Art. 23 BV) und die privatrechtliche Vereinsfreiheit (Art. 63 ZGB) prinzipiell geschützt. Der Universität stehe sodann bei der Erfüllung ihres Bildungsauftrags eine grosse Autonomie zu (Erw. 6.2./erster Absatz). Insofern verfüge sie auch über einen gewissen Handlungsspielraum, wenn es darum gehe, die Kriterien für die Anerkennung einer studentischen Vereinigung im konkreten Fall anzuwenden. Auf die Verleihung des universitären Status und der damit verbundenen Privilegien bestehe zudem grundsätzlich kein Rechtsanspruch (Erw. 6.2./zweiter Absatz). Der damit verbundene Handlungsspielraum der Universität sei aber nicht unbegrenzt. Zwar sei die Universität verpflichtet, das in Art. 8 Abs. 3 BV enthaltene Gleichstellungsgebot zu erfüllen (Erw. 6.4.2.). Sie müsse jedoch auch die allgemeine Rechtsgleichheit nach Art. 8 Abs. 1 BV beachten. Wenn die Universität andere studentische Vereinigungen anerkenne und Zofingia diesen Status verweigere, könne dies zu einer Verletzung der Rechtsgleichheit führen (Erw. 6.5.1.).

5. Gestützt auf diese Prämissen geht das Bundesgericht davon aus, dass eine Grundrechtskollision bzw. ein «mehrpoliges Grundrechtsverhältnis» (Erw. 6.6 mit zahlreichen Literaturhinweisen) vorliege. Beim Entscheid über eine allfällige Anerkennung einer studentischen Vereinigung müsse sich die Universität darum bemühen, das richtige Gleichgewicht zwischen den kollidierenden Grundrechtsinteressen herzustellen (Erw. 6.7.). Das Bundesgericht ortet diesbezüglich Probleme bei der Verhältnismässigkeit

(Erw. 6.7.3.). Anstatt Zofingia mit einer Verweigerung zu belasten, während andere studentische Verbindungen die universitäre Anerkennung erhielten, hätte die Universität eine mildere Massnahme ergreifen müssen. Und zwar eine Massnahme, die einerseits den Auftrag zur Geschlechtergleichstellung respektiert und andererseits keinen Eingriff in die Vereinsfreiheit von Zofingia bewirkt hätte. Eine rechtsungleiche Behandlung von Zofingia gegenüber anderen Studentenverbindung aus dem einzigen Grund, dass sie Frauen von der Mitgliedschaft ausschliesse, verletze die Verhältnismässigkeit (Erw. 6.7.3./erster Absatz a.E.).

6. Als weitere Argumente für die Verletzung der Verhältnismässigkeit führt das Bundesgericht ausserdem an, dass die mit dem universitären Status verbundenen Privilegien (Benützung von Räumlichkeiten der Universität, Auftritt auf der Internetseite der Universität, Benützung einer Universitätsadresse für die Mailkorrespondenz) nicht sehr weitreichend seien. Diese Vorteile hätten auch nur eine sehr begrenzte Auswirkung auf den Betrieb der Universität. Auch diesbezüglich halte sich deshalb das Ausmass einer «offiziellen» (hervorgehoben in Erw. 6. 7. 3./zweiter Absatz) Anerkennung in Grenzen.

7. Schliesslich hielt das Bundesgericht auch dafür, dass die Wichtigkeit der Mitgliedschaft bei Zofingia sehr zu relativieren sei. Deren Aktivitäten fänden vor allem im Rahmen eines geselligen Zusammenseins einer kleineren Gruppe von Studenten statt («dans un contexte à prépondérance festive et culturelle», Erw. 6.7.3./zweiter Absatz).

8. Zwar würde auch das Fehlen der Anerkennung die betroffene Studentenverbindung nicht daran hindern, weiterhin ihre Vereinsaktivitäten auszuüben. Allerdings sei nicht zu übersehen, dass der vorenthaltene Status einer universitären Vereinigung die betreffende Studentengruppierung eben doch in ihren Möglichkeiten ernsthaft beeinträchtigt («entraver sérieusement les possibilités pour cette association»). Die Anerkennung beinhalte eine Art institutionelle Legitimität für die betreffende Gruppierung, ausserdem sei der Bekanntheitsgrad einer nicht anerkannten Studentenverbindung kleiner, so dass auch die Möglichkeiten, mit potentiellen Neumitgliedern in Kontakt zu treten, entsprechend geschmälert seien.

## II. Analyse der bundesgerichtlichen Argumentation

### A. Leitgedanke: Verweigerung einer Anerkennung als staatlicher Eingriff

#### 1. Vereinigungsfreiheit und Gleichstellungsprinzip: zwei mögliche Kollisionskonstellationen

9. Gemeinhin wird bei der Frage der Vereinbarkeit der Autonomie eines Vereins (Art. 23 BV) mit dem Diskriminie-

rungsverbot gemäss Art. 8 Abs. 2 BV und dem Gleichstellungsprinzip gemäss Art. 8 Abs. 3 BV an einen bestimmten Fall gedacht, nämlich daran, ob ein Verein einer Person aufgrund des Geschlechts die Aufnahme verweigern kann. Im Zofingia-Urteil geht es ebenfalls um die beiden Grundrechte der Vereinigungsfreiheit und des Gleichstellungsprinzips, allerdings in einer anderen Konstellation. Hier stand die Frage im Mittelpunkt, ob ein Verein, der gemäss Statuten und Vereinszweck nur Männer aufnimmt, eine universitäre Anerkennung erhalten soll.

10. Zwar können beide Fälle als Eingriffskonstellation betrachtet werden. Im ersten Fall wäre der Eingriff darin zu sehen, dass der Staat einen Verein zur Aufnahme einer von diesem abgewiesenen Person zwingt. Im zweiten Fall wird die Verweigerung der Anerkennung als Eingriff aufgefasst. Insofern sind die entsprechenden Eingriffsvoraussetzungen zu prüfen, insbesondere auch die Verhältnismässigkeit des Eingriffs. In beiden Fällen ist eine Güterabwägung vorzunehmen, die indessen wegen der anderen Ausgangslage nicht gleich ablaufen kann.

11. Bei der verweigerter Mitgliedschaft stehen sich der Anspruch auf Gleichbehandlung der abgelehnten Person und der Anspruch des Vereins auf Entscheidungsfreiheit (bzw. Vereinigungsfreiheit) gegenüber (vgl. SAMANTHA BESSON, Liberté d'association et égalité de traitement: une dialectique difficile, in ZSR 120/2001, 43 ff., 71 ff.; vgl. auch hinten Randziff. 35 zur Frage der Aufnahmefreiheit von Vereinen). Bei der verweigerter Anerkennung stehen sich hingegen die Verpflichtung einer öffentlich-rechtlichen Institution, das Gleichbehandlungsgebot einzuhalten und umzusetzen, und die Vereinigungsfreiheit des Vereins gegenüber, der um staatliche Anerkennung ersucht.

### 2. Besonderheiten der staatlichen Anerkennung: Anerkennungs-voraussetzungen und -wirkungen

12. Soll eine privatrechtliche Institution (z.B. eine studentische Verbindung, eine privatrechtliche IV-Institution oder eine Religionsgemeinschaft) öffentlich anerkannt werden, so erfolgt dies in einem rechtsstaatlichen Verfahren. Dieses umfasst im Allgemeinen eine Prüfung der Voraussetzungen für die Anerkennung und die Festlegung der Wirkungen derselben. Die Wirkungen der Anerkennung (z.B. Zugang zu staatlichen Infrastrukturen oder Finanzmitteln; erhöhte Legitimation) sind Privilegien oder Vorteile etwa in Form von Kooperationsmöglichkeiten mit staatlichen Institutionen, die mit der Zusprechung von Unterstützungsgeldern verbunden sein können. Eine spezifische Gegenleistung für die Anerkennung ist in der Regel nicht geschuldet, da der die Anerkennung aussprechende Staat ein Interesse an dieser hat (z.B. besondere Legitimierung von privaten

Institutionen, an denen ein gewisses öffentliches Interesse besteht, oder Einbezug von Privaten bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben). Durch die Vermittlung der Vorteile ist es üblicherweise die private Gegenseite, die um die staatliche Anerkennung ersucht. Das Institut ist deshalb der Leistungsverwaltung zuzurechnen, wobei die Verweigerung als Eingriff erscheinen kann (vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 33).

### 3. Anerkennung als Element der Leistungsverwaltung

13. Nach Rechtsprechung und Lehre gelten für die Leistungsverwaltung grundsätzlich dieselben rechtsstaatlichen Voraussetzungen wie für einen staatlichen Eingriff (gesetzliche Grundlage, Verhältnismässigkeit, Verfolgung von öffentlichen Interessen). Die Verweigerung einer Anerkennung ist daraufhin zu prüfen, ob Grundrechte verletzt wurden, insbesondere die Rechtsgleichheit, indem anderen eine Anerkennung zuteil wurde.

14. Im Unterschied zum (eigentlichen) staatlichen Eingriff ist jedoch bei der Anerkennung auch zu prüfen, ob das System der Anerkennung nicht gegen die Rechtsgleichheit verstösst, und zwar wegen der damit verbundenen Vorzugsbehandlung gegenüber den Nichtanerkannten. Dies wird legislatorisch dadurch vermieden, dass für alle potentiellen Adressaten einer Anerkennung deren Voraussetzungen gleich umschrieben werden, und sich somit Bewerbende unter den gleichen Vorbedingungen um eine Anerkennung bemühen können.

15. Die Prüfung, ob die Verweigerung einer Anerkennung einen unzulässigen staatlichen Eingriff darstellt, muss deshalb mit der Frage, ob die Anerkennungsvoraussetzungen erfüllt sind, verknüpft werden. Die Verknüpfung erfolgt über die Güterabwägung. Für den konkreten Fall bedeutet dies, dass die Grundrechte von Zofingia mit der Verpflichtung der Universität zur Einhaltung des Gleichstellungsprinzips abgeglichen werden müssen. Die Güterabwägung kann sich dabei nicht auf die Prüfung der Eingriffsintensität auf Seiten der Studentenverbindung beschränken.

### 4. Exkurs: Die Anerkennung in anderen Rechtsbereichen

16. Eine wichtige Rolle spielt das Institut der Anerkennung im (kantonalen) Staatskirchenrecht. So werden in vielen Kantonen die traditionellen christlichen und in einigen auch die jüdischen Religionsgemeinschaften öffentlich-rechtlich anerkannt. Ausserdem können weitere Religionsgemeinschaften öffentlich-rechtlich anerkannt werden (siehe z.B. § 126 Abs. 3 KV BS). Mit dieser Anerkennung können ein Besteuerungsrecht oder die Benützung von Schulräumen

für den Religionsunterricht verbunden sein. Diese Art von Anerkennung kann relativ weitreichend sein. So bestimmt etwa die Verfassung von Basel-Stadt, dass die öffentlich-rechtlich anerkannten Kirchen zu öffentlich-rechtlichen Körperschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit werden (§ 126 Abs. 2 KV BS).

17. Nicht ganz so weit geht die sogenannte «kleine» kantonale Anerkennung, die privatrechtlich organisierten Kirchen und Religionsgemeinschaften besondere Rechte verleihen kann (z.B. § 133 KV BS). Interessant ist diese «kleine» kantonale Anerkennung im Vergleich zur Anerkennungsmöglichkeit der Universität Lausanne, da beide Institute die Anerkennung von einer ähnlichen Voraussetzung abhängig machen. Die baselstädtische Anerkennung setzt voraus, dass die um Anerkennung ersuchende Religionsgemeinschaft u.a. die Rechtsordnung respektiert (§ 133 Abs. 1 lit. b KV BS). Die in Art. 10 Abs. 1 RLUL (vgl. vorne Randziff. 3) erwähnte Kompatibilität der studentischen Vereinigung mit den die Universität bindenden Rechtsprinzipien («dont les buts ou les activités s'inscrivent dans les missions et la Charte de l'Université et les principes que celle-ci doit respecter») geht in eine ähnliche Richtung.

18. Der Kanton Basel-Stadt hat bisher zwei alevitische Gemeinden und die Neupostolische Kirche auf diese Weise kantonal anerkannt. Beide Religionsgemeinschaften sind im Anerkennungsverfahren auf ihre Vereinbarkeit mit der verfassungsmässigen Gleichstellung von Frau und Mann überprüft worden. Während die alevitischen Gemeinden für sich die Gleichberechtigung von Mann und Frau akzeptieren, kennt die Neupostolische Kirche (noch) keine Frauenordination und verletzt in diesem Punkt das Gleichstellungsprinzip. Der Kanton hat letzterer die Anerkennung dennoch nicht versagt, dies mit der Begründung: «Relativierend muss aber festgehalten werden, dass auch nicht alle öffentlich-rechtlich anerkannten Kirchen den Frauen die gleichen Rechte wie den Männern einräumen.» (Bericht zum Gesuch der Neupostolischen Kirche Basel um kantonale Anerkennung gemäss § 133 der Verfassung des Kantons Basel-Stadt vom 21. Dezember 2010, S. 6, Ziff. 5, publiziert unter: <http://www.grosserrat.bs.ch/dokumente/100371/000000371183.pdf>). Dieses Ergebnis ist insofern unbefriedigend, als es unter Hinweis auf ein früher erfolgtes *fait accompli* – die römisch-katholische Kirche, welche die Priesterinnenweihe ebenfalls nicht zulässt, wurde 1972 vom Kanton Basel-Stadt öffentlich-rechtlich anerkannt – die gleichstellungsrelevante Leerstelle perpetuiert. Das Anerkennungsverfahren erfolgte allerdings im Rahmen eines Beschlusses des Parlaments und insofern in einem religions-politischen Ermessensraum, wie er in einem Gerichtsverfahren nicht gegeben ist.



## 5. Anerkennung und Grundrechtsbindung

19. Durch die universitäre Anerkennung wird der studentische Verein nicht zu einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft, zumal das waadtländische Universitätsgesetz eine solche Wirkung der Anerkennung nicht vorsieht. Gleichwohl stellt sich die Frage, inwiefern allgemein eine öffentliche Anerkennung mit einer Grundrechtsbindung einhergeht.

20. Das waadtländische Recht hat diese Frage in der Form der Verordnung zum Universitätsgesetz positivrechtlich beantwortet, indem es regelt, dass die Anerkennung nur erfolgen kann, wenn damit eine Kompatibilität mit den vom Staat vorgegebenen Aufgaben und den Grundwerten der Universität einhergeht. Dazu gehören die im kantonalen Universitätsgesetz ausdrücklich erwähnte Chancengleichheit zwischen den Geschlechtern («L'Université respecte l'égalité des chances, notamment entre hommes et femmes, à tous les niveaux de l'Université. Elle adopte des mesures spécifiques à cet effet.»), sowie das umfassendere Gleichstellungsprinzip gemäss Art. 8 Abs. 3 BV.

## 6. Unvollständige Güterabwägung

21. Im Rahmen der unter Ziff. 1–5 gezeigten Besonderheiten der (universitären) Anerkennung hätte das Bundesgericht nunmehr eine vollständige Güterabwägung zwischen den verschiedenen auf dem Spiel stehenden Interessen auf Seiten des Vereins (z.B. Verlust der besonderen Legitimierung; Verlust der Privilegien) und auf Seiten der Universität (z.B. Gefahr des widersprüchlichen und verfassungswidrigen Handelns, wenn sie frauendiskriminierende Studentenverbindungen öffentlich anerkennt; Glaubwürdigkeitsverlust) vornehmen müssen.

22. Dabei ist nicht nur zu prüfen, welche Auswirkungen eine allfällige Verweigerung auf den betroffenen Verein haben könnte. Wenn das Bundesgericht im konkreten Fall feststellt, dass die Nichtanerkennung dem Verein die Neumitgliederwerbung erschwere, dann hätte es auch die Ambivalenz der Anerkennung eines nur für Studenten zugänglichen Vereins durch die Universität in die Waagschale werfen müssen. Nicht ausgelotet hat das Bundesgericht sodann den Glaubwürdigkeitsverlust, welcher der Universität durch die Identifikation mit einer Studentinnen diskriminierenden Gruppierung in der Aussensicht droht.

23. Indem das Bundesgericht lediglich darauf verweist, dass die Anerkennung von Zofingia möglicherweise mit der Aufgabe der Universität nicht in Einklang stehe, kürzt es die Güterabwägung ab, indem es den Widerspruch der universitären Anerkennung einer frauendiskriminierenden Studentenverbindung mit der Verpflichtung zur Beachtung des Gleichstellungsprinzips nicht in die Waagschale wirft,

sondern lediglich die negativen Auswirkungen auf Seiten der Studentenverbindung gewichtet.

24. Etwas irritierend ist auch, dass das Gericht sich nicht ausdrücklich von der Auffassung der Vorinstanz distanziert, wonach die nur Männern zugängliche Studentenverbindung gar keine diskriminierende Mentalität aufweise. Der Wunsch, nur ein Geschlecht in einem Verein zuzulassen, sei nicht das Ergebnis einer negativen Wahl zulasten des ausgeschlossenen Geschlechts, sondern sei vielmehr der positive Entscheid der Vereinsmitglieder, die Vereinsaktivitäten nur unter Geschlechtsgenossen auszuüben (Erw. 4. 1. am Ende). Diese Verpositivierung einer Frauendiskriminierung hätte das Bundesgericht als problematisch zurückweisen müssen.

## B. Leitgedanke: Der Ausschluss von Frauen von der Mitgliedschaft genügt nicht für eine Anerkennungsverweigerung

### 1. Problematisches Argument der minimalen Vorteile

25. Im Rahmen der Güterabwägung argumentiert das Bundesgericht damit, dass die durch die Anerkennung verliehenen Vorteile von untergeordneter Bedeutung seien und sich auf ein paar praktische Hilfen wie die Zurverfügungstellung von Räumlichkeiten und die Präsentation auf der universitären Homepage beschränken. Das Bundesgericht scheint aus der Geringfügigkeit der Privilegien den Schluss zu ziehen, dass die Diskrepanz zwischen der Anerkennung einer frauenausschliessenden Studentenverbindung und der Aufgabe der Universität dadurch ebenfalls verringert werde.

26. Hier werden zunächst einmal konkrete Vorteile kleingeredet. Dass die Benützung von universitären Räumlichkeiten nicht nur wegen der Unentgeltlichkeit, sondern auch wegen ihrer Unkompliziertheit (gute Erreichbarkeit für alle Mitglieder, Vertrautheit des Orts, technische Ausstattung etc.) für eine studentische Gruppierung durchaus sehr attraktiv ist, darf nicht übersehen werden. Ausser den konkreten Sachleistungen wird auch eine universitäre Email-Adresse zur Verfügung gestellt, was die Zugehörigkeit der studentischen Verbindung zur Universität betont und ihre Legitimation erhöht. Diese immaterielle Seite der Verleihung eines universitären Status lässt das Bundesgericht ganz ausser Betracht. Sie stellt jedoch ein wesentliches Element der Attraktivität der universitären Anerkennung dar und darf deshalb auch bei einer Güterabwägung nicht ausser Acht gelassen werden. Gerade bei der Frage, ob Abstriche an der Einhaltung des Gleichstellungsprinzips zu machen sind, hätte die Attraktivität des universitären Status in die Waagschale geworfen werden müssen.

27. Das Verfahren der Güterabwägung, das bei einer Kollision von zwei Grundrechten zum Zug kommt, besteht darin, die Interessen beider Seiten zu gewichten und diese gegeneinander abzuwägen. Die Feststellung, dass die Vorteile einer Seite nur geringfügig seien, genügt deshalb nicht. Vielmehr ist diese geringere Gewichtung noch daraufhin zu untersuchen, ob sie auch in Abwägung mit den Interessen der anderen Seite zum Ausschlag der Vereinsautonomie führt. In der anderen Waagschale lag die Verpflichtung der Universität, dem verfassungsmässigen Gleichstellungsprinzip Rechnung zu tragen. Im Kontext einer Anerkennung bedeutet dies, dass ein öffentliches Interesse daran bestehen muss, einer Studentenverbindung, die Studentinnen ausschliesst, einen universitären Status zu verleihen. Ein solches Interesse ist offensichtlich nicht vorhanden, und man hätte deshalb auch mit Fug zum Ergebnis kommen können, dass eine Missachtung des Gleichstellungsprinzips durch die Universität schwerer wiegt, als den Verlust der Anerkennung von Zofingia zu verhindern.

28. Hinzu kommt ein weiterer Widerspruch in der Argumentation des Bundesgerichts. Bei der Prüfung der Intensität des Eingriffs in die Vereinsfreiheit von Zofingia wird mit der eminenten Bedeutung der Anerkennung argumentiert. Das Bundesgericht verweist insbesondere auf die Wichtigkeit des universitären Status, der die Neumitgliederwerbung entsprechend erleichtere. Diese Wichtigkeits-einstufung der Anerkennung lässt deren Verweigerung als umso einschneidender erscheinen. Im Zusammenhang mit der Verletzung des Gleichstellungsprinzips werden hingegen die mit der Anerkennung verbundenen Privilegien als minimal bezeichnet.

## 2. Verkürzter Blick auf den Stellenwert der Mitgliedschaft in einer Studentenverbindung

29. Kleingeredet wird vom Bundesgericht auch die Bedeutung der Mitgliedschaft in einer Studentenverbindung, deren Aktivitäten sich mehr oder weniger auf geselliges Zusammensein beschränken. In Literatur und Praxis wird immer wieder auf den Stellenwert von geselligen Gruppierungen für das künftige berufliche Netzwerk der Mitglieder solcher Gruppierungen hingewiesen (vgl. BESSON, op. cit., 71; RUTH ARNET, Freiheit und Zwang beim Vertragsabschluss – eine Untersuchung zu den gesetzlichen Kontrahierungspflichten und weiteren Schranken der Vertragsabschlussfreiheit im schweizerischen Recht, Bern 2008, Rz. 516 und dort Fussn. 55). Die Tatsache, dass die Universität die Anerkennung von studentischen Vereinigungen vorsieht und diese auf der universitären Homepage figurieren, spricht ebenfalls für die Bedeutung solcher Gruppierungen.

30. Auch hier kommt hinzu, dass das Bundesgericht nicht das ganze Spektrum der Güterabwägung abbildet. In die

Waagschale ist nicht nur der Stellenwert einer Mitgliedschaft zu werfen. Vielmehr gehört hierher auch die Frage, welche Signale eine Universität aussendet, wenn sie eine bekanntermassen frauenausschliessende Studentenverbindung anerkennt und sie auf ihrer offiziellen Homepage auftreten lässt. Es wäre somit bei der Güterabwägung auch zu berücksichtigen gewesen, wie widersprüchlich und unglaubwürdig eine Universität wirkt, wenn sie eine frauenausschliessende Studentenverbindung durch die öffentliche Anerkennung besonders legitimiert. Das Bundesgericht stellt selber fest, dass es sich bei Zofingia um eine Studentenverbindung handelt, deren Anerkennung dem Auftrag der Universität potentiell entgegenstehe («[...] son intérêt à ne pas devoir fournir des prestations positives à une association dont les buts ou l'organisation sont potentiellement contraires à ses propres missions [...]» Erw. 6.7.4.). Im Rahmen der Güterabwägung hätte das Bundesgericht diese potentielle Gefahr ausloten müssen. Dabei hätte es insbesondere berücksichtigen müssen, dass es sich bei der Gleichstellung der Geschlechter um ein zentrales Element des Bildungsauftrags handelt, das nur aus entsprechend gewichtigen Gründen verletzt werden darf.

## 3. Problematisches Argument der mildereren Massnahme

31. Das Bundesgericht geht von einer Grundrechtskollision («mehrpoliges Grundrechtsverhältnis», vorne Randziff. 5) zwischen der Vereinigungsfreiheit von Zofingia und dem Geschlechtergleichstellungsprinzip aus, das die Universität einzuhalten hat. Es kommt zum Ergebnis, dass der Universität bei der Umsetzung ihrer universitären Aufgabe grosse Autonomie («une large autonomie», Erw. 6.2) zustehe. In diesem weitgesteckten Handlungsspielraum sei es möglich, anstelle der Verweigerung der Anerkennung eine mildere Massnahme zu treffen, die sowohl die Vereinsfreiheit von Zofingia schütze als auch die Gleichstellung der Geschlechter beachte.

32. Hier stellt sich die Frage, wie eine mildere Massnahme aussehen könnte. Zwar muss das Bundesgericht nach dem Verdikt, dass die angefochtene Anerkennungsverweigerung unzulässig sei, nicht unbedingt die materielle Lösung des Problems aufzeichnen. Vorstellbar wäre, dass die Anerkennung mit Auflagen verbunden wird, etwa in der Art, dass sich die Studentenverbindung zu einer Reform ihres Vereins zugunsten der Aufnahme von Frauen innerhalb eines bestimmten Zeitraums verpflichtet. Eine solche Auflage hätte jedoch nicht verhindert, dass im Moment der Verleihung der Anerkennung deren Voraussetzungen (Einklang der Vereinsziele mit den Rechtsprinzipien, die für die Universität gelten) nicht erfüllt gewesen wäre. So gesehen ist eine mildere Massnahme als das Verwehren der

Anerkennung kaum vorstellbar, und das Bundesgericht hätte zumindest die ungefähren Koordinaten einer milderen Massnahme skizzieren müssen. Dies namentlich in einer Konstellation, die einer Quadratur des Kreises – Vereinbarkeit von einer nur Männern möglichen Mitgliedschaft mit dem Gleichstellungsprinzip – gleichkommt.

33. Es müssten etwa sachliche Gründe für den Ausschluss eines Geschlechts geltend gemacht werden (BESSON, op. cit., 71; HANS MICHAEL RIEMER, Berner Kommentar, Art. 70 N. 68). Traditionsmotive oder historische Gründe können deshalb nur sehr beschränkt und mit einem zusätzlichen Begründungsaufwand geltend gemacht werden. Die angeführten sachlichen Gründe müssten umso gewichtiger sein, je grösser die Abweichung vom Gleichstellungsprinzip wäre.

34. Bei einer zeitgenössischen Studentenverbindung des 21. Jahrhunderts sind solche Gründe kaum ersichtlich. So weist etwa BESSON daraufhin, dass bei nur Männern zugänglichen sogenannten Serviceclubs in der Regel kein sachlicher Zusammenhang zwischen dem Vereinszweck (gesellige Treffen unter Gleichgesinnten) und dem Frauenausschluss vorhanden sei. Dies umso weniger, als in solchen Serviceclubs in einer informellen Atmosphäre wichtige Kontakte für später zu nutzende berufliche Netzwerke aufgebaut würden (BESSON op. cit., 71; vgl. auch ARNET, op. cit., Rz. 516 und dort FUSSN. 55; HANS MICHAEL RIEMER, Vereinigungsfreiheit dominiert Verbot der Geschlechtsdiskriminierung, recht 5/2014, 233).

35. Vollständigkeitshalber folgt an dieser Stelle eine Übersicht über die in Randziff. 32 angesprochene Frage des Anspruchs auf Aufnahme in einen Verein: Diese Frage wird in der Lehre unterschiedlich beurteilt; eher verneinend: PATRICIA M. SCHIESS RÜTIMANN, Politische Parteien, Privatrechtliche Vereinigungen zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, Bern 2011, Rz. 908; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. A., Zürich 2012, Rz. 554; CHRISTOPH ROHNER, St. Galler Kommentar, 3. A., Zürich/St. Gallen 2014, zu Art. 23 BV, Rz. 21; ROHNER verweist allerdings auch darauf: «Bei der Übertragung der Kompetenz zur Selbstregulierung kann der Staat nur übertragen, was auch ihm verfassungsrechtlich zukommt.» Dazu gehöre nicht der Erlass von Normen, die einen willkürlichen Umgang mit Mitgliedern der Vereinigung festlege. Gemäss RHINOW/SCHEFER ist hingegen klar, dass «die Weigerung einer Vereinigung, ein neues Mitglied aufzunehmen», mit dem Diskriminierungsverbot gemäss Art. 8 Abs. 2 BV kollidieren kann. Die Autoren verweisen in diesem Zusammenhang auf den Fall des U.S. Supreme Court, der die Weigerung des Rotary Clubs, Frauen aufzunehmen, als verfassungswidrig beurteilte (Board of Directors of Rotary International v. Rotary Club of Duarte,

481 U.S. 537, 548 [1987], zitiert bei RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. A., Basel 2009, Rz. 1712 f.); vgl. auch GIOVANNI BIAGGINI, Die Vereinigungsfreiheit – Streiflichter auf ein Bundes-Grundrecht der ersten Stunde, in: Roger Zäch et al., Individuum und Verband, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006, Zürich 2006, 415 ff., 420 f.; für einen allfälligen Aufnahmeanspruch aufgrund von Art. 28 ff. ZGB vgl. ARNET op. cit., Rz. 515 ff.

36. Die Existenz von frauenausschliessenden Traditions-Institutionen, zu denen beispielsweise auch der Verband der Zünfte Zürichs gehört (die zürcherische Frauenzunft darf nicht offiziell und gleichberechtigt am Sechseläuten mitlaufen, sondern nur entweder im zeitlichen Abstand vor dem eigentlichen Umzug durch die Stadt ziehen oder als Gast einer offiziellen Zunft mitwirken), ist wegen des unvollständigen Konzepts der Drittwirkung der Grundrechte nach wie vor ungelöst. Im Falle von staatlichen Anknüpfungspunkten – z.B. beim Entscheid über eine Umzugsbewilligung an einen frauenausschliessenden Zunftverband – muss der staatliche Akteur allerdings eine Güterabwägung vornehmen, die eine Einschränkung des Gleichstellungsprinzips nur aus sachlichen und schwerwiegenden Gründen zulässt. Andernfalls wird im betreffenden Bereich das verfassungsmässige Gleichstellungsprinzip der Geschlechter ausser Kraft gesetzt.

### III. Zusammenfassung

Das bundesgerichtliche Zofingia-Urteil erweist sich bei näherer Analyse in mehreren Punkten als unvollständig und damit problematisch:

1. Die öffentliche Anerkennung ist wegen den damit verbundenen Vorteilen der Leistungsverwaltung zuzurechnen, wobei die Verweigerung als Eingriff erscheinen kann. Bei der Güterabwägung, ob die Anerkennung verweigert werden darf, stehen sich die Verpflichtung der Universität, das Gleichbehandlungsgebot einzuhalten und umzusetzen, und die Vereinigungsfreiheit des Vereins, der um staatliche Anerkennung ersucht, gegenüber.

2. Das Bundesgericht verkürzt die Güterabwägung, wenn es nur die Eingriffsintensität auf Seiten der Studentenverbindung prüft. Dieser ist vielmehr der Glaubwürdigkeitsverlust der Universität und der Widerspruch der universitären Anerkennung zur Einhaltung des Gleichstellungsprinzips gegenüber zu stellen. Bei der Gleichstellung der Geschlechter handelt es sich um ein zentrales Element des universitären Bildungsauftrags. Die Universität handelt diesem Auftrag zuwider, wenn sie eine Studentenverbindung, die Studentinnen ausschliesst, durch Anerkennung besonders legiti-

miert. Sie riskiert damit einen Glaubwürdigkeitsverlust und verhält sich widersprüchlich.

3. Auch wenn die Praxis weiterhin nur Männern zugängliche Gruppierungen aufgrund einer unvollständigen Drittwirkung der Grundrechte toleriert, gelten bei einem staatlichen Mitwirken (z.B. Anerkennung eines frauendiskriminierenden Studentenverbindung, Umzugbewilligung für eine frauenausschliessende Zunft) andere Massstäbe, zumal der staatliche Akteur unmittelbar an das Gleichstellungsprinzip gebunden ist. Der staatliche Akteur muss deshalb eine Güterabwägung vornehmen, bei der auch die Problematik der öffentlichen Anerkennung einer privaten Diskriminierung in die Waagschale geworfen wird (RIEMER verwendet dafür den zutreffenden Begriff der «öffentlich-rechtlich anerkannten Geschlechtsdiskriminierung unter Privaten», vgl. RIEMER op. cit. Vereinigungsfreiheit, 234). Andernfalls wird im betreffenden Bereich das verfassungsmässige Gleichstellungsprinzip der Geschlechter ausser Kraft gesetzt.

4. Bei einer vollständigen Güterabwägung ist auch zu berücksichtigen, wie widersprüchlich und unglaubwürdig eine Universität wirkt, wenn sie eine frauenausschliessende Studentenverbindung durch die öffentliche Anerkennung besonders legitimiert. Das Bundesgericht stellt selber fest, dass es sich bei Zofingia um eine Studentenverbindung handelt, deren Anerkennung dem Auftrag der Universität potentiell entgegenstehe. Im Rahmen der Güterabwägung hätte das Bundesgericht diese potentielle Gefahr ausloten müssen. Dabei hätte es insbesondere berücksichtigen müssen, dass es sich bei der Gleichstellung der Geschlechter um ein zentrales Element des Bildungsauftrags handelt, das nur aus entsprechend gewichtigen Gründen verletzt werden darf.

5. Die Benützung von universitären Räumlichkeiten ist für eine studentische Gruppierung durchaus attraktiv. Neben den konkreten Sachleistungen kommt noch die Attraktivität der immateriellen Seite der Verleihung (erhöhtes Renommee) hinzu. Diese Vorteile sind bedeutsam und werden vom Bundesgericht zu sehr minimalisiert. Gerade bei der Frage, ob Abstriche an der Einhaltung des Gleichstellungsprinzips zu machen sind, hätte die Attraktivität des universitären Status in die Waagschale geworfen werden müssen. Man hätte hier mit Fug zum Ergebnis kommen können, dass eine Verletzung des Gleichstellungsprinzips durch die Universität zugunsten der Verleihung von Privilegien an Studentinnen ausschliessende Vereine nicht aufgewogen wird, zumal wenn die Privilegien als durchaus erheblich eingestuft werden können.

6. Schliesslich ist kaum vorstellbar, wie eine mildere Massnahme unter Einhaltung des Gleichstellungsprinzips aus-

sehen kann, wenn ein Studentenverein nur Männern die Mitgliedschaft ermöglicht. Es müssten erhebliche sachliche Gründe für den Ausschluss eines Geschlechts nachgewiesen werden. Bei einer zeitgenössischen Studentenverbindung des 21. Jahrhunderts sind solche Gründe kaum ersichtlich. So wird in der Lehre vertreten, dass bei nur Männern zugänglichen sogenannten Serviceclubs in der Regel kein sachlicher Zusammenhang zwischen dem Vereinszweck (gesellige Treffen unter Gleichgesinnten) und dem Frauenausschluss vorhanden sei. Dies umso weniger, als in solchen Serviceclubs in einer informellen Atmosphäre wichtige Kontakte für später zu nutzende berufliche Netzwerke aufgebaut würden.

7. Der Entscheid des Bundesgerichts vermag angesichts der Bedeutung des Gleichstellungsprinzips im universitären Bereich und angesichts der mit einer Anerkennung verbundenen Privilegien an eine Studentinnen ausschliessende Studentenverbindung nicht zu überzeugen. Die Güterabwägung bleibt unvollständig und wird einseitig auf die Verletzung der Vereinigungsfreiheit ausgerichtet. Der Problematik, dass die Gleichstellung grundsätzlich nicht abwägbar ist und deshalb nur aus schwerwiegenden Gründen relativiert werden darf, wird das Urteil nicht gerecht.