

A. Ausgangslage und Fragestellung	1
B. Verfassungsrechtlicher Rahmen	2
I. <i>Art. 8 Abs. 2 BV: Verbot der Diskriminierung</i>	2
1. Vorbemerkung.....	2
2. Struktur und Schutzrichtung der Diskriminierungsverbote.....	2
a) <i>Der Grundgedanke</i>	2
b) <i>Allgemeiner Gleichheitssatz und Diskriminierungsverbote</i>	3
c) <i>Anknüpfungsverbote oder Benachteiligungsverbote?</i>	3
3. Insbesondere: Das Diskriminierungsverbot wegen des Alters.....	5
a) <i>Persönlicher Schutzbereich: Wer wird durch das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters geschützt?</i>	5
aa. Ausgangspunkt.....	5
bb. Schutz älterer Menschen.....	5
cc. Beschränkung von Art. 8 Abs. 2 BV auf den Schutz älterer Menschen?.....	6
b) <i>Sachlicher Schutzbereich: Wovor schützt das Diskriminierungsverbot wegen des Alters?</i>	7
aa. Ausgrenzung und Entwürdigung.....	7
bb. Verbot der Stereotypisierung.....	11
c) <i>Konkreter Schutzgehalt des Verbots der Altersdiskriminierung nach Art. 8 Abs. 2 BV</i> ... 14	14
aa. Analytischer Rahmen.....	14
bb. Qualifizierter Schutz durch das Verbot der Altersdiskriminierung.....	15
d) <i>Zur Vereinbarkeit von Altersschränken mit Art. 8 Abs. 2 BV</i>	16
aa. Legitimes Ziel.....	16
bb. Eignung der Massnahme.....	16
cc. Erforderlichkeit der Massnahme.....	17
dd. Zumutbarkeit für den Betroffenen.....	18
II. <i>Art. 34 BV: Politische Rechte</i>	18
1. Fragestellung.....	18
2. Rechtliche Ausgestaltung der Wählbarkeit in Exekutive, Legislative, Judikative und ausserparlamentarische Kommissionen.....	19
a) <i>Allgemeine Wählbarkeitsvoraussetzungen in Bund, Kantonen und Gemeinden</i>	19
b) <i>Reduzierte Wählbarkeitsanforderungen für bestimmte Behörden</i>	21
c) <i>Erhöhte Wählbarkeitsanforderungen für bestimmte Behörden</i>	22
d) <i>Insbesondere Höchstaltersgrenzen</i>	22
aa. Primäre Beispiele.....	22
bb. Praxis der obersten Bundesbehörden.....	23
3. Anforderungen der Wahl- und Abstimmungsfreiheit.....	25
a) <i>Anspruch auf gleiche Zulassung zu Wahlen (passives Wahlrecht)</i>	26
b) <i>Anspruch auf freie und unverfälschte Willenskundgabe</i>	27
C. Zulässigkeit von Altersschränken für spezifische öffentliche Ämter	28
I. <i>Altersschränken für Mitglieder eines Legislativorgans</i>	28
II. <i>Altersschränken für Mitglieder eines Exekutivorgans</i>	30
1. Allgemeines.....	30
2. Vollamtliche Exekutivämter.....	30
3. Nebenamtliche Exekutivämter.....	31
III. <i>Altersschränken für Mitglieder in ausserparlamentarischen Kommissionen</i>	32
IV. <i>Insbesondere Amtszeitbeschränkungen als Alternative zu Altersschränken</i>	33
D. Anfechtbarkeit von Altersschränken	35
I. <i>Kantonale Verfahren</i>	35
II. <i>Staatsrechtliche Beschwerde</i>	35
1. Beschwerde im konkreten Anwendungsfall.....	35
a) <i>Beschwerde des nicht berücksichtigten Dritten</i>	35
aa. Behörden, die in Volkswahl bestellt werden.....	35
bb. Behörden, die nicht in Volkswahl bestellt werden.....	36

b) <i>Beschwerde eines Verbandes</i>	36
aa. Behörden, die in Volkswahl bestellt werden.....	37
bb. Behörden, die nicht durch Volkswahl bestellt werden.....	37
2. Abstrakte Anfechtung	38
E. Zusammenfassung	39
1. Altersschränken für Behörden, die vom Volk gewählt werden	39
a) <i>Allgemeines</i>	39
b) <i>Organe mit primär legislativer Funktion</i>	39
c) <i>Exekutiv-Behörden</i>	39
2. Altersschränken für Behörden, die nicht vom Volk gewählt werden	40
3. Gerichtliche Anfechtung von Altersschränken	40
a) <i>Kantonale Verfahren</i>	40
b) <i>Staatsrechtliche Beschwerde</i>	40
aa. Beschwerde des nicht berücksichtigten Dritten	40
bb. Beschwerde eines Verbandes.....	41

A. Ausgangslage und Fragestellung

Im Mai 2002 wurde in der Gemeinde Madiswil das Organisationsreglement der Einwohnergemeinde totalrevidiert. Im Rahmen dieser Revision wurde eine Höchstaltersschränke für die Mitglieder von Gemeindeorganen (Gemeinderat und Kommissionen) eingeführt. Die entsprechende Norm (Art. 33 Abs. 7 Organisationsreglement) hat folgenden Wortlaut:

„Ein Mitwirken in den Gemeindeorganen ist höchstens bis zur Vollendung des 70. Altersjahres gestattet.“

Diese Bestimmung hat zur Folge, dass eine gewählte Person am Ende ihres 70. Altersjahres von ihrem Amt zurückzutreten muss. Nach vollendetem 70. Lebensjahr kann sich eine Person auch nicht mehr für ein Amt in einer Gemeindebehörde bewerben. Entsprechende Wahlvorschläge von Gemeindebürgerinnen und -bürgern sind unzulässig und können dem Stimmvolk nicht unterbreitet werden.

Dieser Beschluss der Gemeindeversammlung Madiswil ist in der Öffentlichkeit auf erhebliches Interesse gestossen.

Der Schweizerische Seniorenrat (SSR) hat beim Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR) gegen die erwähnte Änderung des kommunalen Organisationsreglementes Gemeindebeschwerde geführt. In seiner Entscheidung vom 29. Juli 2002 ist das AGR auf die Beschwerde mangels Legitimation nicht eingetreten und hat gleichzeitig die Änderung des Madiswiler Organisationsreglementes genehmigt. Gegen den Entscheid des AGR ist eine Aufsichtsbeschwerde bei der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion hängig. Ebenso wurde gegen den Entscheid der Einwohnergemeinde Beschwerde beim Regierungsrat des Kantons Bern geführt. Auch dieses Verfahren ist noch nicht abgeschlossen.

Unabhängig davon hat der SSR beschlossen, die rechtliche Zulässigkeit von Altersschränken generell – also losgelöst vom geschilderten Fall der Gemeinde Madiswil – abklären zu lassen. Zu diesem Zweck hat er die Gutachter beauftragt, folgende Fragen zu beantworten:

1. Unter welchen Voraussetzungen ist es verfassungsrechtlich zulässig, die Übernahme und Ausübung eines politischen Amtes (passives Wahlrecht) ab Erreichen eines bestimmten Alters zu verbieten? Ist diese Frage für Organe der Legislative und der Exekutive unterschiedlich zu beantworten?
2. Inwiefern sind Altersschränken für die Mitgliedschaft in (Experten-) Kommissionen zulässig?
3. Welche prozessualen Durchsetzungsmöglichkeiten stehen den Betroffenen offen, um gegen Altersschränken vorzugehen?

Zur Beantwortung dieser Fragen muss zunächst der verfassungsrechtliche Rahmen dargestellt werden, an welchem sich Altersschränken orientieren. Dabei ist insbesondere auf das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters nach Art. 8 Abs. 2 BV und auf die besonderen Anforderungen an die Gleichbehandlung im Bereich der politischen Rechte (Art. 34 BV) einzugehen (B.).

Anschliessend wird die Zulässigkeit von Altersschränken für spezifische öffentliche Ämter abgeklärt (C.). Danach werden die prozessualen Möglichkeiten zur gerichtlichen Anfechtung von Altersschränken dargestellt (D.).

B. Verfassungsrechtlicher Rahmen

I. Art. 8 Abs. 2 BV: Verbot der Diskriminierung

1. Vorbemerkung

Die Verbote der Diskriminierung in Art. 8 Abs. 2 BV sind weitgehend neu. Zwar enthielt schon die Verfassung von 1874 gewisse spezifische Gleichheitssätze und – seit 1981 – auch ein Verbot der Geschlechterdiskriminierung. Eine auf alle Diskriminierungsverbote anwendbare Dogmatik wurde bisher aber nicht entwickelt. Es ist daher notwendig, zunächst Gehalt und Dogmatik der Diskriminierungsverbote der Verfassung zu klären. Erst dann kann spezifisch auf die Fragen des Verbots, wegen des Alters zu diskriminieren, eingegangen werden.

2. Struktur und Schutzrichtung der Diskriminierungsverbote

a) Der Grundgedanke

Der allgemeine Gleichheitssatz lässt unterschiedliche Behandlungen nur dann zu, wenn sie sachlich begründet werden können. Die Frage, ob ein vernünftiger Grund eine Ungleichbehandlung rechtfertigt, ist vor dem Hintergrund der spezifischen Gesellschaft und der in ihr herrschenden Gerechtigkeitsvorstellungen zu beurteilen. In jedem Einzelfall bleibt darzutun, welche Gründe die in Frage stehende Differenzierung tragen. Verallgemeinerungen sind kaum möglich¹.

In der geschichtlichen Erfahrung haben sich gewisse Typen von Ungleichbehandlungen jedoch als besonders problematisch erwiesen, indem mit ihnen regelmässig Demütigung und Erniedrigung verbunden war oder die betroffenen Einzelnen sonst in ihrer Persönlichkeit besonders intensiv betroffen wurden. Im Laufe der Zeit haben sich diese Erfahrungen in spezifischen grundrechtlichen Tatbeständen der Gleichbehandlung konkretisiert². Mit den Verboten der Diskriminierung in Art. 8 Abs. 2 bringt die neue Bundesverfassung eine Gruppe dieser Konkretisierungen zum Ausdruck. Weitere Gruppen anerkennt die Rechtsprechung innerhalb der Schutzbereiche spezifischer Freiheitsrechte³. Die Lehre hält darüber hinaus fest, dass der Gleichheitssatz auch dort einen besonderen Gehalt annimmt, wo es um die Ausrichtung existentieller staatlicher Leistungen geht⁴.

Die Diskriminierungsverbote werden vom Gedanken getragen, dass gewisse Ungleichbehandlungen den Kern einer Entwürdigung in sich tragen⁵. Dementsprechend benennen sie

¹ Vgl. zum Ganzen etwa JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl. Bern 1999, S. 396 ff., insb. S. 400 f. (3.) m.w.H.; RENÉ RHINOW, Die Bundesverfassung 2000, Basel/Genf/München 2000, S. 138 f.; BEATRICE WEBER-DÜRLER, Rechtsgleichheit, in: Thürer/Aubert/Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 41, Rz. 13.

² J.P. MÜLLER, Grundrechte (Anm. 1), S. 414 ff. (bb).

³ Vgl. J.P. MÜLLER, Grundrechte (Anm. 1), S. 433-436 (2.) mit Hinweise auf die Rechtsprechung, S. 198-201 (3.), S. 213 f. (bb), S. 279 f. (2.), 649 f. (dd); mit Bezug auf die politischen Rechte vgl. PIERRE TSCHANNEN, Stimmrecht und politische Verständigung, Basel/Frankfurt a.M. 1995, N. 644-672 (IV.)

⁴ Siehe J.P. MÜLLER, Grundrechte (Anm. 1), S. 436-440 (3.).

⁵ So etwa auch J.P. MÜLLER, Grundrechte (Anm. 1), S. 412 ff.; MARKUS SCHEFER, Die Kerngehalte von Grundrechten, Bern 2001, S. 476 ff.; WALTER KÄLIN, Grundrechte im Kulturkonflikt, Zürich 2000, S.

bestimmte Tatbestände, bei deren Vorliegen die Gefahr besonders gross ist, dass die davon Betroffenen in ihrer Würde verletzt werden. Sie heben die für eine Verletzung der Menschenwürde besonders sensitiven Bereiche des Gleichheitssatzes hervor⁶. Die Verbote der Diskriminierung bezeichnen danach für die Aspekte der Gleichbehandlung gewisse besonders gefährdete Bereiche, analog zu den traditionellen Grundrechten, welche solche Bereiche mit Bezug auf die Gefährdung der Freiheit umschreiben. Sie konkretisieren das allgemeine Gerechtigkeitsprinzip der Gleichheit hinsichtlich der Frage, mit Bezug *worauf* Gleichbehandlung garantiert sei, und geben damit dem Prinzip spezifischeren grundrechtlichen Gehalt⁷.

Art. 8 Abs. 2 BV nennt exemplarisch verschiedene solche Bereiche. Diese Bestimmung knüpft dabei weitgehend an die im Völkerrecht oder etwa im Bonner Grundgesetz anerkannten Tatbestände an. Gerade mit Bezug auf den Tatbestand des „Alters“ geht die Bundesverfassung jedoch eigene Wege: Weder Art. 3 Abs. 3 GG, noch Art. 14 EMRK, noch Art. 26 resp. 2 UNO-Pakt II oder gar Art. 1 Abs. 3 UNO-Charta und Art. 2 AEMR enthalten eine entsprechende ausdrückliche Gewährleistung. Auch die Rechtsprechung des U.S. Supreme Court zum Gleichheitssatz des 14. Zusatzartikels zur Unionsverfassung anerkennt diesen Tatbestand nicht als eigenständiges *verfassungsrechtliches* Diskriminierungsverbot⁸.

b) Allgemeiner Gleichheitssatz und Diskriminierungsverbote

Die verschiedenen Diskriminierungsverbote in Art. 8 Abs. 2 BV sind höchst heterogen. Jedes dieser Verbote ist für sich gesondert zu analysieren und in seinem konkreten Schutzbereich zu umschreiben. Verallgemeinerungen sind nur mit grosser Zurückhaltung und im Bewusstsein der grossen Eigenständigkeit der verschiedenen Diskriminierungsverbote zulässig⁹.

Generell hängt die Schutzintensität der Diskriminierungsverbote von der Persönlichkeitsnähe der fraglichen Schlechterbehandlung und vom darin liegenden Potential der Entwürdigung ab. In dogmatischer Hinsicht bedeutet dies, dass die Übergänge zwischen allgemeinem Gleichheitssatz und den Verboten der Diskriminierung im Hinblick auf die Intensität des gewährleisteten Schutzes fließend sind. Allgemeiner Gleichheitssatz und Diskriminierungsverbote stellen keine Kategorien dar, sondern sind in gewisser Weise die jeweiligen Endpunkte auf der fließenden Skala des grundrechtlichen Schutzes vor Schlechterbehandlung.

c) Anknüpfungsverbote oder Benachteiligungsverbote?

In der Lehre werden grundsätzlich zwei unterschiedliche Konzeptionen der Diskriminierungsverbote vertreten: Eine Richtung versteht sie als „Anknüpfungsverbote“, die andere als

105 ff.; B. WEBER-DÜRLER (Anm. 1), Rz. 25; R. RHINOW (Anm. 1), S. 140. Vgl. auch Amtl. Bull. SR 1998 (Separatdruck Reform BV), S. 36 (Rhinow).

⁶ Zum Zusammenhang von Menschenwürde und grundrechtlichen Kerngehalten, wozu auch die Diskriminierungsverbote zählen, eingehend M. SCHEFER (Anm. 5), S. 20 ff. und passim. Vgl. auch R. RHINOW (Anm. 1), S. 140 f.

⁷ Vgl. auch die Hinweise bei B. WEBER-DÜRLER (Anm. 1), Rz. 25.

⁸ Der U.S. Supreme Court hat es in seinem Urteil in Sachen *Kimel et al v. Florida Board of Regents*, 528 U.S. 62 (2000) ausdrücklich abgelehnt, die Gruppe der älteren Menschen durch ein spezifisches Diskriminierungsverbot zu schützen. Hingegen besteht im Arbeitsrecht der USA ein Verbot der Altersdiskriminierung aufgrund des Age Discrimination in Employment Act. Vgl. dazu ANJE FENSKE, Das Verbot der Altersdiskriminierung im US-amerikanischen Arbeitsrecht, Berlin 1998. Zu den Auswirkungen vgl. RICHARD A. POSNER, *Aging an old Age*, Chicago 1995, S. 328 ff.

⁹ In diese Richtung etwa auch B. WEBER-DÜRLER (Anm. 1), Rz. 26 und R. RHINOW (Anm. 1), S. 144.

„Benachteiligungsverbote“¹⁰. Diese beiden Konzeptionen lassen sich kurz – in idealtypischer Form – wie folgt umschreiben:

Die Lehre von den „Anknüpfungsverboten“¹¹ erblickt in den verschiedenen Tatbeständen („Rasse“, „Geschlecht“ etc.) jene Merkmale, die der Gesetzgeber nicht verwenden darf, um daran eine Ungleichbehandlung zu knüpfen. Die spezifischen normativen Wirkungen der Diskriminierungsverbote kommen nach dieser Ansicht immer dann zum Zug, wenn ein Gesetz eines der verbotenen Merkmale als Kriterium der Ungleichbehandlung verwendet¹². Dieses Verständnis ist „symmetrisch“: Art. 8 Abs. 2 BV würde nach diesem Ansatz allen jenen Schutz garantieren, die von einer Ungleichbehandlung aufgrund eines der aufgeführten Tatbestände betroffen sind: Frauen und Männer, Weisse und Schwarze, Behinderte und Nicht-Behinderte etc. würden gleichermassen unter dem Schutz der Diskriminierungsverbote stehen.

Die Lehre der „Benachteiligungsverbote“¹³ vertritt demgegenüber, Diskriminierungsverbote stellten – wie Grundrechte überhaupt – einen spezifischen verfassungsrechtlichen Schutz in jenen Bereichen sicher, die sich in der Vergangenheit gegenüber schwerwiegender Verletzung als besonders gefährdet erwiesen haben. Diese Richtung folgert daraus, dass die Diskriminierungsverbote nur dann betroffen sind, wenn eine der von ihnen besonders geschützten Gruppen von einer Regelung benachteiligt wird¹⁴. Dieses Verständnis der Diskriminierungsverbote ist „asymmetrisch“ in dem Sinne, als es den spezifischen grundrechtlichen Schutz von Art. 8 Abs. 2 BV nicht gleichmässig auf die Mitglieder aller involvierter Gruppen ausdehnt, sondern nur jene erfasst, die eines besonderen Schutzes tatsächlich bedürfen.

Die neuere Lehre¹⁵ weist auf das Ungenügen dieser beiden Verständnisse des Diskriminierungsverbots hin. Sie schlägt vor, je nach den in Frage stehenden Diskriminierungsverboten zu differenzieren, damit den angesprochenen Problemlagen möglichst adäquat Rechnung getragen werden kann. Die Verbote, wegen der Rasse, dem Geschlecht, der Behinderung oder der Homosexualität zu diskriminieren, werden als Anknüpfungsverbote verstanden. Die Verbote der Diskriminierung wegen religiöser und weltanschaulicher Überzeugung oder wegen der politischen Ansichten können demgegenüber nicht als Anknüpfungsverbote ausgestaltet werden. Hier sind besonders sensible Bereiche herauszuschälen, in denen sich entsprechende Differenzierungen in der Vergangenheit als besonders fragwürdig herausgestellt haben. Ent-

¹⁰ Siehe etwa die Hinweise bei M. SCHEFER (Anm. 5), S. 5, S. 486; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Aufl. Zürich 2001, Rz. 774 ff.

¹¹ Diese Richtung wird besonders im Rahmen von Art. 3 Abs. 3 des deutschen Grundgesetzes vertreten; siehe dazu ganz besonders streng MICHAEL SACHS, Grenzen des Diskriminierungsverbotes, München 1987, S. 244 ff. Für weitere Hinweise auch zur schweizerischen Lehre vgl. M. SCHEFER (Anm. 5), S. 485.

¹² So ist nach dieser Lehre das Verbot der Geschlechterdiskriminierung gleichermassen betroffen, wenn beispielsweise das Gesetz den Frauen und den Männern je rund 30% der Sitze im Parlament vorbehält. Irrelevant ist dabei, ob die Frauen oder die Männer von der Regelung benachteiligt werden. Massgeblich ist einzig, ob die gesetzliche Bestimmung am Geschlecht anknüpft. Für weitere Beispiele vgl. M. SCHEFER (Anm. 5), S. 485.

¹³ Diese Lehre vertreten etwa J.P. MÜLLER, Grundrechte (Anm. 1), S. 414-417; R. RHINOW (Anm. 1), S. 143; ANDREAS AUER, Les mesures positives et l'art. 4 al. 2 Cst., AJP 1993, S. 1339 f. RAINER J. SCHWEIZER, Art. 8 Abs. 1 und 2 BV, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, Die schweizerische Bundesverfassung (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2002, Rz. 51.

¹⁴ Das Diskriminierungsverbot des Geschlechts schützt danach die Frauen und nicht die Männer, da letztere nicht unter einer Geschichte der Herabsetzung leiden; das Verbot der Rassendiskriminierung schützt u.a. die Schwarzen, nicht die Weissen; das Verbot, wegen der Behinderung zu diskriminieren, schützt die Behinderten, nicht die Nicht-Behinderten.

¹⁵ M. SCHEFER (Anm. 5), S. 490 ff.; vgl. auch B. WEBER-DÜRLER (Anm. 1), Rz. 26; R.J. SCHWEIZER (Anm. 13), Rz. 48, 54, 63.

sprechend lässt auch das Bundesgericht offen, welches Verständnis es der Konkretisierung von Art. 8 Abs. 2 BV zugrundelegen will¹⁶.

Im Folgenden ist insbesondere der konkrete Schutzgehalt des Diskriminierungstatbestandes des „Alters“ näher zu konkretisieren.

3. Insbesondere: Das Diskriminierungsverbot wegen des Alters

a) *Persönlicher Schutzbereich: Wer wird durch das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters geschützt?*

aa. Ausgangspunkt

Die Konkretisierung des Verbots, wegen des „Alters“ zu diskriminieren, stellt besondere Probleme. So enthielt der Entwurf des Bundesrates für eine neue Bundesverfassung aus dem Jahr 1996 (E96) noch kein solches Diskriminierungsverbot¹⁷. Dieses wurde erst in den parlamentarischen Beratungen eingefügt. Dabei stand in den Beratungen des Nationalrats der Schutz von Kindern und Jugendlichen im Zentrum¹⁸. Über den spezifischen, den alten Menschen zukommenden Schutz äussern sich die Materialien nur sehr beschränkt.

Für die Konkretisierung dessen, was vom Verbot, wegen des Alters zu diskriminieren, geschützt wird, ist an die anerkannten Diskriminierungsverbote anzuknüpfen, d.h. insbesondere an die Verbote der Rassen- und der Geschlechterdiskriminierung. Diese sind bisher von Lehre und Praxis am intensivsten behandelt worden und verfügen dementsprechend über einen einigermaßen gefestigten Bedeutungsgehalt.

bb. Schutz älterer Menschen

In den parlamentarischen Beratungen war unbestritten, dass nicht nur Jugendliche, sondern auch ältere Menschen unter dem Schutz des Verbots der Altersdiskriminierung stehen¹⁹. Das Bundesgericht hat sich in einem obiter dictum in gleichem Sinne geäussert²⁰. Die Lehre ist diesbezüglich noch zurückhaltend²¹, bejaht aber der Tendenz nach, dass ältere Menschen von Art. 8 Abs. 2 BV geschützt werden²². Auch die gesellschaftliche Erfahrung deutet eher auf ein spezifisches Schutzbedürfnis betagter Leute hin²³. In rechtsvergleichender Hinsicht zeigt sich, dass etwa die U.S.-amerikanische Praxis den Begriff der Altersdiskriminierung im Sinne eines spezifischen Schutzes betagter Menschen versteht²⁴. Auch die einschlägige Gesetzgebung

¹⁶ Siehe BGE 126 II 377 E6a S. 392 f.

¹⁷ Siehe Art. 7 E-BV 96; dazu Botschaft E 96, S. 142 f.

¹⁸ Amtl. Bull. NR 1998 (Separatdruck Reform BV), S. 155 (Gysin). So auch die Einschätzung von GIOVANNI BIAGGINI, *Wie sind Kinderrechte in der Schweiz geschützt?*, in: Gerber Jenni/Hausammann (Hrsg.), *Die Rechte des Kindes*, Basel/Genf/München 2001, S. 25 ff., insb. S. 50.

¹⁹ Siehe etwa Amtl. Bull. NR 1998 (Separatdruck Reform BV), S. 155 (Gysin), S. 172 (Hubmann); Amtl. Bull. SR 1998 (Separatdruck Reform BV), S. 34 (Spoerry), S. 155 (Berichterstatter Inderkum).

²⁰ BGE 126 V 70 E4c/bb S. 73.

²¹ Eher vage etwa ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, Volume II – Les droits fondamentaux, Berne 2000, Rz. 1045; R.J. SCHWEIZER (Anm. 13), Rz. 72.

²² Deutlich etwa R. RHINOW (Anm. 1), S. 143.

²³ J.P. MÜLLER, *Grundrechte* (Anm. 1), S. 421 f.

²⁴ *Gregory v. Ashcroft*, 501 U.S. 452 (1991); *Vance v. Bradley*, 440 U.S. 93 (1979); *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia*, 427 U.S. 307 (1976).

in den USA bezweckt den Schutz von Betagten²⁵. In diesem Sinne ist auch Art. 25 des Entwurfs für eine Grundrechtecharta der EU ausgestaltet. Diese Bestimmung garantiert ein Recht älterer Menschen auf ein würdiges und unabhängiges Leben und auf Teilnahme am sozialen und kulturellen Leben. Auch Art. 23 der Europäischen Sozialcharta²⁶ (neue Fassung) ist spezifisch auf den Schutz betagter Menschen ausgerichtet. Dementsprechend ist auch Art. 8 Abs. 2 BV dahingehend zu verstehen, dass er den Schutz betagter Menschen umfasst.

cc. Beschränkung von Art. 8 Abs. 2 BV auf den Schutz älterer Menschen?

Das in den Eidgenössischen Räten geäußerte Bedürfnis, die Jugendlichen spezifisch zu schützen, fand nicht nur in Art. 8 Abs. 2, sondern auch in der spezifisch auf den Schutz Jugendlicher ausgerichteten Bestimmung von Art. 11 BV Eingang in den Verfassungstext. Damit stellt sich die Frage, wie der Schutz Jugendlicher nach Art. 8 Abs. 2 BV von jenem nach Art. 11 BV abzugrenzen sei.

Erst im Laufe der parlamentarischen Beratungen wurde mit Art. 11 BV eine spezifische Bestimmung zum Schutz von Kindern und Jugendlichen in die Verfassung aufgenommen²⁷. Damit verpflichtet die Verfassung alle Behörden, den besonderen Schutzbedürfnissen von Kindern und Jugendlichen Rechnung zu tragen²⁸. Der spezifische normative Gehalt dieser Bestimmung ist jedoch noch wenig geklärt. So ist insbesondere offen, ob Art. 11 BV auch einen direkt justiziablen Leistungsanspruch gewährleistet²⁹.

Nicht zweifelhaft kann aber sein, dass Art. 11 BV Kinder und Jugendliche jedenfalls davor schützt, schlechter behandelt zu werden als erwachsene Menschen. Eine Schlechterbehandlung würde der grundlegenden Schutzrichtung von Art. 11 BV diametral zuwiderlaufen. Damit umfasst Art. 11 BV u.E. jenen Gehalt, welcher das Parlament ursprünglich mit dem Verbot der Diskriminierung wegen des Alters schützen wollte: Der spezifische Schutz von Kindern und Jugendlichen vor Schlechterbehandlung wird nach geltender Bundesverfassung durch Art. 11 BV sichergestellt. Ein besonderer Schutz von jungen Menschen auch im Rahmen von Art. 8 Abs. 2 BV erscheint daher kaum notwendig.

Eine solche Fokussierung des Schutzes Jugendlicher auf Art. 11 BV und entsprechende Entlastung von Art. 8 Abs. 2 BV empfiehlt sich auch angesichts der höchst unterschiedlichen Problemlagen, die bei Schlechterstellung junger Menschen einerseits und älterer Menschen andererseits in Frage stehen.

So bezwecken Altersgrenzen gegenüber Jugendlichen wie etwa das Mündigkeitsalter von 18 Jahren oder die Schranken für sexuelle Handlungen primär den Schutz der Jugendlichen, während gerade bei Altersgrenzen für die Ausübung politischer Ämter Interessen im Vordergrund stehen, die sich gegen die Betroffenen richten.

²⁵ Age Discrimination in Employment Act (ADEA), 29 U.S.C. §§ 621-634. Die entsprechenden Regeln sind auch anwendbar auf Arbeitsverhältnisse zwischen dem Staat und seinen Dienstnehmern; vgl. A. FENSKE (Anm. 8), S. 31 ff.

²⁶ ETS No. 163 (vgl. Anhang II, S. 11).

²⁷ Zur Entstehungsgeschichte siehe G. BIAGGINI (Anm. 18), S. 25 ff., insb. S. 50 ff. sowie HEINRICH KOLLER/MARTIN PHILIPP WYSS, „Kinder und Jugendliche haben Anspruch auf besonderen Schutz ...“, in: FS Hausheer, Bern 2002, S. 436.

²⁸ BGE 126 II 377 E5c S. 390.

²⁹ BGE 126 II 377 E5d S. 391; siehe auch Urteil 2P.324/2001 vom 28. März 2002, E4.2; R. RHINOW (Anm. 1), S. 109 f.; ULRICH MEYER-BLASER/THOMAS GÄCHTER, Der Sozialstaatsgedanke, in: Thürer/Aubert/Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, §34, Rz. 40.

Dementsprechend unterscheiden sich die Schutzbedürfnisse von Jugendlichen markant von jenen älterer Menschen. Dies erschwert eine einigermaßen präzise inhaltliche und dogmatische Umschreibung des Schutzgehalts von Art. 8 Abs. 2 BV.

Für die Bestimmung des Verhältnisses zwischen Art. 8 Abs. 2 BV und Art. 11 BV mit Bezug auf den Schutz von Jugendlichen kommen zwei Ansätze in Frage:

- (1) Art. 8 Abs. 2 BV kann auf den Schutz älterer Menschen beschränkt werden. Der Schutz von Jugendlichen und Kindern vor Schlechterbehandlung würde danach vollumfänglich im Rahmen von Art. 11 BV realisiert. Diese Lösung stünde jedoch in direktem Gegensatz zur Entstehungsgeschichte von Art. 8 Abs. 2 BV.
- (2) Art. 8 Abs. 2 BV kann dahingehend weit gefasst werden, dass er sowohl ältere als auch junge Menschen schützt. Diesfalls wäre jedoch – wegen der höchst unterschiedlichen Schutzbedürfnisse – die dogmatische und materielle Ausgestaltung dieser Bestimmung für ältere und für junge Menschen je gesondert zu entwickeln.

Unabhängig davon, welcher der beiden Varianten der Vorzug gegeben wird, zeigt sich klar das Bedürfnis, die Verbote der Schlechterstellung junger und älterer Menschen deutlich voneinander zu unterscheiden. Sowohl in inhaltlicher Hinsicht als auch auf dogmatischer Ebene sind die beiden Garantien je separat auszugestalten. D.h., dass auch dann, wenn Art. 8 Abs. 2 BV nicht auf den Schutz älterer Menschen beschränkt, sondern – entsprechend der ursprünglichen Intention im Parlament – auch auf Jugendliche erstreckt wird, diese Bestimmung inhaltlich und dogmatisch für jede dieser beiden Gruppen gesondert auszugestalten bleibt.

Die folgenden Ausführungen im Rahmen dieses Gutachtens beschränken sich auf die spezifischen Fragen des Schutzes älterer Menschen im Rahmen von Art. 8 Abs. 2 BV. Auf die besonderen Probleme des Schutzes Jugendlicher wird nicht eingegangen.

b) Sachlicher Schutzbereich: Wovor schützt das Diskriminierungsverbot wegen des Alters?

aa. Ausgrenzung und Entwürdigung

i. Allgemeines

Wie die Verbote, gegenüber Frauen oder Schwarzen zu diskriminieren, bezweckt auch das Verbot der Diskriminierung älterer Menschen, diese gegen Ausgrenzung und Entwürdigung zu schützen. Dementsprechend war auch etwa in den Eidgenössischen Räten unbestritten, dass im Mittelpunkt des Verbots, wegen des Alters zu diskriminieren, die aktive Teilnahme betagter Menschen am gesellschaftlichen Leben steht.

In diesem Sinne wurde im Nationalrat etwa ausgeführt: „Es geht um die Partizipation am gesellschaftlichen Leben. Es geht um die Möglichkeit mitzugestalten (...). Aktuelle Beispiele sind etwa Diskriminierungen in Stellenanzeigen mit Altersschränken oder die überproportionalen Entlassungen von Leuten von fünfzig Jahren und mehr“³⁰.

Auch Art. 8 Abs. 2 BV stellt damit eine Konkretisierung der Garantie der Menschenwürde (Art. 7 BV) für den Bereich der Gleichbehandlung dar. Die Verbote der Diskriminierung ma-

³⁰

Amtl. Bull. NR 1998 (Separatdruck Reform BV), S. 155 (Gysin).

chen auf die *Gefahr* aufmerksam, dass in der Schlechterstellung eines Menschen wegen eines spezifischen Merkmals eine Entwürdigung oder Ausgrenzung liegen könnte³¹.

Die Gefahr, dass eine Schlechterstellung ausgrenzt oder entwürdigt, hat sich vor allem bei Anknüpfungen an die Rasse und das Geschlecht als besonders gross herausgestellt³². Entscheidende Gründe dafür sind insbesondere die lange Geschichte der Ausgrenzung und Herabwürdigung, die grosse Persönlichkeitsnähe der in Frage stehenden Merkmale, ihre Sichtbarkeit gegen aussen, ihre fehlende Abänderbarkeit und das in ihnen angelegte Stigmatisierungspotenzial³³. Von grundlegender Beutung ist zudem, dass Schwarze und Frauen im politischen Prozess regelmässig markant untervertreten und deshalb auf einen spezifischen verfassungsrechtlichen Schutz besonders angewiesen sind. Dementsprechend verbieten hier die entsprechenden Diskriminierungsverbote, nur schon an eines dieser Merkmale anzuknüpfen. Eine Prüfung, ob die Anknüpfung im konkreten Fall tatsächlich zu einer Schlechterstellung führt, darf nicht (Rasse) oder nur in sehr beschränkter Masse (Geschlecht) vorgenommen werden. Indem eine solche Prüfung nur restriktiv zugelassen wird, können illegitime Motivationen der Schlechterstellung auch kaum verdeckt, auf dem Weg ihrer Rechtfertigung wieder Eingang finden³⁴.

Im Folgenden ist zu untersuchen, inwiefern die skizzierten Gründe für eine besonders strenge Ausgestaltung der Diskriminierungsverbote wegen der Rasse und dem Geschlecht auch bei Schlechterstellungen wegen des Alters vorliegen.

ii. Gründe gegen einen spezifischen Schutz vor Schlechterstellung wegen des Alters

(1) Die Gefahr, dass ein Erlass oder eine konkrete Anordnung, welche einen Menschen wegen eines spezifischen Merkmals schlechterstellen, entwürdigend oder ausgrenzend wirken, ist dort besonders gross, wo entsprechende Regelungen in der historischen Entwicklung regelmässig solche Zwecke verfolgten. Eine historisch konstante Praxis entwürdigender oder ausgrenzender Schlechterstellung ist mit Bezug auf betagte Menschen aber nicht in gleichem Masse feststellbar³⁵ wie etwa bei Frauen oder gar Schwarzen. Gerade die Bemühungen um eine finanzielle Altersvorsorge seit 1925³⁶, die im Jahr 1949 zur Einführung der AHV führten, zeugen von besonderen Bemühungen um Sicherstellung jedenfalls der materiellen Bedürfnisse auch im Alter.

Aus diesen Gründen anerkannte der U.S. Supreme Court in einem Entscheid aus dem Jahr 2000 das Alter nicht als selbständiges Diskriminierungsverbot im Rahmen des 14. Zusatzartikels der U.S. Verfassung. Richterin O'Connor führte für das Gericht aus: „Older per-

³¹ J.P. MÜLLER, Grundrechte (Anm. 1), S. 411 f.

³² Vgl. die Hinweise bei M. SCHEFER (Anm. 5), S. 477 ff. und 490 ff.

³³ Siehe etwa WALTER KÄLIN/MARTINA CARONI, Das verfassungsrechtliche Verbot der Diskriminierung wegen der ethnisch-kulturellen Herkunft, in: Kälin (Hrsg.), Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung, ZSR-Beiheft Nr. 29, Basel 1999, S. 76.

³⁴ Dazu M. SCHEFER (Anm. 5), S. 494.

³⁵ Hinweise bei CHRISTOPH CONRAD/HANS-JOACHIM VON KONDRATOWITZ, Repräsentationen des Alters vor und nach der Moderne, in: Dies. (Hrsg.), Zur Kulturgeschichte des Alterns, Berlin 1993, insb. S. 4. Eingehend PETER BORNSCHIED, Der alte Mensch in der Vergangenheit, in: Baltes/Mittelstrass (Hrsg.), Zukunft des Alterns und gesellschaftliche Entwicklung, Berlin/New York 1992, S. 35 ff.

³⁶ Volk und Stände stimmten am 6.12.1925 der Verfassungsgrundlage für die Einführung der AHV zu. In den eidgenössischen Räten war das Anliegen der Alterssicherung schon seit 1889 immer wieder thematisiert worden; vgl. PETER BINSWANGER, Geschichte der AHV, Zürich 1986, S. 17 f. Allgemein JOSEF EHMER, Sozialgeschichte des Alters, Frankfurt a.M. 1990, S. 87 ff.

sons (...) have not been subjected to a history of purposeful and unequal treatment. Old age also does not define a discrete and insular minority because all persons, if they live out their normal life, will experience it³⁷.

(2) Ein wesentlicher Grund für die im Vergleich mit den Frauen oder den Schwarzen weniger ausgeprägte Geschichte der Ausgrenzung und Entwürdigung dürfte darin liegen, dass die überwiegende Anzahl junger Menschen früher oder später zur Gruppe der Betagten gehören wird. Dies ist bei der Rasse nicht und beim Geschlecht nur sehr beschränkt der Fall: Hier ist die Zugehörigkeit zur fraglichen Gruppe biologisch bestimmt und kaum änderbar. Kein Mann und kein Weisser muss befürchten, einmal zur Gruppe der Frauen oder der Schwarzen zu gehören. Dadurch erscheint die Gefahr, dass Frauen oder Schwarze diskriminiert werden, grösser, als dass betagte Menschen entwürdigender Schlechterbehandlung ausgesetzt werden³⁸.

(3) Ein weiteres Indiz dafür, dass die Mitglieder einer spezifischen Gruppe den besonders strikten Schutz eines Diskriminierungsverbots benötigen, liegt in ihrer mangelnden Vertretung im politischen Prozess³⁹. Verfügt eine Gruppe über keine wirksamen Möglichkeiten, ihre Anliegen in der demokratischen Auseinandersetzung zu Gehör zu bringen, ist die Gefahr besonders gross, dass sie ausgegrenzt oder besonders einschneidenden Schlechterstellungen ausgesetzt wird. Deshalb ist sie auf besonderen grundrechtlichen Schutz angewiesen.

Ältere Menschen nehmen im schweizerischen politischen Prozess einen – gemessen an ihrem Anteil an der Gesamtbevölkerung – überdurchschnittlichen Einfluss wahr⁴⁰. Die künftige demographische Entwicklung⁴¹ sichert den alten Menschen auch in der Zukunft besonders star-

³⁷ *Kimel et. al. v. Florida Board of Regents*, 528 U.S. 62, 83 (2000).

³⁸ So stellt John Rawls in seiner Theorie der Gerechtigkeit zentral darauf ab, dass gerechte Regelungen hinter dem „Schleier des Nichtwissens“ formuliert werden müssen, wo kein Einzelner weiss, welche Rolle er einmal in der Gesellschaft einnehmen wird. Siehe JOHN RAWLS, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt a.M. 1975, S. 159 ff.

³⁹ Grundlegend dazu *United States v. Carolene Products*, 304 U.S. 144, 154 mit Fn. 4 (1938) und JOHN HART ELY, *Democracy and Distrust*, Cambridge MA 1980, S. 135 ff.

⁴⁰ Im Jahr 2000 waren 45% der Stimmberechtigten älter als 50 und fast 22% älter als 65 Jahre; für das Jahr 2010 wird angenommen, dass über 50% der Stimmberechtigten über 50 und rund ein Drittel über 65 Jahre alt sein werden. Zudem ist belegt, dass die Stimmberechtigten – jedenfalls bisher – mit zunehmendem Alter ihre politischen Rechte vermehrt wahrgenommen haben; vgl. Statistisches Jahrbuch der Schweiz 2001, Zürich 2001, S. 738; WOLF LINDER, *Schweizerische Demokratie*, Bern/Stuttgart/Wien 1999, S. 282; MATTHIAS BRUNNER, *Der Einfluss des Alters auf das Wahlverhalten: Beteiligung und Parteiidentifikation*, in: Kriesi/Linder/Klöti (Hrsg.), *Die Schweizer Wahlen 1995*, Bern 1998, S. 219 ff., insb. S. 225 ff.

Demgegenüber ist etwa der Anteil von Personen über 60 Jahren, die ein politisches Amt auf Gemeindeebene ausüben, rückläufig; vgl. den Bericht der eidgenössischen Kommission für Altersfragen 1995, *Altern in der Schweiz – Bilanz und Perspektiven*, Bern 1995, S. 269, und insb. S. 274 f. m.H. Für die Entwicklung in den eidgenössischen Räten vgl. ERICH GRUNER, *Die Schweizerische Bundesversammlung 1920-1968*, Bern 1970, S. 89; DERS., *Die Schweizerische Bundesversammlung 1848-1920*, Bern 1966, S. 47, 167, 177; für Deutschland FRANZISKA SCHAAL, *Repräsentation und Partizipation älterer Menschen in Politik und Gesellschaft*, Berlin 1984, insb. S. 133, 143.

⁴¹ Dass sich im 20. Jahrhundert als Folge der steigenden Lebenserwartung (aufgrund von Fortschritten der Medizin, sichereren Arbeits- und verbesserten Hygieneverhältnissen, einer volkswirtschaftlichen Umlagerung vom primären und sekundären in den tertiären Sektor) und der abnehmenden Geburtenhäufigkeit ein bedeutender demografischer Alterungsprozess eingestellt hat, ist allgemein bekannt. Beispielfähig ist hier auf folgende Zahlen hinzuweisen: Die in der Schweiz wohnhafte Bevölkerung setzte sich 1950 und 2000 nach Altersgruppen wie folgt zusammen: 0- bis 19-Jährige: 1950 30.6 % / 2000 23.1 %; 20- bis 64-Jährige: 1950 59.8 % / 2000 61.5 %; über 65-Jährige: 1950 9.6 % / 2000 15.4 %. Die durchschnittliche Lebenserwartung hat für Männer von 1970 (70.1 Jahre) bis 2000 (76.9 Jahre) um 6.8 Jahre zugenommen, jene für Frauen von 1970 (76.2 Jahre) bis 2000 (82.6 Jahre) um 6.4 Jahre; der Geburtenüberschuss sank von jährlich 8 je 1000 Einwohner (1950) auf 2.2 je 1000 Einwohner (2000); Angaben gem. Statistisches Jahrbuch der Schweiz 2002, Zürich 2001, S. 34, 64. Weitere interessante Hinweise

ke Einflussmöglichkeiten auf die demokratische Auseinandersetzung. Aus dieser Perspektive besteht daher keine Notwendigkeit, die Mitglieder der Gruppe betagter Menschen unter besonders intensiven Grundrechtsschutz zu stellen.

Diese Aspekte legen nahe, den Schutz im Rahmen des Verbots der Altersdiskriminierung jedenfalls weniger intensiv auszugestalten als bei der Rasse und dem Geschlecht. Aus den folgenden Gründen ist der Schutz des Verbots, wegen des Alters zu diskriminieren, aber strenger auszugestalten als jener im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes.

iii. Gründe für einen spezifischen Schutz vor Schlechterstellung wegen des Alters

Die Zugehörigkeit eines Menschen zu einer bestimmten Altersgruppe prägt seine Identität in wesentlichem Masse⁴². Dies zeigt sich nur schon etwa darin, dass der soziale Kontakt regelmässig mit den Mitgliedern der gleichen Altersgruppe am intensivsten ist⁴³. Zwar dürfte die identitätsstiftende Wirkung der Zugehörigkeit zu einer Altersgruppe im Allgemeinen nicht gleich intensiv sein wie bei der Rasse oder dem Geschlecht, da jede Altersgruppe nur je einen spezifischen Lebensabschnitt umfasst. Jedenfalls die Zugehörigkeit zur Gruppe der alten Menschen erscheint jedoch sowohl aus Sicht der Mitmenschen als auch aus eigener Wahrnehmung als ein zentrales Merkmal ihrer Identität⁴⁴. Spezifische Schlechterstellungen eines Menschen gerade wegen seines fortgeschrittenen Alters treffen ihn daher im Allgemeinen besonders stark. Sie können sind daher nur unter restriktiven Voraussetzungen zulässig sein.

Verschiedene Studien haben gezeigt, dass körperliche und geistige Aktivität wichtige Grundlagen für ein gesundes und zufriedenes Altern darstellen⁴⁵. Dabei spielt insbesondere eine entscheidende Rolle, dass sich das soziale Umfeld nicht nur aus Angehörigen der eigenen Altersgruppe zusammensetzt. Personen, die sich immer wieder neuen Anforderungen und Aufgaben stellen und Problemlösungsstrategien entwickeln müssen, sind in weit geringerem Masse einer Abnahme in ihren kognitiven Leistungen ausgesetzt⁴⁶. Der Ausschluss betagter Menschen aus dem gesellschaftlichen Leben ist für sie daher auch aus dieser Sicht besonders

im Bericht der eidgenössischen Kommission für Altersfragen 1995 (Anm. 40), S. 59 ff.

Vgl. auch MARCO ERMINI, Lebens-Erwartungen und Alterungsvorgänge, in: Schweizerische Gesellschaft für Gerontologie (Hrsg.), Altern im 21. Jahrhundert: Kontinuität und Wandel, Luzern 1999, S. 29 ff. Der Autor weist darauf hin, dass durch gezielte medizinische und präventive Massnahmen die Zahl der Hochbetagten, die sich einer guten Lebensqualität erfreuen können, in Zukunft erheblich ansteigen könnte, a.a.O. S. 39.

⁴² Vgl. GERTRUD M. BACKES/WOLFGANG CLEMENS, Lebensphase Alter – Eine Einführung in die sozialwissenschaftliche Alternforschung, München 1998, S. 54 ff.; MONISHA PASUPATHI/CORINNA E. LÖCKENHOFF, Ageist Behavior, in: Nelson, Ageism – Stereotyping an Prejudice against Older Persons, Cambridge MA/London 2002, S. 202 ff.

⁴³ Vgl. SIGRUN-HEIDE FILIPP/ANNE-KATHRIN MAYER, Bilder des Alters – Altersstereotype und die Beziehungen zwischen den Generationen, Stuttgart/Berlin/Köln 1999, S. 23 ff.; G.M. BACKES/W. CLEMENS (Anm. 42), S. 205 ff.; URSULA LEHR, Psychologie des Alterns, 9. Aufl. Wiebelsheim 2000, S. 285 ff.

⁴⁴ ANDREAS KRUSE, Alter im Lebenslauf, in: Baltes/Mittelstrass (Hrsg.), Zukunft des Alterns und gesellschaftliche Entwicklung, Berlin/New York 1992, S. 332 ff.; BILL BYTHEWAY, Ageism, Buckingham/Philadelphia 1995, S. 7 ff.

⁴⁵ PETER MARTIN, Ergebnisse zur Bedeutung „aktiven“ Alterns, in: Wahl/Tesch-Römer (Hrsg.), Angewandte Gerontologie in Schlüsselbegriffen, Stuttgart/Berlin/Köln 2000, S. 173 ff. mit Hinweisen auf einschlägige Studien; G.M. BACKES/W. CLEMENS (Anm. 42), S. 188 f.

⁴⁶ P. MARTIN (Anm. 45), S. 175 m.H. Mit Bezug auf den Arbeitsprozess hebt etwa R.A. POSNER (Anm. 8), S. 156 ff. und 180 ff. hervor und führt Belege dafür an, dass die Produktivität zwar mit zunehmendem Alter quantitativ zurückgeht, die Qualität der geleisteten Arbeit hingegen zunimmt (a.a.O. S. 180 ff. etwa hinsichtlich richterlicher Tätigkeit).

einschneidend⁴⁷ und kann daher verfassungsrechtlich nur mit Zurückhaltung zugelassen werden.

Wie beim Geschlecht und der Rasse ist es für Aussenstehende in der Regel sofort erkennbar, ob ein Mensch alt ist oder nicht. Dies erhöht die Gefahr, dass betagte Menschen als spezifische Gruppe wahrgenommen und gesondert behandelt werden. Rechtliche Regelungen, welche dies tun, sind daher eingehender auf ihre Zulässigkeit zu überprüfen, als dies im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes möglich wäre.

Ein besonderer Schutz betagter Menschen vor Schlechterbehandlung drängt sich zudem deshalb auf, weil sie heute kaum mehr im Familienverband, sondern oft allein oder in speziellen Heimen leben⁴⁸. Dadurch besteht die erhöhte Gefahr, dass sie vom übrigen gesellschaftlichen Leben ausgegrenzt und der Einsamkeit überlassen werden⁴⁹. Dies ist grundrechtlich dahingehend zu berücksichtigen, dass Massnahmen, die diese Tendenz fördern, nur unter restriktiven Voraussetzungen zulässig sind.

Diese Argumente belegen die Notwendigkeit, dass Art. 8 Abs. 2 BV mit Bezug auf das Alter einen gegenüber dem allgemeinen Gleichheitssatz von Art. 8 Abs. 1 BV erhöhten Schutz garantiert.

bb. Verbot der Stereotypisierung

i. Anknüpfung an Stereotypen und Herabwürdigung

Wie oben dargelegt, wenden sich die klassischen Verbote der Diskriminierung, d.h. insbesondere jene wegen der Rasse und des Geschlechts, in ganz besonderem Masse gegen Stereotypisierungen. Schwarze und Frauen dürfen nicht aufgrund spezifischer Charakteristika schlechtergestellt werden, die ihnen aufgrund von überkommenen Verallgemeinerungen oder einer traditionellen Rollenverteilung zugeschrieben werden. Damit wenden sich die beiden genannten Diskriminierungstatbestände etwa dagegen, die Frauen generell an ihre traditionelle Rolle als Hausfrau und Erzieherin der Kinder zu binden⁵⁰, und die Schwarzen – wie dies während Jahrhunderten praktiziert wurde – als den Weissen unterlegene, minderwertige Menschen zu behandeln. Dieses Verbot der Anknüpfung an Stereotypen ist deshalb von besonderer Bedeutung, weil die fraglichen Stereotypen regelmässig dazu gedient haben, die entsprechenden Gruppen zu stigmatisieren und herabzuwürdigen⁵¹: Die Charakterisierung der Juden als herrschsüchtig und geizig, der Schwarzen als intellektuell minderwertig, oder der Frauen als emotional, für den Wettbewerb ungeeignet, verfolgte den Zweck, sie von der vollen Teilnahme am gesellschaftlichen Leben auszuschliessen. Darauf antworten die Diskriminierungs-

⁴⁷ Vgl. etwa G. M. BACKES/W. CLEMENS (Anm. 42), S. 114 ff.

⁴⁸ Statistisch ist in den vergangenen 40 Jahren eine erhebliche Zunahme der allein oder in Heimen lebenden alten Menschen zu verzeichnen; vgl. den Bericht der eidgenössischen Kommission für Altersfragen 1995 (Anm. 40), S. 80 ff.; eingehend MARTIN KOHLI/HARALD KÜHNEMUND/ANDREAS MOTEL/MARC SZYDLIK, Generationenbeziehungen, in: Kohli/Künemund, Die zweite Lebenshälfte – Gesellschaftliche Lage und Partizipation im Spiegel des Alters-Survey, Opladen 2000, S. 176 ff. M. PASUPATHI/C. E. LÖCKENHOFF (Anm. 42), S. 210 ff.

⁴⁹ Vgl. URSULA KOCH-STRAUBE, Innere Welten und äussere Realitäten – Ergebnisse einer ethnopsychologischen Studie in einem Pflegeheim, in: Teising (Hrsg.), Altern: Äussere Realitäten und innere Wirklichkeiten, Opladen/Wiesbaden 1998, S. 75 ff.

⁵⁰ Schuler-Zraggen c. Schweiz, Ser. A Nr. 263, Ziff. 67, deutsche Übersetzung in EuGRZ 1996, S. 607; Gutachten des UNO-Rassendiskriminierungs-Ausschusses vom 10. August 1988, Yilmaz-Dogan v. Niederlande, in: EuGRZ 1990, S. 66 Ziff. 9.3.

⁵¹ M. SCHEFER (Anm. 5), S. 489.

verbote und verlangen, auch die Mitglieder dieser Gruppen je als Individuen, mit ihren je spezifischen Eigenschaften zu anerkennen und rechtlich entsprechend zu behandeln.

ii. *Begrenzte Notwendigkeit eines Verbots der Anknüpfung an Stereotypen des Alters*

Auch das, was „Alter“ ausmacht, beruht zu einem gewissen Teil auf gesellschaftlichen Konstruktionen⁵². Das Verbot, betagte Menschen zu diskriminieren, schützt davor, dass sich solche Konstrukte in einer Schlechterstellung der Betroffenen niederschlagen. Die Stereotypen gegenüber alten Menschen⁵³ sind jedoch im Vergleich zu jenen gegenüber Schwarzen und Frauen komplexer⁵⁴. Anders als etwa mit Bezug auf die Schwarzen sind die Stereotypen gegenüber Betagten nicht ausschliesslich negativ geprägt⁵⁵. So ist Alter traditionell etwa mit der Vorstellung einer gewissen Weisheit, einer geläuterten Lebenserfahrung verbunden⁵⁶, oder ältere Menschen werden als wohlhabend und gütig bezeichnet⁵⁷. Dies zeigt sich heute beispielsweise noch in der Institution des Alterspräsidenten in Parlamenten⁵⁸.

Auch bei Frauen gaben anscheinend positive Charakteristika Anlass zu Stereotypisierung. So wurden Frauen etwa als besonders fürsorglich, gemeinschaftsorientiert, empathisch bezeichnet. Wie insbesondere die feministische Literatur eindringlich darlegt⁵⁹, wurde aber auch durch die Überhöhung der Frau letztlich ihre Ausgrenzung aus zentralen Bereichen des gesellschaftlichen Lebens, insbesondere des Arbeitsprozesses, bewirkt. Positive Stereotypen betagter Menschen boten demgegenüber kaum Anlass zu entsprechenden Ausgrenzungen. Im Vordergrund stand vielmehr das Bedürfnis, die Folgen der abnehmenden Arbeitskraft und prekärer werdenden Gesundheit im Alter aufzufangen. Diesen Zweck verfolgen etwa die verschiedenen Instrumente der Altersvorsorge⁶⁰. Erst mit zunehmender Gesundheit und längerer

⁵² Überblick bei C. CONRAD/H.-J. VON KONDRATOWITZ (Anm. 35), S. 1 ff. Dies belegt auch der Vergleich mit anderen Kulturen, in denen das chronologische Alter keine oder eine sehr untergeordnete gesellschaftliche Rolle spielt; vgl. MARTIN KOHLI, Lebenslauf und Lebensalter als gesellschaftliche Konstruktionen: Elemente zu einem Vergleich, in: Matthes (Hrsg.), Zwischen den Kulturen – Die Sozialwissenschaften vor dem Problem des Kulturvergleichs, Göttingen 1992, S. 283 ff., insb. S. 297 f.

⁵³ Eingehend zu den Stereotypen, die gegenüber alten Menschen in der Gesellschaft verbreitet sind etwa S.-H. FILIPP/A.-K. MAYER (Anm. 43), insb. S. 78 ff.; G. M. BACKES/W. CLEMENS (Anm. 42), S. 56 ff.; U. LEHR (Anm. 43), S. 195 ff.

⁵⁴ B. BYTHEWAY (Anm. 44), S. 1 ff.; G. M. BACKES/W. CLEMENS (Anm. 42), S. 80 ff.
Die Komplexität altersspezifischer Stereotypen liegt nicht zuletzt darin begründet, dass die Beziehungen zwischen Alt und Jung vielfältig sind, vgl. S.-H. FILIPP/A.-K. MAYER (Anm. 43), S. 19 ff., S. 118 ff.

⁵⁵ ERDMAN B. PALMORE, Ageism – Negative and Positive, 2nd ed. New York 1999, S. 12 f.

⁵⁶ S.-H. FILIPP/A.-K. MAYER (Anm. 43), S. 108 ff.

⁵⁷ U. LEHR (Anm. 43), S. 203 f.; AMY J. C. CUDDY/SUSAN T. FISKE, Doddering But Dear: Process, Content, and Functions in Stereotyping of Older Persons, in: Nelson (ed.), Ageism – Stereotyping and Prejudice against Older Persons, Cambridge/London, 2002, S. 3 ff.

⁵⁸ Vgl. etwa Art. 1 Reglement des Nationalrates (SR 171.13), wonach die erste Sitzung einer neuen Amtsperiode vom Alterspräsidenten geleitet wird, bis das ordentliche Büro gewählt ist. Vergleichbare Regeln sind in den Kantonen verbreitet, vgl. etwa § 2 Grossratsgesetz-LU (Anhang II, S. 28).

⁵⁹ Siehe etwa CATHARINE A. MACKINNON, Feminism Unmodified, Cambridge MA 1987.

⁶⁰ Nicht übersehen werden darf jedoch, dass die konkrete Festlegung des Pensionsalters auf 64/65 (ursprünglich für beide Geschlechter 65, dann Reduktion für Frauen auf 62 und später Heraufsetzung auf 64) vorwiegend auf einer sehr pragmatischen Analyse der Finanzierbarkeit des Rentensystems beruht. Bei der Einführung der AHV war praktisch unbestritten, dass *aus physiologischen Gründen* (Alterskrankheiten, damals (1949) noch wesentlich kürzere Lebenserwartung etc.) das Pensionsalter 60 demjenigen von 65 vorzuziehen wäre. Die Belastung der Wirtschaft bei einem allgemeinen Pensionsalter von 60 Jahren wurde jedoch als zu hoch eingeschätzt; vgl. den Bericht der eidgenössischen Expertenkommission für die Einführung der Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 16. März 1945, S.

Lebenserwartung kommt die Frage auf, ob das Pensionierungsalter von 65 Jahren neben seinem unbestrittenen fürsorglichen Gehalt auch ausgrenzend wirke.

Stärker als bei Schwarzen und bei Frauen hängt die Stereotypisierung betagter Menschen von ihrer sonstigen Gruppenzugehörigkeit ab⁶¹. So dürfte für die Zuschreibung eines Stereotyps die Zugehörigkeit zur sozialen Schicht⁶², zum Geschlecht⁶³ oder zur Rasse regelmässig eine grössere Rolle spielen als das Alter⁶⁴.

Die gerontologische Grundlagenforschung zeigt, dass die kognitiven Fähigkeiten im Alter nicht generell zurückgehen⁶⁵. Nur gewisse solche Fähigkeiten nehmen mit hoher statistischer Wahrscheinlichkeit ab⁶⁶. So gehen etwa episodische Erinnerungsleistung, Verarbeitungsgeschwindigkeit und Arbeitskapazität mit zunehmendem Alter⁶⁷ zurück. Demgegenüber wird das verbale oder semantische Langzeitgedächtnis durch das zunehmende Alter kaum beeinträchtigt. Erst im hohen Alter muss auch hier mit einem Leistungsabfall gerechnet werden⁶⁸.

60-63; illustrativ ist auch das Protokoll der Sessionen vom 4. bis 7. und 19. bis 22. März 1919 der Expertenkommission für die Einführung der Alters-, Invaliden und Hinterbliebenenversicherung, Bern 1919, insb. 106 ff.

Das Pensionsalter hat in Laufe der 90er Jahre faktisch eine erhebliche Flexibilisierung (Frühpensionierung) erhalten, die vorwiegend auf Schwankungen des Arbeitsmarktes und nicht auf den gesundheitlichen Zustand älterer Menschen zurückzuführen ist; vgl. GABRIELA KÜNZLER/CARLO KNÖPFEL, *Arme sterben früher – Soziale Schicht, Mortalität und Rentenalter in der Schweiz*, Luzern 2002, S. 45 f.; SPIROS SIMITIS, *Die Altersgrenzen – ein spät entdecktes Problem*, RdA 1994, S. 258 ff.

⁶¹ Vgl. etwa S.-H. FILIPP/A.-K. MAYER (Anm. 43), S. 95.

⁶² Die konkrete Lebenslage, in der sich ein betagter Mensch befindet, trägt wesentlich zur Zuschreibung bestimmter Eigenschaften bei. Die Lebenslagen driften mit zunehmendem Alter immer stärker auseinander. Dabei spielen nicht nur der Vermögens- und Einkommensspielraum eine wesentliche Rolle, sondern der Kontakt-, Kooperations- und Aktivitätsspielraum, der Lern- und Erfahrungsspielraum, der Dispositions- und Partizipationsspielraum, der Musse- und Regenerationsspielraum sowie der Ressourcenspielraum bei Hilfe- und Pflegebedürftigkeit. Vgl. zum Ganzen ROLAND SCHMIDT, *Schwierige Lebenslagen*, in: Wahl/Tesch-Römer (Hrsg.), *Angewandte Gerontologie in Schlüsselbegriffen*, Stuttgart/Berlin/Köln 2000, S. 54 ff., insb. S. 57.

⁶³ Dazu eingehend TONI M. CALASANTI/KATHLEEN F. SLEVIN, *Gender, Social Inequalities and Aging*, Walnut Creek/Lanham/New York/Oxford 2001, S. 13 ff., 29 ff.

⁶⁴ Vgl. E.B. PALMORE (Anm. 35), S. 10 ff.

⁶⁵ Für einen Überblick vgl. U. LEHR (Anm. 43), S. 75 ff.; FRANZ E. WEINERT, *Altern in psychologischer Perspektive*, in: Baltes/Mittelstrass (Hrsg.), *Zukunft des Alterns und gesellschaftliche Entwicklung*, Berlin/New York 1992, S. 191 ff.

Hinweise auf die Abhängigkeit des Altersabbaus von der sozialen Schicht bei G. KÜNZLER/C. KNÖPFEL (Anm. 60), S. 47 f.; eingehend S.-H. FILIPP/A.-K. MAYER (Anm. 43), S. 111 ff.

⁶⁶ Erstaunlich ist die wissenschaftlich belegte Beobachtung, wonach die subjektive Einschätzung von Betroffenen über den selbst registrierten geistigen Abbau oft weit über die feststellbaren kognitiven Veränderungen hinausgeht. Die zu pessimistische *Selbsteinschätzung* gründet wohl nicht zuletzt auf einem in der Gesellschaft verbreiteten Stereotyp, wonach Altern mit geistigem Abbau einhergeht. Vgl. WALTER PERRIG/PASQUALINA PERRIG-CHIELLO/HANNES B. STÄHELIN, *Geistige Leistung im Alter*, in: Meyer Schweizer/Güntert-Dubach/Moser (Hrsg.), *Altern – Krisen und Chancen*, Bern/Stuttgart/Wien 1996, S. 71 f. Vgl. auch F.E. WEINERT (Anm. 65), S. 188 ff. Dazu aus soziologischer Sicht SUSAN KRAUSS WHITBOURNE/JOEL R. SNEED, *The Paradox of Well-Being, Identity Processes, and Stereotype Threat: Ageism and Its Potential Relationships to the Self in Later Life*, in: Nelson, *Ageism – Stereotyping an Prejudice against Older Persons*, Cambridge/London 2002, S. 247 ff.

⁶⁷ W. PERRIG/P. PERRIG-CHIELLO/H. B. STÄHELIN (Anm. 66), S. 85 ff. weisen zudem darauf hin, dass die Ursachen der festzustellenden Gedächtnisveränderungen im Alter nicht schon im chronologischen Alter per se liegen müssen, sondern eine Reihe anderer Faktoren, wie etwa Interferenz neuer mit anderen, älteren Erfahrungen, Nichtgebrauch von Gehirnfunktionen oder Umweltveränderungen als Ursachen in Frage kommen.

⁶⁸ W. PERRIG/P. PERRIG-CHIELLO/H. B. STÄHELIN (Anm. 66), S. 88 machen zudem darauf aufmerksam, dass die Standardabweichung bei älteren Kohorten zunehmen, also bei den untersuchten Personen vermehrt solche vorkommen, die überdurchschnittlich gut oder unterdurchschnittlich schlecht abschneiden.

Im Rahmen der kognitiven Altersforschung wurde zudem erkannt, dass Gedächtnisleistungen auch im Alter in einem beachtlichen Ausmass durch Training positiv veränderbar sind, wenn auch im Vergleich mit jüngeren Menschen in geringerem Ausmass⁶⁹.

Was die körperliche und psychische Gesundheit älterer Menschen betrifft, sind – jedenfalls durchschnittlich – Verschlechterungen festzustellen. Multimorbidität, also das gleichzeitige Vorliegen mehr als einer Krankheit, sowie die Häufigkeit chronischer Erkrankungen treten mit zunehmendem Alter vermehrt auf⁷⁰. Auch diese Forschungsergebnisse beziehen sich jedoch lediglich auf einen Durchschnittswert; einzelne Menschen weichen davon ab und bleiben auch in höherem Alter weitgehend von Alterskrankheiten verschont. Hingegen ist die Anfälligkeit für Erkrankungen im höheren Alter zweifellos grösser⁷¹.

Diese Hinweise zeigen, dass Stereotype gegenüber alten Menschen nicht in dem Masse zur Ausgrenzung und letztlich Herabwürdigung einer ganzen Gruppe von Menschen dienen, wie dies etwa bei Schwarzen und Frauen der Fall war. Vielmehr sind gewisse Entwicklungen eine typische Folge des Alterns. Ihnen darf unter gewissen Voraussetzungen auch die Rechtsordnung Rechnung tragen.

Zwar erweisen sich damit Stereotypisierungen betagter Menschen nicht als derart gefährlich wie bei Frauen und Schwarzen. Sie dürfen aber auch nicht vernachlässigt werden. Dementsprechend muss Art. 8 Abs. 2 BV sicherstellen, dass dort, wo eine unzulässige Stereotypisierung einer Schlechterbehandlung betagter Menschen zugrunde liegt, diese grundrechtlich erkannt wird. Dies erfordert einen gegenüber dem allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 8 Abs. 1 BV erhöhten Schutz. Ein – etwa wie beim Merkmal der Rasse anerkanntes – Verbot *jeder* Verallgemeinerung gewisser Eigenschaften betagter Menschen erscheint jedoch nicht erforderlich und den tatsächlichen Problemlagen nicht angemessen.

c) **Konkreter Schutzgehalt des Verbots der Altersdiskriminierung nach Art. 8 Abs. 2 BV**

aa. Analytischer Rahmen

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass das Verbot der Altersdiskriminierung nicht den gleich strengen Massstab setzt wie jene wegen der Rasse und des Geschlechts, aber über den vom allgemeinen Gleichheitssatz gewährleisteten Schutz hinausgeht. Im Folgenden ist näher darzulegen, wie der Schutz zwischen allgemeinem Gleichheitssatz und den strengen Diskriminierungsverboten (Rasse, Geschlecht) konkret ausgestaltet ist:

Bei der Interpretation der ermittelten Durchschnittswerte ist deshalb zu beachten, dass einzelne betagte Menschen bis ins hohe Alter über gute geistige Leistungsfähigkeit verfügen.

⁶⁹ TANIA SINGER/ÜLMAN LINDENBERGER, Plastizität, in: Wahl/Tesch-Römer (Hrsg.), *Angewandte Gerontologie in Schlüsselbegriffen*, Stuttgart/Berlin/Köln 2000, S. 39 ff., insb. S. 41; P. MARTIN (Anm. 45), 173 ff.; F. E. WEINERT (Anm. 65), S. 180 ff., insb. S. 194 ff.

⁷⁰ SIEGFRIED WEYERER, Epidemiologie, in: Wahl/Tesch-Römer (Hrsg.), *Angewandte Gerontologie in Schlüsselbegriffen*, Stuttgart/Berlin/Köln 2000, S. 27 ff., insb. S. 30 f. In einer umfangreichen Studie (sog. Berliner Alterstudie) über den Gesundheitszustand verschiedener Altersgruppen der Berliner Stadtbevölkerung zwischen 70 und 95 Jahren wurden durchschnittlich über sieben Erkrankungen pro Proband festgestellt. Je höher das Alter, desto häufiger treten auch demenzielle Erkrankungen auf, von 0 % bei 70- bis 74-Jährigen auf 40 % bei den 90- bis 94-Jährigen; vgl. SUSANNE ZANK, *Gesundheit und Krankheit*, in: Wahl/Tesch-Römer, a.a.O., S. 44 ff.; vgl. auch G. M. BACKES/W. CLEMENS (Anm. 42), S. 182 ff.

⁷¹ Vgl. den Bericht der eidgenössischen Kommission für Altersfragen 1995 (Anm. 40), S. 71 ff.; G. M. BACKES/W. CLEMENS (Anm. 42), S. 108.

Nach konstanter Lehre und Praxis verletzt ein staatlicher Akt den allgemeinen Gleichheitssatz dann, wenn er rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger, sachlicher Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen. Dabei kann die Frage, ob für eine Unterscheidung vernünftige Gründe in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich sind, zu verschiedenen Zeiten unterschiedlich beantwortet werden⁷². Den zuständigen Behörden kommt dabei ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu⁷³.

Die Verbote der Diskriminierung wegen des Geschlechts und wegen der Rasse qualifizieren diesen Schutz in zweifacher Hinsicht:

Auf einer ersten Ebene stellen sie an die *Gründe*, die eine Schlechterstellung rechtfertigen können, qualifizierte Anforderungen. Während bei der Rasse überhaupt keine solchen Gründe in Frage kommen, können Schlechterstellungen von Frauen nur gerechtfertigt werden, wenn sie aus biologischen Gründen zwingend erforderlich sind.

Auf einer zweiten Ebene gewährleisten diese Diskriminierungsverbote einen gegenüber dem allgemeinen Gleichheitssatz erhöhten Schutz dadurch, dass die konkrete Schlechterbehandlung auf das verfolgte Regelungsziel präzise zugeschnitten und zwingend erforderlich sein muss, dieses zu erreichen. Damit wird eine strenge *Verhältnismässigkeitsprüfung* gefordert⁷⁴.

bb. Qualifizierter Schutz durch das Verbot der Altersdiskriminierung

i. Keine Qualifizierung der zulässigen Gründe einer Schlechterstellung

Eine Schlechterbehandlung von Frauen gegenüber Männern ist nur zulässig, wenn die biologischen Unterschiede der beiden Geschlechter dies zwingend erfordern⁷⁵. Darin liegt die Qualifizierung der Gründe beim Gebot der Geschlechterdiskriminierung. Demgegenüber sind die Phänomene des Alters zu vielfältig, als dass – analog zum Geschlecht – der Kreis jener tatsächlichen Unterschiede, die für eine Begründung rechtlicher Schlechterbehandlung herangezogen werden darf, von vornherein eingeschränkt werden könnte.

Mit Bezug auf die Gründe, die eine Schlechterstellung wegen des Alters rechtfertigen können, geht Art. 8 Abs. 2 BV u.E. daher nicht über die Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes hinaus. Danach ist eine Schlechterbehandlung nur zulässig, wenn sachlich begründet wird, inwiefern mit Bezug auf die tatsächlichen Verhältnisse, die Gegenstand der Regelung bilden, eine Differenzierung gerechtfertigt erscheint⁷⁶. Es ist darzutun, dass der Schlechter-

⁷² Aus der neueren Praxis etwa BGE 127 I 185 E5 S. 192, m.w.H.

⁷³ Aus der Praxis etwa BGE 127 V 448 E3b S. 454; 122 I 101 E3 S. 104 ff.

⁷⁴ Die Verhältnismässigkeitsprüfung im Rahmen der Diskriminierungsverbote ist von anderer Struktur als jene bei der Einschränkung sonstiger Grundrechte; siehe dazu nur etwa GEORG MÜLLER, Art. 4 (1995), in: Aubert u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, Zürich/Basel/Bern 1987 ff., Rz. 137. Auf diese dogmatischen Feinheiten braucht hier aber nicht näher eingegangen zu werden. Siehe dazu eingehend STEFAN HUSTER, Rechte und Ziele, Berlin 1993, S. 164 ff. und WERNER HEUN, in: Dreier, Kommentar GG, Bd. I, Tübingen 1996, Art. 3, Rz. 24 ff.; im Kern auch bei J.P. MÜLLER, Grundrechte (Anm. 1), S. 397-400.

⁷⁵ BGE 123 I 56 E3a S. 58; J.P. MÜLLER, Grundrechte (Anm. 1), S. 458 ff.; G. MÜLLER (Anm. 74), Rz. 137. MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, Art. 8 Abs. 3 BV, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, Die schweizerische Bundesverfassung (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2002, Rz. 81 f.

⁷⁶ Aus der neueren bundesgerichtlichen Praxis statt vieler BGE 128 I 102 E6b S. 110 f.; 124 I 289 E3b S. 292; aus der Lehre J.P. MÜLLER, Grundrechte (Anm. 1), S. 397 m.w.H.

stellung tatsächliche Differenzen zugrunde liegen, die sie zu rechtfertigen vermögen (interne Ziele), oder dass legitime externe Ziele verfolgt werden.

ii. *Qualifizierte Verhältnismässigkeit*

Mit dem Verbot der Diskriminierung wegen des Alters sind nur solche Schlechterstellungen betagter Menschen vereinbar, die im Hinblick auf das angestrebte Ziel geeignet, notwendig und zumutbar sind⁷⁷. Im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes kommt diesbezüglich dem Gesetzgeber und den rechtsanwendenden Behörden ein grosser Entscheidungsspielraum zu⁷⁸. Dieser ist beim Verbot der Altersdiskriminierung eingeschränkt. Nur dort, wo eine Nachprüfung durch das Gericht dessen Möglichkeiten übersteigen würde, darf den anderen Behörden ein gewisser Spielraum zugestanden werden. Gründe der Rücksichtnahme auf die besonderen Kenntnisse einer Behörde oder auf die föderalistische Zuständigkeitsordnung dürfen im Allgemeinen nicht zu einer Beschränkung der Überprüfungsichte führen.

d) *Zur Vereinbarkeit von Altersschränken mit Art. 8 Abs. 2 BV*

Aufgrund des skizzierten Schutzgehalts des Verbots der Diskriminierung wegen des Alters nach Art. 8 Abs. 2 BV erscheinen Altersschränken unter gewissen Bedingungen zulässig. Auf die relevanten Kriterien ist nun näher einzugehen:

aa. *Legitimes Ziel*

Erste Voraussetzung zulässiger Altersschränken ist, dass sie ein legitimes Ziel verfolgen. Primär ergeben sich entsprechende Beschränkungen aus der föderalistischen Kompetenzaufteilung und aus Schranken des kantonalen (z.B. Verfassungsvorbehalt) oder kommunalen Rechts. Dieses Erfordernis ist nicht spezifisch auf das Diskriminierungsverbot wegen des Alters bezogen, sondern allgemeine Grundlage jeden staatlichen Handelns.

Spezifisch mit Bezug auf das Verbot der Altersdiskriminierung erscheinen jene Altersschränken als unzulässig, die das Ziel verfolgen, gewisse stereotype Rollen älterer Menschen zu verfestigen oder diese vom gesellschaftlichen Leben auszugrenzen.

So wäre es unzulässig, für die Miete von Wohnungen des Gemeinwesens eine Altersschränke vorzusehen mit dem Ziel, die alten Menschen möglichst in den für sie gebauten Altersheimen unterbringen zu können.

bb. *Eignung der Massnahme*

Zweite Voraussetzung zulässiger Altersschränken ist, dass diese *geeignet* erscheinen, das von ihnen angestrebte Ziel tatsächlich zu erreichen.

⁷⁷ Diese Erfordernisse hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatz in der sog. „neuen Formel“ entwickelt; grundlegend BVerfGE 55, 72 (88); 60, 123 (133 f.). Im schweizerischen Verfassungsrecht haben solche Ansätze eines verstärkten Schutzes durch den allgemeinen Gleichheitssatz bisher erst in der Lehre Ausdruck gefunden; siehe insbesondere J.P. MÜLLER, Grundrechte (Anm. 1), S. 399 f.

⁷⁸ Siehe statt vieler BGE 127 I 49 E3c S. 52; 127 V 252 E3c S. 257.

Dies ist zunächst dann der Fall, wenn die Altersschränke solchen Tatsachen Rechnung trägt, die bei Menschen eines gewissen Alters mit überwiegender Häufigkeit zutreffen. In diesem Fall ist die Schlechterstellung betagter Menschen in den tatsächlichen Verhältnissen genügend begründet.

So nimmt das Gehör- und Sehvermögen mit zunehmendem Alter bei der überwiegenden Mehrzahl der Menschen markant ab. Dieser Tatsache darf die Rechtsordnung dadurch berücksichtigen, dass sie für gewisse gefährliche Tätigkeiten – wie etwa das Auto fahren – ab einem bestimmten Alter Kontrollen der Sehschärfe und des Gehörs verlangt⁷⁹.

Eine Altersschränke kann aber auch weitere, externe Ziele verfolgen, die sich nicht darin erschöpfen, auf tatsächliche Besonderheiten betagter Menschen Rechnung zu tragen. Auch diesfalls ist spezifisch die Eignung der Massnahme für die Erreichung des Ziels zu prüfen⁸⁰.

So könnte mit einer Altersschränke unter anderem bezweckt werden, die Anzahl praktizierender Ärzte zu beschränken, um die Gesundheitskosten zu senken. Aus Sicht der Eignung einer solchen Massnahme wäre darzutun, dass dadurch die Kosten im Gesundheitswesen tatsächlich gesenkt würden. (Ob eine solche Schranke im Ergebnis zulässig wäre, beurteilt sich aber nicht nur nach dem Kriterium ihrer Eignung, sondern auch nach den im Folgenden dargelegten Voraussetzungen.)

cc. Erforderlichkeit der Massnahme

Dritte Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Altersschränke nach Art. 8 Abs. 2 BV ist, dass sie *erforderlich* erscheint, um das von ihr anvisierte Ziel tatsächlich zu erreichen. Dies bedeutet insbesondere, dass andere, nicht auf das Alter abstellende Massnahmen das fragliche Ziel nicht ebenso oder jedenfalls annähernd so gut zu erreichen vermögen.

Beim vorangehenden Beispiel der Altersschränken für praktizierende Ärzte wäre zu fragen, ob alternative, in ihrer Wirkung ungefähr ebenbürtige Massnahmen zur Verfügung stehen, die nicht an das Alter anknüpfen und auch sonst keine übermässigen Grundrechtseingriffe (insbesondere in die Wirtschaftsfreiheit) bewirken.

Primär ist hier in Betracht zu ziehen, ob statt einer Altersschränke etwa eine individualisierte Abklärung ebenso gut zum Ziele führen würde, welche die Eigenschaften jedes Einzelnen feststellt und nicht an die generalisierten Fähigkeiten älterer Menschen anknüpft.

So hat der Bundesgesetzgeber nicht ein generelles Autofahrverbot für über 70-Jährige erlassen, sondern eine individuelle Prüfung jedes einzelnen Autofahrers angeordnet⁸¹.

Das Kriterium der Erforderlichkeit einer Altersschränke verlangt aber auch etwa, dass diese nicht mehr betagte Menschen trifft, als nötig. Damit ist insbesondere die Frage zu beantwor-

⁷⁹ Vgl. Art. 7 Verordnung über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr (VZV), SR 741.51 (Anhang II, S. 8); vgl. ebenso Art. 17 Abs. 1 Reglement über die Ausweise für Flugpersonal (RFP), SR 748.222.1 (Anhang II, S. 9). Diese Regelungen dienen der Unfallprävention. Statistisch lässt sich belegen, dass ältere Verkehrsteilnehmer häufiger Unfälle verursachen als andere; dazu M. EMSBACH/B. FRIEDEL, Unfälle älterer Kraftfahrer, Zeitschrift für Gerontologische Geriatrie 1999, S. 318 ff. und die Hinweise in Anm. 65 ff.

Vergleichbare Argumente gaben in folgenden Fällen, die das deutsche Bundesverfassungsgericht zu beurteilen hatte, den Ausschlag: BVerfGE 64, 72 (83) – Altersgrenzen für Prüfungsingenieure; BVerfGE 9, 338 (346) – Altersgrenzen für Hebammen.

⁸⁰ Externe sozialpolitische Motive überwogen etwa in BVerfGE 1, 264 (276) – Altersschränken für Schornsteinfeger und BVerfG vom 20.3.2001 (BvR 491/96) – Altersschränken für Ärzte betreffend Zugang zu vertragsärztlicher Tätigkeit.

⁸¹ Art. 7 VZV (Anm. 79).

ten, ob das der Schranke zugrunde gelegte Alter nicht auch höher angesetzt werden könnte, ohne dass dadurch die Erreichung des Regelungsziels substantiell beeinträchtigt würde.

Wird für Notare ein Höchstalter festgelegt, um damit eine ausgeglichene Altersstruktur bei den Notaren allgemein sicherzustellen, muss dieses so angesetzt sein, dass daraus keine Übervertretung junger Notare resultiert.

dd. Zumutbarkeit für den Betroffenen

Vierte Voraussetzung ist die *Zumutbarkeit* der fraglichen Altersschränke für die konkret davon Betroffenen. Hier sind die Interessen an der Erreichung des fraglichen Ziels mit jenen älterer Menschen abzuwägen, die von der Altersschränke betroffene Tätigkeit oder sonstige Lebensgestaltung weiterhin wahrnehmen zu können. Je intensiver die Einzelnen in ihrer Persönlichkeit betroffen werden, desto gewichtiger müssen die mit der Altersschränke angestrebten Ziele sein.

So erscheint es als zumutbar, dass die Notare mit 70 Jahren ihre notarielle Tätigkeit aufgeben müssen, um jüngeren Kollegen Zugang zu diesem Beruf zu eröffnen⁸² und um eine einwandfreie Ausübung der ihnen übertragenen hoheitlichen Aufgabe sicherzustellen⁸³.

II. Art. 34 BV: Politische Rechte

1. Fragestellung

Besondere Anforderungen an Altersschränken gelten dort, wo Ämter in Frage stehen, die durch Volkswahl besetzt werden. Hier ist nicht nur das Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 2 BV betroffen, sondern darüber hinaus auch das – im Rahmen der Wahl- und Abstimmungs-freiheit grundrechtlich gesicherte – Stimm- und Wahlrecht nach Art. 34 BV. Wo beide Garantien zur Anwendung gelangen, ist der Schutz der Gleichheit besonders streng ausgestaltet.

Altersschränken für Ämter, die durch Volkswahl besetzt werden, betreffen die Wahl- und Abstimmungs-freiheit in zweifacher Hinsicht:

- 1) Sie schränken den Zugang von alten Menschen zu den betroffenen Ämtern ein. Solche Wählbarkeitsschränken berühren das allgemeine und gleiche Wahlrecht und stellen eine Beeinträchtigung des passiven Wahlrechts dar.
- 2) Darüber hinaus verringern sie die Auswahl der Kandidaten, welche den Wählerinnen und Wählern zur Verfügung stehen. Diese können nicht mehr die Person ihrer Wahl in das fragliche Gremium entsenden, sondern sind auf Personen unterhalb der Alterslimite eingeschränkt. Altersschränken greifen damit auch in das aktive Wahlrecht der Stimmbürgerinnen und Stimmbürger ein.

Im Folgenden ist die Zulässigkeit von Altersschränken für Ämter, die durch Volkswahl zu besetzen sind, aus diesen beiden Perspektiven zu beurteilen. Dafür sind zunächst der bundesrechtliche Rahmen und einige bedeutsame kantonale Regelungen kurz zu skizzieren.

⁸² BVerfG vom 29. 10. 1992 in NJW 1993, S. 1575 f.

⁸³ BGE 124 I 297, deutsche Übersetzung in Pra 1999 Nr. 1. Siehe dazu auch die Anmerkung von YVO HANGARTNER in AJP 1999, S. 200-202.

2. Rechtliche Ausgestaltung der Wählbarkeit in Exekutive, Legislative, Judikative und ausserparlamentarische Kommissionen

a) Allgemeine Wählbarkeitsvoraussetzungen in Bund, Kantonen und Gemeinden

Die Bundesverfassung äussert sich zur Wählbarkeit in Art. 143. Wählbar in den Nationalrat, den Bundesrat und in das Bundesgericht sind alle Stimmberechtigten. Wem die Stimmberechtigung in Bundessachen zukommt, ergibt sich aus Art. 136 Abs. 1 BV. Die Kantone regeln die Wählbarkeitsvoraussetzungen für kantonale Wahlen selber (Art. 39 Abs. 1 BV). Dabei haben sie sich an die Bundesverfassung zu halten⁸⁴; von Bedeutung sind insbesondere die Rechtsgleichheit und das Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 1 und 2 BV) sowie die Wahl- und Abstimmungsfreiheit (Art. 34 BV)⁸⁵.

Völkerrechtliche Regeln für die Ausgestaltung von Wahlen formuliert für die Schweiz der UNO-Pakt II⁸⁶. Nach Art. 25 lit. b hat jeder Staatsbürger das Recht, „bei echten, wiederkehrenden, allgemeinen, gleichen und geheimen Wahlen, bei denen die freie Äusserung des Wählerwillens gewährleistet ist, zu wählen und gewählt zu werden“. Im Rahmen des UNO-Pakts II sind Einschränkungen des passiven Wahlrechts zwar zulässig, sie müssen jedoch verhältnismässig sein und dürfen das Diskriminierungsverbot⁸⁷ nicht verletzen⁸⁸.

Auf allen bundesstaatlichen Ebenen und für alle durch Wahl zu besetzenden staatlichen Funktionen bestehen, von spezifischen Ausnahmen und Abweichungen abgesehen, annähernd gleiche Wählbarkeitsvoraussetzungen: *Wählbarkeit*, also die Fähigkeit und das Recht, in öffentliche Ämter gewählt werden zu können⁸⁹, ist in aller Regel von der *Stimmfähigkeit* bzw. *Stimmberechtigung* abhängig⁹⁰. *Stimmfähig* ist eine Person, wenn sie das Schweizer Bürger-

⁸⁴ BGE 116 Ia 359 (Frauenstimmrecht AI).

⁸⁵ Dies zeigt sich etwa in der schrittweisen Anerkennung des Frauenstimmrechts in Bund und Kantonen; vgl. den Überblick bei P. TSCHANNEN, *Stimmrecht* (Anm. 3), N. 73 m.H.

⁸⁶ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16.12.1966 (UNO-Pakt II), SR 0.103.2.

⁸⁷ Nach Art. 2 Abs. 1 UNO-Pakt II sind die Vertragsstaaten verpflichtet, die im Pakt genannten Rechte allen Personen „ohne Unterschied wie insbesondere der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status zu gewährleisten“. Art. 25 schränkt den Anwendungsbereich freilich auf *Staatsbürger* ein, weshalb Ausländer ohne Diskriminierung von den politischen Rechten ausgeschlossen werden können.

⁸⁸ Vgl. ALBERTO ACHERMANN/MARTINA CARONI/WALTER KÄLIN, *Die Bedeutung des UNO-Pakts über bürgerliche und politische Rechte für das schweizerische Recht*, in: Kälin/Malinverni/Nowak, *Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte*, 2. Aufl. Basel/Brüssel 1997, S. 226 f.

Vgl. dazu auch den General comment 25 des Human Rights Committee, Ziff. 15: „The effective implementation of the right and the opportunity to stand for elective office ensures that persons entitled to vote have a free choice of candidates. *Any restrictions on the right to stand for election, such as minimum age, must be justifiable on objective and reasonable criteria. Persons who are otherwise eligible to stand for election should not be excluded by unreasonable or discriminatory requirements such as education, residence or descent, or by reason of political affiliation. No person should suffer discrimination or disadvantage of any kind because of that person's candidacy. States parties should indicate and explain the legislative provisions which exclude any group or category of persons from elective office.*“ (Hervorhebung nur hier).

⁸⁹ Vgl. JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Bundesstaatsrecht der Schweiz – Band II*, Basel/Frankfurt a.M. 1995, Rz. 1073*, 1260, 1487, 1611.

⁹⁰ Zu den Begriffen Stimmfähigkeit und Stimmberechtigung und zur Bedeutung der Unterscheidung vgl. ALFRED KÖLZ, *Probleme des kantonalen Wahlrechts*, in: ZBl 1987, S. 6 f. und Yvo HANGARTNER/ANDREAS KLEY, *Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zürich 2000, Rz. 3 (Unterscheidung Stimmrecht – Stimmfähigkeit), Rz. 234 (Wählbarkeit

recht besitzt, politisch volljährig ist (d.h. das 18. Altersjahr⁹¹ zurückgelegt hat) und nicht von einem Gericht wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche entmündigt⁹² wurde⁹³. Weitere Ausschlussgründe vom aktiven Stimmrecht des Bundesrechts (Einstellung in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit)⁹⁴ oder der kantonalen Rechts (Folgen der fruchtlosen Pfändung)⁹⁵ wurden aufgehoben⁹⁶. Nach wie vor stimmfähig und stimmberechtigt, nicht aber wählbar ist, wer von einem Gericht nach Art. 51 StGB für *amtsunfähig* erklärt wurde⁹⁷.

Soweit deren Wahl vom Bund geregelt wird⁹⁸, bestehen für die obersten Bundesbehörden, keine weiteren Wählbarkeitsvoraussetzungen⁹⁹. Massgebend ist allein Art. 143 BV, wonach in den Nationalrat, den Bundesrat und das Bundesgericht jeder und jede Stimmberechtigte

nach Bundesrecht), Rz. 243 (Wählbarkeit nach kantonalem Recht). Der Gebrauch der Begriffe Wählbarkeit und Wahlfähigkeit im kantonalen Staatsrecht ist nicht immer eindeutig; verschiedentlich werden sie synonym verwendet, vgl. dazu ZACCARIA GIACOMETTI, Das Staatsrecht der Schweizerischen Kantone, Zürich 1941, S. 298 mit Anm. 6.

⁹¹ Das Stimmrechtsalter von 18 Jahren gilt im Bund und in allen Kantonen, vgl. PASCAL MAHON, La citoyenneté active en droit public suisse, Rz. 14, in: Thürer/Aubert/Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 20.

⁹² Art. 369 ZGB, vgl. dazu Y. HANGARTNER/A. KLEY (Anm. 90), Rz. 61 f.; die Kantone können weitere Gründe für den Stimmrechtsausschluss vorsehen, jedoch nur für kantonale Angelegenheiten; vgl. die Übersicht bei Y. HANGARTNER/A. KLEY (Anm. 90), Rz. 128-132; Hinweise bei FRITZ FLEINER/ZACCARIA GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, S. 436 f.

Die Bedeutung weitergehender kantonalen Ausschlussgründe ist jedoch gering; Hinweise bei P. TSCHANNEN, Stimmrecht (Anm. 3), N. 71c.

⁹³ Stimmfähigkeit genügt für die Wahlen des Bundes, Art. 143 i.V.m Art. 136 Abs. 1 BV, Art. 1 und 2 BG über die politischen Rechte (BPR, SR 161.1.), vgl. Y. HANGARTNER/A. KLEY (Anm. 90), Rz. 234.

⁹⁴ Vgl. noch die Hinweise bei F. FLEINER/Z. GIACOMETTI (Anm. 92), S. 434 f. Der entsprechende Art. 52 StGB wurde 1971 aufgehoben.

⁹⁵ Hinweise bei F. FLEINER/Z. GIACOMETTI (Anm. 92), S. 435 f.

⁹⁶ Hinweise auf andere Beschränkungen des aktiven und passiven Wahlrecht, die heute teilweise kurios anmuten, finden sich in WALTHER BURCKHARDT, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl. Bern 1931, S. 36 f. (Ausschluss von Dienstboten, Kostgänger, Geistlichen, Protestanten, Analphabeten vom aktiven Stimmrecht; Vermögensnachweis als Voraussetzung für aktives und passives Wahlrecht; Zahlungsunfähigkeit, Armenunterstützung, Rückstand in der Zahlung von Steuern als Grund für den Entzug der politischen Rechte); vgl. auch ALFRED KÖLZ, Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte, Bern 1992, S. 322 f.

⁹⁷ Dazu Y. HANGARTNER/A. KLEY (Anm. 90), Rz. 257 f. Der Zweck dieser Nebenstrafe besteht darin, Menschen von der Führung amtlicher Geschäfte fernzuhalten oder sie daraus zu entfernen, falls sie sich „des Vertrauens unwürdig erwiesen haben“. Nicht die fachliche Kompetenz der betroffenen Person, sondern ihre moralische Eignung für einen öffentlichen Amt ist massgebend; vgl. DOMINIK ZEHNTNER, Art. 51, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Strafgesetzbuch I, Basel/Genf/München 2003, Rz. 3, der zudem auf die geringe statistische Bedeutung dieser Bestimmung hinweist (a.a.O. Rz. 1).

Kritisch zur Nebenstrafe der Amtsunfähigkeit GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, Bern 1989, S. 27 (Rz. 25) und S. 196 ff. (Rz. 7-10).

Auf die Nebenstrafe der Amtsunfähigkeit soll im zukünftigen allgemeinen Teil des StGB nach den Vorstellungen des Bundesrates verzichtet werden, vgl. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht, BBl 1999, 2100.

⁹⁸ D.h. Nationalrat, Bundesrat und Bundesgericht. Die Wahl in den Ständerat wird von den Kantonen geregelt, vgl. Art. 150 Abs. 3 BV.

⁹⁹ Vgl. Y. HANGARTNER/A. KLEY (Anm. 90), Rz. 234-240 und RUTH LÜTHI, Art. 143 BV, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, Die schweizerische Bundesverfassung (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2002, Rz. 2 ff.

gewählt werden kann¹⁰⁰. Weder durch Amtszeitbeschränkungen noch durch Höchstaltersgrenzen, noch durch fachliche Anforderungen wird das Wahlrecht beschränkt¹⁰¹.

Von diesen allgemeinen Wählbarkeitsvoraussetzungen bestehen Abweichungen, und zwar in beide Richtungen. Vor allem für Behörden der Kantone und der Gemeinden, aber auch etwa für Kommissionen des Bundes, wird das Wahlrecht teilweise enger umschrieben oder durch bestimmte Vorkehren eingeschränkt (dazu nachfolgend unter c). Demgegenüber kann in einige wenige Behörden auch gewählt werden, wer nicht alle der dargestellten Bedingungen erfüllt (dazu sogleich unter b).

b) Reduzierte Wählbarkeitsanforderungen für bestimmte Behörden

Der Kanton Jura hat 1998 eine Ausnahme vom Erfordernis der *Schweizer Staatsbürgerschaft* eingeführt: In kommunale Legislativen sind seither auch Ausländerinnen und Ausländern wählbar¹⁰².

Erleichterungen für die Wählbarkeit in Kommissionen auf Gemeindeebene kennt etwa der Kanton Bern. In Kommissionen ohne Entscheidbefugnis kann jede urteilsfähige Person gewählt werden, Stimmberechtigung ist damit nicht Voraussetzung¹⁰³. *Schweizerische Staatsbürgerschaft* und *politische Volljährigkeit* müssen nicht vorliegen, es können sowohl Ausländerinnen und Ausländer als auch Personen unter 18 Jahren Einsitz in diese Organe nehmen¹⁰⁴.

Auch für die Wahl in Jugendparlamente ist *politische Volljährigkeit* nicht erforderlich¹⁰⁵. Ausnahmen vom Erfordernis des allgemeinen Stimmrechtsalters bestehen daneben etwa kommunale Kommissionen ohne Entscheidbefugnis¹⁰⁶.

Ausländische Professoren der Juristischen Fakultät der Universität Basel sind wählbar in die Gerichtsbehörden des Kantons Basel-Stadt, womit auf das Erfordernis der *Schweizerischen Staatsbürgerschaft* verzichtet wird¹⁰⁷. Die Verfassung des Kantons Neuenburg überlässt es ausdrücklich dem Gesetzgeber, die Wählbarkeit in kantonale Gerichtsbehörden auf Ausländerinnen und Ausländer auszudehnen¹⁰⁸.

¹⁰⁰ Mit der in der Praxis wenig bedeutsamen Einschränkung, die sich aus Art. 51 StGB (Amtsunfähigkeit) ergibt, vgl. Anm. 97.

¹⁰¹ Aufgehoben wurde 1999 die Kantonsklausel (vgl. noch Art. 96 Abs. 1 Satz 2 aBV), die es der Vereinigten Bundesversammlung verunmöglichte, mehr als eine Person aus dem gleichen Kanton in den Bundesrat zu wählen. Ebenso wurde die Bestimmung aufgehoben, wonach in den Nationalrat, in den Bundesrat und das Bundesgericht nur Personen weltlichen Standes wählbar sind (vgl. noch Art. 75, 96 und 108 aBV).

¹⁰² Art. 73 KV-JU (Anhang II; S. 84) und Art. 3 Loi sur les droits politiques, SG 161.1; Hinweise bei P. MAHON (Anm. 91), Rz. 31.

¹⁰³ Vgl. Art. 35 Abs. 1 lit. c Gemeindegesetz-BE (vgl. Anhang II, S. 18).

¹⁰⁴ Vergleichbare Regeln kennt etwa die Kantone *Glarus* für beratende Kommissionen ohne Entscheidungs- oder Aufsichtsbezug (Art. 33 Abs. 4 Gemeindegesetz; Anhang II, S. 42).

¹⁰⁵ Jugendparlamente bestehen etwa in Winterthur, Olten und oder in der Region Oberaargau. Soweit ersichtlich sind sie in der Regel als Vereine gem. Art. 60 ff. ZGB konstituiert und erhalten substanzielle finanzielle Unterstützung von der öffentlichen Hand. In Winterthur sind Personen zwischen dem 14. und 24. Altersjahr in das Jugendparlament wählbar (Art. 5 Ziff. 1 Reglement für das Jugendparlament).

¹⁰⁶ Etwa in den Gemeinden des Kantons Bern sind in Kommissionen ohne Entscheidbefugnis alle urteilsfähigen Personen wählbar, also auch Minderjährige sowie Ausländerinnen und Ausländer (Art. 35 Abs. 1 lit. c Gemeindegesetz-BE; Anhang II, S. 17 f.).

¹⁰⁷ § 7 Abs. 3 Gesetz betreffend Wahl und Organisation der Gerichte sowie der Arbeitsverhältnisse des Gerichtspersonals und der Staatsanwaltschaft (Anhang II, S. 51). Gleichzeitig sind damit erhöhte Anforderungen an die berufliche Qualifikation verbunden.

¹⁰⁸ Art. 47 Satz 2 KV-NE (Anhang II, S. 79).

c) **Erhöhte Wählbarkeitsanforderungen für bestimmte Behörden**

In Kantonen und Gemeinden sind weitergehende Anforderungen für die Wählbarkeit in bestimmte Behörden verbreitet.

Zunächst ist in verschiedenen Kantonen und in zahlreichen Gemeinden nur wählbar, wer seinen *politischen Wohnsitz* im entsprechenden Gemeinwesen hat¹⁰⁹. Durch *Amtszeitbeschränkungen* wird das passive Wahlrecht in der Weise beschränkt, dass die gleiche Person das gleiche Amt nur für eine bestimmte Anzahl von *Amts dauern* innehaben darf¹¹⁰. Vereinzelt können *Geistliche* gar nicht in das Kantonsparlament oder die Kantonsregierung gewählt werden¹¹¹. Für Mitglieder von Gerichten werden nicht selten Anforderungen an die Ausbildung gestellt, besondere Fachkenntnisse oder Ausweise verlangt¹¹². In einigen Kantonen bestehen vom allgemeinen Stimmrechtsalter abweichende *Mindestaltersgrenzen* für Exekutiv-¹¹³ und Judikativämter¹¹⁴.

d) **Insbesondere Höchstaltersgrenzen**

aa. Primäre Beispiele

Drei Kantone (Bern, Glarus, Appenzell Ausserrhoden) kennen Höchstaltersgrenzen für die Mitglieder der *Kantonsregierung*¹¹⁵, der Kanton Glarus beschränkt die Wahlfähigkeit zudem

¹⁰⁹ Wobei nicht immer klar ist, ob das Wohnsitzerfordernis tatsächlich Wählbarkeitsvoraussetzung oder lediglich Voraussetzung für Amtsantritt und -ausübung darstellt; vgl. Y. HANGARTNER/A. KLEY (Anm. 90), Rz. 3 und Rz. 243-245.

Jedenfalls dem Wortlaut nach verlangen etwa die Kantone *Bern* (Art. 55 Abs. 1 KV-BE; Anhang II, S. 16), *Luzern* (§ 46, 64, 74, 80, 85 i.V.m. § 26 und 27 KV-LU; Anhang II, S. 27), *Freiburg* (Art 32 i.V.m. Art. 25 KV-FR; Anhang II, S. 45), *Solothurn* (Art. 59 i.V.m. Art. 25 KV-SO; Anhang II, S. 49) politischen Wohnsitz als Voraussetzung der Wählbarkeit. In den Gemeinden ist das Wohnsitzerfordernis jedenfalls für Behörden mit Entscheidbefugnis die Regel; für Beispiele vgl. Anhang II, S. 19 ff.

¹¹⁰ Hat eine Person die zulässige Anzahl Amtsdauern ausgeschöpft, ist sie in der darauf folgenden Amtsperiode für dasselbe Amt nicht wählbar. Hingegen steht es ihr in der Regel frei, sich nach Aussetzen während einer Periode erneut zur Wahl zu stellen. Amtszeitbeschränkungen sind in den Kantonen und Gemeinden verbreitet, vgl. etwa Art. 46 KV-OW (Anhang II, S. 36) oder Art. 12 Gemeindeordnung Steffisburg (Anhang II, S. 24).

¹¹¹ Vgl. etwa Art. 72 und 104 KV-GE (Anhang II, S. 82), und Y. HANGARTNER/A. KLEY (Anm. 90), Rz. 250. Unklar ist, ob es sich dabei um eine Wählbarkeitsvoraussetzung oder um eine Unvereinbarkeitsregel handelt.

¹¹² Vgl. die Hinweise in Anhang I, S. 19 ff.

¹¹³ Im Kanton *Schwyz* ist für die Wahl in den Regierungsrat das Alter von 25 Jahren erforderlich (§ 46 Abs. 5 KV-SZ; Anhang II, S. 34), ebenso im Kanton *Freiburg* (§ 32 Abs. 1 lit. a KV-FR; Anhang II, S. 45), im Kanton Genf das Alter von 27 Jahren (Art. 104 KV-GE; Anhang II, S. 82). Noch Mitte des 20. Jahrhunderts kannten verschiedene andere Kantone erhöhte Mindestaltersgrenzen für Exekutivbehörden, vgl. die Hinweise bei Z. GIACOMETTI (Anm. 90), S. 369 mit Anm. 40; sie wurden mittlerweile aufgehoben.

Ein über das Stimmrechtsalter hinausgehendes Wählbarkeitsalter war etwa in der Zeit der Restauration verbreitet und diente, als Element neben anderen Massnahmen, dem Machterhalt konservativer Kräfte; vgl. A. KÖLZ, Verfassungsgeschichte (Anm. 96), S. 146, S. 205.

¹¹⁴ Vom allgemeinen Stimmrechtsalter abweichende *Mindestaltersschränken* für Mitglieder von Rechtsprechungsorganen kennen die Kantone Freiburg und Genf: in beiden Kantonen ist für die Wählbarkeit in eine Gericht das vollendete 25 Altersjahr erforderlich; vgl. § 32 Abs. 1 lit. a KV-FR (Anhang II, S. 45) und Art. 137 Abs. 2 KV-GE (Anhang II, S. 82).

¹¹⁵ Bis vor vier Jahren beschränkte auch der *Kanton Obwalden* die Wählbarkeit in kantonale und kommunale Behörden und Ämter durch eine Altersobergrenze. Art. 46 Abs. 2 KV-OW lautete: „Die Wählbarkeit erlischt mit dem vollendeten 70. Altersjahr. Amtsinhaber scheiden auf das Ende des Amtsjahres, in

für seine Kantonsvertreter im *Ständerat*. Hingegen beschränkt kein Kanton die Wählbarkeit in seine *kantonale Legislative* auf vergleichbare Weise. Demgegenüber sind Alterslimiten für Mitglieder der *Judikative* verbreitet. Ebenso sind auf allen bundesstaatlichen Ebenen Altersschränken für *ausserparlamentarische Kommissionen* nicht unüblich. Detaillierte Angaben darüber finden sich in Anhang I.

bb. Praxis der obersten Bundesbehörden

Zur Zulässigkeit von Altersschränken im Bereich öffentlicher Ämter besteht nur eine sehr spärliche Praxis der obersten Bundesbehörden.

Die *Bundesversammlung* und der *Bundesrat* haben bisher im Rahmen ihrer Zuständigkeit zur Genehmigung der Kantonsverfassungen resp. in den dazu ergangenen Botschaften verschiedentlich Stellung zu Altersschränken für politische Ämter genommen. Sie haben dabei bisher noch nie eine Altersschränke als unzulässig erachtet.

Im Jahr 1942 gewährleistete die Bundesversammlung eine Änderung der Ausserrhoder Kantonsverfassung, die neu eine Höchstaltersgrenze von 65 Jahren für die Mitglieder des Regierungsrats und des Obergerichts einführt¹¹⁶. Der Bundesrat erachtete diese Regelung in seiner Gewährleistungsbotschaft mit kurzer Begründung als zulässig¹¹⁷.

Im selben Jahr gewährleistete die Bundesversammlung auch eine Änderung der Obwaldner Kantonsverfassung, wonach die Wählbarkeit in kantonale und kommunale Behörden und Ämter mit dem 70. Lebensjahr erlosch¹¹⁸. Der Bundesrat führte in seiner Gewährleistungsbotschaft dazu folgendes aus: „Dass ein Nachlassen der geistigen und körperlichen Kräfte beim einen Amtsträger früher als beim andern eintritt und dass auch noch bei 70 Jahren die Leistungsfähigkeit wohl erhalten sein kann, hindert den Gesetzgeber an einer solchen Lösung nicht; er darf von der Durchschnittserfahrung ausgehen. Die Bestimmung schliesst auch keine Rechtsungleichheit oder Willkür in sich. Einerseits trifft sie gleichmässig alle, die die Altersgrenze erreichen. Und andererseits lässt sich nach der Natur der Sache eine Begrenzung der Wählbarkeit rechtfertigen, obwohl das aktive Wahlrecht keiner Beschränkung aus Gründen des Alters unterliegt; die Ausübung eines öffentlichen Amtes kann, was die Anforderungen betrifft, nicht mit der gelegentlichen Betätigung des Stimm- und Wahlrechts in eine Linie gestellt werden“¹¹⁹.

Die in Frage stehende Bestimmung war im Jahre 1985 in die totalrevidierte Kantonsverfassung überführt worden¹²⁰. Anlässlich einer Verfassungsänderung im Jahr 1998 wurde sie aufgehoben¹²¹.

dem sie die Altersgrenze erreichen, aus dem Amt“ (zit. in BBl 1998, 7; vgl. für die analoge Bestimmung in der aKV-OW BBl 1942, 581). Anlässlich einer 1998 erfolgten Teilrevision wurde diese Regelung ersatzlos aufgehoben; vgl. BBl 1998, 7 und 12.

In der entsprechenden Abstimmungsbotschaft wurde die Aufhebung der Altersgrenze wie folgt begründet: „Diese Bestimmung diskriminiert ältere Personen, welche dank längerer Lebenserwartung einen immer grösseren Anteil an der Bevölkerung ausmachen. Sie soll deshalb aufgehoben werden. Das Volk oder die Wahlbehörde ist durchaus in der Lage, im Einzelfall zu entscheiden, ob eine ältere Person für eine bestimmte Funktion geeignet ist oder nicht“ (zitiert nach einem Schreiben der Obwaldner Staatskanzlei vom 13.8.2002, in den Unterlagen der Gutachter).

¹¹⁶ BBl 1942, 418.

¹¹⁷ Die Bestimmung hat in leicht veränderter Formulierung in die neue Kantonsverfassung von 1995 Eingang gefunden; vgl. dazu hinten S. 28.

¹¹⁸ BBl 1942, 580 ff. Diese Regel wurde bei einer Partialrevision im Jahr 1997 aufgehoben; siehe BBl 1998, 9.

¹¹⁹ BBl 1942, 584.

¹²⁰ Die neue KV-OW wurde am 19.5.1984 von den Stimmberechtigten angenommen; Art. 46 hatte in der

Die bisher ausführlichste Stellungnahme zur Zulässigkeit von Altersschränken für politische Ämter veröffentlichte der Bundesrat anlässlich der Gewährleistung der totalrevidierten Glarner Kantonsverfassung im Jahre 1989. Im Rahmen dieser Totalrevision wurde eine Bestimmung aufgenommen, wonach für die Regierungsräte, die beiden Ständeräte sowie die Gerichtspräsidenten und Richter eine Altersgrenze von 65 Jahren für die Wählbarkeit und die Ausübung der entsprechenden Funktionen gilt. Der Bundesrat führte in seiner Gewährleistungsbotschaft¹²² folgendes aus:

„Klar gegen die Anforderungen (der Bundesverfassung) würden etwa Bestimmungen verstossen, welche die Wählbarkeit allgemein von der Rasse, von einer bestimmten Ausbildung (z.B. abgeschlossene Mittelschul- oder Hochschulausbildung) oder vom versteuerten Einkommen oder Vermögen abhängig machen würden. (...) Nicht von vorneherein eindeutig ist dagegen die Beurteilung von Altersgrenzen *im Bereich der politischen Rechte*. Als allgemein anerkannt kann zwar der Grundsatz gelten, dass gegen unten eine Altersgrenze sowohl für das aktive als auch für das passive Wahlrecht gesetzt werden muss (...). Heikel ist die Beurteilung einer oberen Altersgrenze (...)“¹²³.

Der Bundesrat billigte den Kantonen für die Einführung von Altersschränken für Ämter in vollziehender und richterlicher Funktion einen relativ grossen Entscheidungsspielraum zu. Insbesondere dort, wo die reine Organfunktion überwiegt, oder wo das Amt hohe zeitliche und persönliche Anforderungen stellt, die es in die Nähe des Beamtenstatus rücken, sei dieser Spielraum besonders gross¹²⁴.

Einen strengeren Massstab legte der Bundesrat jedoch an Altersschränken, welche die Wahlfähigkeit in Ämter der Legislative betreffen. Dazu führte der Bundesrat aus: „Da (die Bundesverfassung; ms) sowohl das aktive als auch das passive Wahlrecht schützt, wäre die Festlegung einer oberen Altersgrenze, mit der eine wesentliche Gruppe der Aktivbürgerschaft und der Bevölkerung ohne zureichende Gründe generell von einer direkten Vertretung im Parlament ausgeschlossen würde, als bundesrechtswidrig zu bezeichnen“¹²⁵. Bei den – in concreto in Frage stehenden – Wahlen in den Ständerat seien die Umstände aber speziell, da hier die Bundesverfassung den Wahlmodus den Kantonen überlasse.

Zulässig könnten Altersschränken auch dann sein, wenn sie „dem Grundgedanken des allgemeinen und gleichen Wahlrechts nicht zuwider(aufen) und wenn sie die Rechtsgleichheit respektier(en)“. Diese Anforderungen seien im vorliegenden Fall erfüllt: Die Altersschränken verhinderten eine übermässige Überalterung, förderten die Rotation bei den Amtsträgern und schlossen jene Personen aus, deren geistige und körperliche Fähigkeiten infolge des vorgerückten Alters im Schwinden seien. In Frage stehe nur, ob statt einer Al-

revidierten Fassung den folgenden Wortlaut:

„¹ Wählbar in kantonale und kommunale Behörden oder Ämter ist jeder stimmberechtigte Kantonseinwohner. Bevormundete sind nicht wählbar.“

² Die Wählbarkeit erlischt mit dem vollendeten 70. Altersjahr. Amtsinhaber scheiden auf das Ende des Amtsjahres, in dem sie die Altersgrenze erreichen, aus dem Amt.“

Der Bundesrat äusserte sich in seiner Botschaft über die Gewährleistung der neuen Verfassung des Kantons Unterwalden ob dem Wald mit keinem Wort zur fraglichen Altersschränke, vgl. BBl 1968 II 53 ff.

¹²¹ BBl 1998, 6 (alter Text) und 9 (neuer Text). In der Botschaft zur Genehmigung der Änderung machte der Bundesrat keine weiterführenden Bemerkungen, vgl. BBl 1998, 12.

Die Aufhebung der Altersgrenze wurde in der Abstimmungsbotschaft des Kantons Obwalden wie folgt begründet: „Diese Bestimmung diskriminiert ältere Personen, welche dank längerer Lebenserwartung einen immer grösseren Anteil an der Bevölkerung ausmachen. Sie soll deshalb aufgehoben werden. Das Volk oder die Wahlbehörde ist durchaus in der Lage, im Einzelfall zu entscheiden, ob eine ältere Person für eine bestimmte Funktion geeignet ist oder nicht“ (zitiert nach einem Schreiben der Obwaldner Staatskanzlei vom 13.8.2002, in den Unterlagen der Gutachter).

¹²² BBl 1989 III 731 ff.

¹²³ BBl 1989 III 738 f.

¹²⁴ BBl 1989 III 740.

¹²⁵ BBl 1989 III 740.

tersschanke von 65 Jahren eine solche von 70 Jahren vorzuziehen sei. Angesichts des grossen Beurteilungsspielraums der Kantone könne die Schranken von 65 Jahren nicht beanstandet werden¹²⁶.

Diese Praxis betätigten Bundesrat und Bundesversammlung 1996 durch die Gewährleistung der totalrevidierten Kantonsverfassung von Appenzell Ausserrhoden. Die Altersschanke von 65 Jahren, auf die bereits weiter oben hingewiesen wurde, fand in leicht verändertem Wortlaut Eingang in die neue Verfassung¹²⁷. Der Bundesrat führte in seiner Botschaft¹²⁸ aus: „Die für die Besetzung der Behördenstellen eingeführten Wählbarkeitsvoraussetzungen und Ausschlussgründe sind bundesrechtskonform. Das gilt auch für die in Artikel 66 auf 65 Jahre festgelegte Altersgrenze für Mitglieder des Regierungsrates, des Ober- und des Verwaltungsgerichtes. Wie anlässlich der Gewährleistung der Verfassung des Kantons Glarus ausführlich dargelegt wurde, geniessen die Kantone bei der Festlegung einer oberen Altersgrenze für Ämter mit vollziehender oder richterlicher Funktion einen erheblichen Ermessensspielraum, und die Festlegung einer Altersgrenze wurde denn auch immer als bundesrechtskonform gewährleistet. Ein strengerer Massstab wäre bei altersbedingten Wählbarkeitsbeschränkungen für Mitglieder der Legislative anzusetzen, doch die Verfassung des Kantons Appenzell Ausserrhoden sieht eine solche nicht vor“¹²⁹.

In seiner neuesten Praxis äussert sich der Bundesrat skeptisch gegenüber Altersschranken. So nahm er am 18. Dezember 2002 Stellung zu einer Motion, die von Frau Egerszegi-Obrist im Nationalrat eingereicht wurde, folgendermassen Stellung: „(G)enerelle Alterslimiten (sind) gesellschaftspolitisch problematisch (...), zumal in einem politischen System, das wie das unsere auf dem Milizgedanken aufbaut. Ebenso teilen wir die Bedenken gegen Alterslimiten als Instrument gegen ‚Sesselkleber‘; adäquater und zudem nicht diekriminierend (sic) sind Amtszeitbeschränkungen“¹³⁰.

Das *Bundesgericht* hat sich in seiner bisherigen Praxis soweit ersichtlich noch nicht zur Frage der Zulässigkeit von Altersschranken für politische Ämter geäussert.

3. Anforderungen der Wahl- und Abstimmungsfreiheit

Dem Gleichheitssatz kommt im Bereich der Wahlen und Abstimmungen ein ganz besonders wichtiger Stellenwert zu. Historisch zeigte sich dies etwa darin, dass sich die Idee der Gleichheit zuerst im Bereich der Wahlen und der Abstimmungen Geltung verschaffte, bevor sie durch den allgemeinen Gleichheitssatz auf alle Bereiche des gesellschaftlichen Lebens übertragen wurde¹³¹. Dementsprechend stellt heute die Wahl- und Abstimmungsfreiheit ganz besonders strenge Anforderungen an die Zulässigkeit von Ungleichbehandlungen. Dies gilt sowohl für Ungleichheiten im Bereich des passiven als auch des aktiven Wahlrechts.

¹²⁶ BBl 1989 III 740.

¹²⁷ Vgl. Anhang II, S. 59.

¹²⁸ BBl 1996 I 1021 ff., insb. 1029.

¹²⁹ BBl 1996 IV 1029 (interne Verweise hier weggelassen); Gewährleistungsbeschluss BBl 1996 IV 866.

¹³⁰ Auf dem Internet publiziert unter:

<http://www.parlament.ch/afs/data/d/gesch/2002/d%5Fgesch%5F20023413.htm>.

¹³¹ Siehe TOMAS POLEDNA, Geschlechterquoten im Wahl- und Parlamentsrecht, in: Arioli (Hrsg.), Frauenförderung durch Quoten, Basel/Frankfurt a.M. 1997, S. 152 ff.; G. MÜLLER, Art. 4 (Anm. 74), Rz. 11a ff.; U. HÄFELIN/W. HALLER (Anm. 10), Rz. 746. Vgl. auch R.J. SCHWEIZER (Anm. 13), Rz. 29.

a) *Anspruch auf gleiche Zulassung zu Wahlen (passives Wahlrecht)*

Die Wahl- und Abstimmungsfreiheit garantiert, als Kandidat mit gleichen Chancen an einer Wahl teilnehmen zu können¹³². Dieser Anspruch jedes Einzelnen auf Gleichbehandlung im Bereich des passiven Wahlrechts darf nur aus besonders qualifizierten Gründen beeinträchtigt werden¹³³.

Darauf weisen schon die sehr eng gefassten bundesrechtlichen Beschränkungen des passiven Wahlrechts hin: Die Beschränkung auf Schweizer Bürger dürfte vorwiegend auf Gründen überkommener nationaler Identitätsvorstellungen beruhen und erscheint heute in einem demokratischen Gemeinwesen eher als erratischer Block. Die beiden weiteren Einschränkungen der Wählbarkeit aber, nämlich die politische Volljährigkeit und keine Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche, sind klar darauf gerichtet, jene Menschen vom demokratischen Diskurs auszuschliessen, die aufgrund ihres zu jungen Alters oder ihrer mangelnden geistigen Entwicklung nicht über die für eine kommunikative Auseinandersetzung unabdingbaren minimalen Fähigkeiten verfügen¹³⁴. Die Erklärung der Amtsunfähigkeit nach Art. 51 StGB bezweckt, minimalste Gewähr für eine gewisse Integrität der Träger öffentlicher Ämter zu bieten¹³⁵. Damit stellen diese Einschränkungen nur die grundlegendsten, unabdingbaren Voraussetzungen für die Wahrnehmung eines öffentlichen Amtes sicher.

Solche Zurückhaltung drängt sich auch aus demokratiethoretischen Gründen auf. Ein Gemeinwesen und seine Rechtsordnung erscheinen aus demokratischer Sicht nur in dem Masse als legitim, als allen betroffenen Einzelnen gleichermaßen die Möglichkeit offensteht, an seiner Willens- und Entscheidungsbildung mitzuwirken¹³⁶. Nur wenn alle Einzelnen ihre Anliegen, Interessen und Überzeugungen gleichermaßen in den politischen Prozess einbringen können, darf ihnen zugemutet werden, vom daraus hervorgehenden Recht gebunden zu werden¹³⁷. Dieser Anspruch auf gleiche Partizipation¹³⁸ ist nicht auf die direkt-demokratischen Teilnahmemöglichkeiten beschränkt, sondern muss grundsätzlich für alle staatlich geschaffenen Foren politischer Entscheidungsfindung gleichermaßen gelten.

Das Bundesgericht hält dementsprechend fest, die Gleichheit im Bereich des passiven Wahlrechts stelle ein derart fundamentales Prinzip eines demokratischen Staatswesens dar, dass sie nur aus zwingenden Gründen eingeschränkt werden darf¹³⁹.

Es erachtet dementsprechend starre Quoten für Frauen bei Ämtern, die durch Volkswahl besetzt werden, als unzulässig¹⁴⁰.

¹³² BGE 124 I 55 E2a S. 57; 123 I 152 E8 S. 172; 113 Ia 291 E3a S. 294.

¹³³ ARTHUR HAEFLIGER, *Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich*, Bern 1985, S. 57; J.P. MÜLLER, *Grundrechte* (Anm. 1), S. 435; F. FLEINER/Z. GIACOMETTI (Anm. 92), S. 404, 407; W. BURCKHARDT (Anm. 96), S. 24; vgl. BGE 125 I 21 E3d/dd S. 32 ff.; 124 I 55 E5a S. 62; 123 I 125 E8 S. 171 ff.

¹³⁴ Bezüglich des Mindestalters vgl. etwa F. FLEINER/Z. GIACOMETTI (Anm. 92), S. 433; HANGARTNER/KLEY (Anm. 90), Rz. 27 ff., insb. Rz. 29 sowie Rz. 56-58.

¹³⁵ Vgl. die Hinweise vorne in Anm. 97.

¹³⁶ JÖRG PAUL MÜLLER, *Demokratische Gerechtigkeit*, München 1993, S. 155 ff.; P. TSCHANNEN, *Stimmrecht* (Anm. 3), N. 282 ff., 507 ff.

¹³⁷ Siehe etwa JÖRG PAUL MÜLLER, *Die demokratische Verfassung*, Zürich 2002, S. 33 ff., S. 110 ff.

¹³⁸ Siehe aus der Praxis des Bundesgerichts zur Wahl- und Abstimmungsfreiheit etwa BGE 124 I 55 E5a S. 62. Aus der Lehre P. TSCHANNEN, *Stimmrecht* (Anm. 3), N. 70 f.; Y. HANGARTNER/A. KLEY (Anm. 90), Rz. 29.

¹³⁹ BGE 125 I 21 E3d/dd S. 33; 124 I 55 E2a S. 57 f., E5a S. 62 f. Vgl. Y. HANGARTNER/A. KLEY (Anm. 90), Rz. 2458 ff., insb. 2468 f. und 2470 ff.; ANDREAS KLEY, Art. 34 BV, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, *Die schweizerische Bundesverfassung* (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2002, Rz. 4, 12.

¹⁴⁰ BGE 123 I 152 ff. und 125 I 21 ff.; Y. HANGARTNER/A. KLEY (Anm. 90), Rz. 687-695; KARINE SIEGWART, *Urteilsbesprechung zu 125 I 21*, in: *AJP* 1999, S. 330 ff.

Im Entscheid Kleinandelfingen¹⁴¹ hielt das Gericht gestützt auf diese strenge Ausgestaltung der Gleichheitsanforderungen im Bereich des passiven Wahlrechts eine Regelung für unzulässig, welche jene Kandidaten für das Gemeindeparlament von der staatlich unterstützten Publikation von Wahlinseraten ausschloss, die keiner Partei angehörten. Es erachtete den dadurch bewirkten Verstoss gegen das Gleichheitsgebot als derart schwerwiegend, dass es – entgegen seiner sonstigen Praxis – die Wahl aufhob, obwohl angesichts der Grösse des Stimmenunterschieds der Fehler kaum eine Auswirkung auf das Ergebnis hatte.

b) Anspruch auf freie und unverfälschte Willenskundgabe

Die Wahl- und Abstimmungsfreiheit garantiert jedem Wähler, selber bestimmen zu können, durch wen er sich vertreten lassen will¹⁴². Die Freiheit in der Auswahl möglicher Kandidatinnen und Kandidaten ist daher möglichst umfassend zu gewährleisten. Das Bundesgericht bezeichnet dementsprechend die „Stimmrechtsfreiheit“ als „fundamentale(s) Prinzip() des demokratischen Staatswesens, (das) nur aus gewichtigen, zwingenden Gründen eingeschränkt werden“¹⁴³ darf. Beeinträchtigungen seien „nur mit grösster Zurückhaltung anzuerkennen“¹⁴⁴. Damit trägt das Bundesgericht der Einsicht Rechnung, dass sich der beste Kandidat in der Deliberation unter den Wählerinnen und Wählern herauskristallisieren muss und nicht durch generell-abstrakte Umschreibung von Qualifikationsanforderungen vorbestimmt werden darf. Einschränkungen im Kreis möglicher Kandidaten beeinträchtigen die Freiheit in der Auswahl und damit eine unverfälschte Willenskundgabe der Wählerinnen und Wähler, indem sie diesen keine Äusserungsmöglichkeit über die nicht zugelassenen Bewerber offen lassen. Solche Beeinträchtigungen der Gleichheit bei der Ausübung des aktiven Wahlrechts sind nur dann zulässig, wenn sie unabdingbar sind, um die grundlegendsten Voraussetzungen zur Ausübung des in Frage stehenden Amtes sicherzustellen¹⁴⁵.

Je nach in Frage stehendem öffentlichen Amt können zur Sicherstellung der minimalsten Grundbedingungen funktionierender Amtsausübung je unterschiedliche Einschränkungen gleicher Wählbarkeit notwendig sein. Massgeblich für die Zulässigkeit solcher Beschränkungen ist primär die Funktion des jeweiligen Organs:

Steht die Repräsentation der Einzelnen im Vordergrund und kommt den individuellen Fähigkeiten etwa geistiger, intellektueller, ausbildungsmässiger oder körperlicher Art eine weniger tragende Bedeutung zu, sind Beeinträchtigungen gleicher Wählbarkeit nur äusserst beschränkt zulässig¹⁴⁶.

Wo demgegenüber Anforderungen etwa fachlicher Art im Vordergrund stehen, oder wo ein Amt mit enormen physischen und zeitlichen Beanspruchungen verbunden ist, können entsprechende Beschränkungen der Wählbarkeit allenfalls zulässig erscheinen¹⁴⁷.

¹⁴¹ BGE 113 Ia 291; vgl. auch BGE 125 I 441 E2a 443 ff. m.H.; 124 I 55 E5a S. 62 und die Kritik von JÖRG PAUL MÜLLER/MARTIN LOOSER, Staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgericht in den Jahren 1997 und 1998, ZBJV 1999, S. 758.

¹⁴² BGE 123 I 152 E8 S. 172.

¹⁴³ BGE 125 I 21 E3d/dd S. 33.

¹⁴⁴ A.a.O.; Y. HANGARTNER/A. KLEY (Anm. 90), Rz. 687 ff.

¹⁴⁵ Vgl. Y. HANGARTNER/A. KLEY (Anm. 90), Rz. 2468 f. und 2470 ff.

¹⁴⁶ Vgl. Y. HANGARTNER/A. KLEY (Anm. 90), Rz. 229, 248, 1414. Vgl. auch etwa P. TSCHANNEN (Anm. 3), N. 742 ff.

¹⁴⁷ Siehe dazu etwa Y. HANGARTNER/A. KLEY (Anm. 90), Rz. 229 f., 1547, 1577 f.

C. Zulässigkeit von Altersschränken für spezifische öffentliche Ämter

Vor dem dargestellten normativen Hintergrund des Verbots der Diskriminierung wegen des Alters nach Art. 8 Abs. 2 BV und der Wahl- und Abstimmungsfreiheit nach Art. 34 BV ist nun die Zulässigkeit von Altersschränken für politische Ämter in den unterschiedlichen Konstellationen je spezifisch zu beurteilen.

I. Altersschränken für Mitglieder eines Legislativorgans

Die strengsten Anforderungen an Beeinträchtigungen des gleichen Zugangs zu staatlichen Foren demokratischer Willens- und Entscheidungsbildung gelten bei Organen mit überwiegend legislativer Funktion¹⁴⁸.

Insbesondere bei Gemeinden, in denen eine Gemeindeversammlung gewisse Aufgaben wahrnimmt, kommen dem Gemeinderat regelmässig relativ umfassende legislative Funktionen zu. In solchen Situationen ist nicht schematisch auf die Stellung des Gemeinderats als Exekutive abzustellen, sondern es ist zu fragen, wie umfassend er die Gesetzgebung letztlich bestimmt¹⁴⁹.

Die primäre Funktion legislativer Organe besteht darin, den in einer weiten Öffentlichkeit nur beschränkt funktionierenden Diskurs zu Fragen des Gemeinwohls quasi treuhänderisch zu führen¹⁵⁰. Dementsprechend sind von den Abgeordneten nicht bestimmte, besonders hervorstechende Qualifikationen gefordert. Es ist vielmehr sicherzustellen, dass sie die Bevölkerung in ihrer gesamten Vielfalt möglichst gut repräsentieren. Dies erfordert, dass der Kreis jener, die den Wählerinnen und Wählern vorgeschlagen werden können, möglichst umfassend ist. *Die Wählerinnen und Wähler* müssen letztlich bestimmen können, durch wen sie im Legislativorgan vertreten sein wollen. Nur so kann sichergestellt werden, dass ihr grundrechtlicher Anspruch gewahrt bleibt, ihren freien Willen zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck zu bringen. Einschränkungen dieser Freiheit der Auswahl, die weiter gehen als jene, die sich schon aus der Bundesverfassung und aus Art. 51 StGB ergeben, sind u.E. daher bei legislativen Organen nicht zulässig¹⁵¹. Qualifizierte Gründe, die im Rahmen der Wahl- und Abstimmungsfreiheit weitergehende Schranken rechtfertigen könnten, sind unter den heutigen gesellschaftlichen Umständen nicht verfügbar.

Dies gilt erst recht dort, wo eine Gruppe betroffen ist, die von einem der Diskriminierungsverbote des Art. 8 Abs. 2 BV besonders intensiv vor Schlechterbehandlung geschützt wird. Der Schutz der politischen Rechte und das Verbot der Diskriminierung kommen hier je in ihrer vollen Strenge zur Anwendung und überlagern sich gegenseitig. Daraus resultieren ganz besonders stringente verfassungsrechtliche Schranken gegen Beeinträchtigungen der gleichen Wählbarkeit.

¹⁴⁸ So auch der Bundesrat in BBl 1989 III 740.

¹⁴⁹ In diese Richtung etwa auch Y. HANGARTNER/A. KLEY (Anm. 90), Rz. 229.

¹⁵⁰ Siehe etwa J.P. MÜLLER, *Demokratische Verfassung* (Anm. 137), Zürich 2002, S. 98 ff., S. 108 ff.; DERS., *Demokratische Gerechtigkeit* (Anm. 136), S. 155 ff.

¹⁵¹ In diesem Sinn auch Y. HANGARTNER/A. KLEY (Anm. 90), Rz. 248 und bezüglich Art. 48 aKV-OW Rz. 1414.

Altersschränken für Organe mit primär legislativer Funktion verfolgen regelmässig den Zweck, die geistigen und körperlichen Fähigkeiten der Amtsträger sicherzustellen. Sie gehen damit von der allgemeinen Erfahrung aus, dass diese Fähigkeiten mit zunehmendem Alter abnehmen. Dies entspricht zwar den statistischen Erkenntnissen¹⁵², trifft aber nicht auf alle Menschen im fortgeschrittenen Alter gleichermassen zu. Die strengen Anforderungen, die aus der Wahl- und Abstimmungsfreiheit und dem Verbot der Altersdiskriminierung für die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen fliessen, verbieten derartige Stereotypisierung. Um sicherzustellen, dass die Mitglieder eines überwiegend mit legislativen Funktionen betrauten Organs die minimalsten Voraussetzungen zur Ausübung eines Abgeordnetenamtes erfüllen, müssen individualisierte, spezifische Abklärungen vorgenommen werden. Verallgemeinerungen wären demgegenüber im vorliegenden Zusammenhang weder erforderlich noch für die betroffenen Einzelnen zumutbar.

Auch das Ziel, eine übermässige Überalterung primär legislativer Organe zu verhindern, ist u.E. keine tragfähige Rechtfertigung für Altersschränken. Falls sich die Wählerinnen und Wähler durch betagte Menschen besonders gut vertreten fühlen und sie dementsprechend überproportional häufig wählen, ist dieser Entscheid zu akzeptieren. Aber auch in Situationen, in denen eine entsprechende Altersschränke gesetzlich verankert wird, weil aller Erfahrung nach einmal gewählte Abgeordnete kaum je abgewählt werden, sondern fast ausschliesslich durch freiwilligen Rücktritt aus dem Amt scheidet, erweist sich das Mittel der Altersschränke als unzulässig: In solchen Situationen stellen Amtszeitbeschränkungen ein ebenso wirksames Mittel dar, die deshalb als milder erscheinen, weil sie nicht an das Alter der Betroffenen anknüpfen, sondern für alle Amtsträger gleichermassen gelten. Aus derselben Überlegung kann auch das Motiv, für eine gewisse Rotation bei den Amtsträgern zu sorgen, eine Altersschränke nicht rechtfertigen.

Ein eigenständiger Beurteilungsspielraum kann hier dem kantonalen oder kommunalen Gesetzgeber, der entsprechende Altersschränken erlässt, nicht zukommen. Wo derart dichte grundrechtliche Anforderungen bestehen wie im vorliegenden Bereich, ist die übergeordnete Instanz verpflichtet, die ihr zukommende Kognition vollumfänglich, ohne Einschränkung auszuschöpfen.

Diese verfassungsrechtliche Beurteilung weicht von jener des Bundesrates aus dem Jahr 1989 ab, in welcher er eine Altersgrenze von 65 Jahren in der Verfassung des Kantons Glarus als zulässig erachtet hatte¹⁵³. Seither wurde die Rechtslage aber in zwei Aspekten verdeutlicht: (1) Das Bundesgericht hat insbesondere in den beiden Entscheiden zur Zulässigkeit von Frauenquoten die spezifische Bedeutung der Gleichheit im Bereich von Wahlen und Abstimmungen mit bisher nicht verfügbarer Deutlichkeit herauskristallisiert. (2) Mit der Verfassung von 1999 wurde ein spezifisches Verbot, wegen des Alters zu diskriminieren, in den Verfassungstext aufgenommen. Darüber hinaus hat sich seit 1989 auch die demografische Entwicklung nochmals in Richtung einer grösseren Lebenserwartung und einer Zunahme der alten Menschen verschoben. Diese Gründe erfordern u.E. heute eine andere verfassungsrechtliche Beurteilung, als sie der Bundesrat vor bald 14 Jahren vorgenommen hatte.

¹⁵² Vgl. die Ausführungen vorne S. 14.

¹⁵³ BBl 1989 III 731 ff.; vgl. vorne S. 28 f. Y. HANGARTNER/A. KLEY (Anm. 90), Rz. 1508.

II. Altersschränken für Mitglieder eines Exekutivorgans

1. Allgemeines

Die Mitglieder der Exekutivorgane in den Kantonen und den Gemeinden werden regelmässig durch Volkswahl bestellt¹⁵⁴. Altersschränken sind deshalb nicht nur an Art. 8 Abs. 2 BV, sondern grundsätzlich auch am spezifischen Gleichheitsgebot im Rahmen der Wahl- und Abstimmungsfreiheit zu messen. Ungleichbehandlungen können daher nur gerechtfertigt werden, wenn sie zur Sicherstellung der grundlegenden Voraussetzungen für die Ausübung des fraglichen Exekutivamts unabdingbar erscheinen.

Anders als bei legislativen Organen steht bei Exekutiven jedoch die Funktion der Repräsentation nicht in gleichem Masse im Vordergrund. Den Anforderungen an die Qualifikation der Amtsträger kommt hier ein erhöhtes Gewicht zu.

2. Vollamtliche Exekutivämter

Insbesondere dort, wo die Exekutive als Vollamt ausgestaltet ist, können die körperlichen und psychischen Belastungen erheblich sein. Zudem sind die Anforderungen an eine schnelle Einarbeitung in komplexe Regelungsmaterien regelmässig hoch.

Mit zunehmendem Alter des Menschen nehmen seine körperliche Belastungsfähigkeit und die Schnelligkeit des Auffassungsvermögens tendenziell ab. Eine Altersschränke erscheint daher grundsätzlich geeignet, die entsprechenden Qualifikationen der Amtsträger sicherzustellen. Als ein milderes Mittel, welches dasselbe Ziel verfolgt, käme allenfalls eine individualisierte Abklärung dieser Eigenschaften bei den spezifischen Kandidaten in Frage. Dies würde bedeuten, dass sämtliche Kandidaten einen Test absolvieren müssten, bevor sie sich der Wahl stellen dürften. Gerade die historischen Erfahrungen mit spezifischen, im Einzelfall abzuklärenden Voraussetzungen für die Wählbarkeit haben aber gezeigt, dass damit erhebliche Gefahren einhergehen, unliebsame Einzelne oder Gruppen von einem Amt fernzuhalten.

So haben etwa in den Vereinigten Staaten die Lese- und Schreibtests als Voraussetzungen für die Wahlfähigkeit regelmässig dazu gedient, Schwarzen das Wahlrecht abzuerkennen¹⁵⁵.

Eine individualisierte Prüfung der Fähigkeiten, ein bestimmtes Amt auszuüben, erscheint ganz besonders dann als problematisch, wenn die Prüfung gerade anlässlich der Wahl vorgenommen wird. Diesfalls erscheint die Gefahr nicht unerheblich, dass damit illegitime Ziele verfolgt werden. Statt dass solche Tests der rechtsgleichen Ausgestaltung des Wahlsystems dienen, entsteht die Gefahr, dass sie neue und ganz besonders schwerwiegende Ungleichheiten schaffen.

Diese Gefahr erscheint dann bedeutend geringer, wenn eine Prüfung nicht unmittelbar anlässlich einer Wahl vorgenommen wird, sondern gewisse Fähigkeiten sowohl in zeitlicher als auch sachlicher Distanz davon festgestellt werden. Dies ist etwa beim Erfordernis einer bestandenen Anwaltsprüfung für das Amt eines Richters der Fall.

¹⁵⁴ Siehe GEORG LUTZ/DIRK STROHMANN, *Wahl- und Abstimmungsrecht in den Kantonen*, Bern/Stuttgart/Wien 1998, S. 25; Y. HANGARTNER/A. KLEY (Anm. 90), Rz. 1529 und 2428.

¹⁵⁵ Siehe *Lassiter v. Northampton County Board of Elections*, 360 U.S. 45 (1959); *Harper v. Virginia State Board of Elections*, 383 U.S. 663 (1966).

Bei Exekutivämtern erscheinen deshalb Altersschranken zur Sicherstellung der notwendigen körperlichen Belastbarkeit und der geistigen Beweglichkeit nicht von vorneherein als unzulässig¹⁵⁶.

Entscheidend ist, bei welchem Alter solche Schranken anknüpfen müssen, damit sie noch als verhältnismässig erscheinen¹⁵⁷. Da Altersschranken an Typisierungen, an Verallgemeinerungen über die abnehmenden Fähigkeiten körperlicher und geistiger Art¹⁵⁸ anknüpfen, kann die Grenze zwischen der noch zulässigen und der unzulässigen Höhe der Altersschranke nicht trennscharf gezogen werden. Das Verfassungsrecht kann dementsprechend keine spezifische Altersgrenze vorschreiben, sondern nur Hinweise auf eine vertretbare Grössenordnung geben.

Unter Hinweis auf die Parallelen mit dem im beruflichen Bereich anerkannten Pensionsalter von 65 Jahren und der im Bereich des öffentlichen Dienstes langen diesbezüglichen Tradition erachtete der Bundesrat im Jahr 1989 eine Altersschranke von 65 Jahren als zulässig¹⁵⁹. Die in Anhang I angeführte Übersicht über wichtige Altersschranken im heutigen schweizerischen Recht zeigt, dass das relevante Alter regelmässig zwischen 65 und 70 Jahren liegt. Diese Grenzen erhöhen sich zum Teil dadurch, dass die Amtsträger trotz Erreichen des fraglichen Alters die Amtsdauer noch beenden können.

U.E. wäre es unverhältnismässig, die Altersgrenze unter 65 Jahren anzusetzen. Aufgrund des heutigen Standes von Lehre und Praxis lässt sich eine Grenze von 65 Jahren nicht rundweg als verfassungswidrig qualifizieren. Gerade auch angesichts der demografischen Entwicklung in den letzten Jahrzehnten erscheint uns eine Grenze von 70 Jahren für Ämter der Exekutive noch als angemessen.

3. Nebenamtliche Exekutivämter

Die Anforderungen an die körperliche Belastbarkeit sind dort bedeutend geringer, wo die Mitgliedschaft in einer Exekutive als Nebenamt ausgestaltet ist. In der Praxis ist jedoch die Infrastruktur (Sekretariat, Mitarbeiter etc.) bei nebenamtlichen Exekutivorganen regelmässig markant schlechter ausgestattet als bei Vollämtern. Dadurch nähert sich die Belastung bei Nebenämtern regelmässig jener bei Vollämtern an. Wo dies der Fall ist, bleibt die Zulässigkeit von Altersschranken bei nebenamtlichen Exekutivämtern nach den gleichen Massstäben zu beurteilen wie bei Vollämtern.

Wo jedoch die körperliche Belastung bei einem Nebenamt tatsächlich markant geringer ist als bei einem Vollamt, stehen Rechtfertigung von Altersschranken Gründe der geistigen Beweglichkeit im Hinblick auf die Beherrschung komplexer Sachfragen im Vordergrund.

Es erscheint fraglich, ob solche Gründe allein die Festlegung einer Altersgrenze zu rechtfertigen vermögen. So darf in aller Regel davon ausgegangen werden, dass ein Kandidat, der sich im Rahmen eines Wahlkampfes in der Öffentlichkeit gegenüber seinen Mitbewerbern durchsetzen und eine Mehrheit der Abstimmenden auf sich vereinigen kann, auch über jene notwendige minimale geistige Beweglichkeit und Auffassungsgabe verfügt, die unabdingbar ist für die Ausübung des Amtes. Angesichts der strengen Anforderungen, welche die Verfassung

¹⁵⁶ In diesem Sinn auch etwa BVerfG vom 26.8.1993 in: DVBl. 1994, S. 43 f. – Altersgrenzen für Bürgermeister I; BVerfG vom 27.7.1997 in: NVwZ 1997, S. 1207 f. – Altersgrenzen für Bürgermeister II.

¹⁵⁷ Siehe BBl 1989 III 742.

¹⁵⁸ Vgl. etwa die Hinweise auf allgemeine Tendenzen des Alterungsprozesses, die sich auch auf die geistigen Leistungsfähigkeit auswirken bei G. M. BACKES/W. CLEMENS (Anm. 42), S. 87 ff.

¹⁵⁹ Siehe BBl 1989 III 742. Dazu kritisch URS FELDER, Wahl aller Kantonsregierungen unter besonderer Berücksichtigung des Wahlsystems, Diss. ZH 1993, S. 71 f.

durch die Anwendung sowohl von Art. 8 Abs. 2 BV als auch der Wahl- und Abstimmungs-freiheit stellt, sind Altersschränken bei exekutiven Nebenämtern grundsätzlich nicht erforderlich. Aus verfassungsrechtlicher Sicht erscheinen sie u.E. deshalb grundsätzlich nicht zulässig.

Solche Altersschränken könnten allenfalls dann als zulässig erachtet werden, wenn die überwiegende Zahl der davon Betroffenen tatsächlich nicht über die unabdingbaren Fähigkeiten zur Amtsausübung verfügen. Dies würde bedingen, die Altersgrenze ausserordentlich hoch anzusetzen. Altersschränken in dieser Höhe dürften sich in der Praxis aber regelmässig als wenig relevant erweisen.

III. Altersschränken für Mitglieder in ausserparlamentarischen Kommissionen

Altersschränken für Mitglieder in ausserparlamentarischen Kommissionen berühren die Wahl- und Abstimmungsfreiheit nicht direkt. Deren strenge Anforderungen an die Gleichbehandlung kommen daher nicht zum Tragen. Verfassungsrechtlicher Massstab bildet das Verbot nach Art. 8 Abs. 2 BV, wegen des Alters zu diskriminieren. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass auch ausserparlamentarische Kommissionen einen entscheidenden Einfluss auf die Gesetzgebung ausüben können und als Organe der demokratischen Entscheidungsbildung in gewissem Rahmen repräsentativ zusammengesetzt sein sollten.

Rechtfertigung solcher Altersschränken kommen nicht nur qualifizierte Gründe in Frage wie bei Grenzen von Exekutiv- und Legislativämtern. Sachliche Gründe im Sinne des allgemeinen Gleichheitssatzes genügen grundsätzlich. Erhöhte Anforderungen sind aber an die Verhältnismässigkeit solcher Regelungen zu stellen: Das bedeutet insbesondere, dass sie (1) ein legitimes, mit den Funktionen des fraglichen Organs vereinbares Ziel verfolgen müssen, (2) geeignet sind, dieses Ziel zu erreichen, und (3) den Zugang nicht stärker einschränken als notwendig. Zudem muss (4) sichergestellt sein, dass die Betroffenen dadurch nicht von wichtigen Phasen der politischen Willens- und Entscheidungsbildung ausgeschlossen werden.

Bund¹⁶⁰ und Kantone¹⁶¹ legen gewöhnlich eine Grenze von 70 Jahren für die Mitwirkung in ausserparlamentarischen Kommissionen fest. Dies erscheint dann nicht von vornherein unzulässig, wenn Kommissionen in Frage stehen, die sich mit spezifischen Problemen technischer oder allgemein fachlicher Art beschäftigen. In solchen Fällen erscheint es angemessen, nur solche Kommissionsmitglieder bestimmen zu dürfen, die noch im beruflichen Leben stehen oder bis vor kurzem standen und deshalb über aktuelle entsprechende Fachkenntnisse verfügen.

Setzt sich eine Kommission dagegen mit allgemeinen politischen Fragen auseinander und kommt ihr eine wichtige Bedeutung im Willens- und Entscheidungsbildungsprozess des Gemeinwesens zu, sind Altersschränken u.E. problematisch. Unzulässig wären sie jedenfalls dort, wo Fragen im Zentrum stehen, die betagte Menschen besonders betreffen.

Eine solche Altersschränke darf aber nicht dazu führen, dass die Anliegen der alten Menschen nicht oder nur ungenügend in ausserparlamentarische Kommissionen eingebracht werden. Diese Gefahr besteht insbesondere dann, wenn eine solche Kommission nicht mit besonderen Fachfragen beschäftigt ist, sondern allgemein politische Erwägungen anstellen muss. Kommt

¹⁶⁰ Art. 16 Abs. 1 Verordnung über ausserparlamentarische Kommissionen sowie Leitungsorgane und Vertretungen des Bundes (Kommissionenverordnung; SR 172.31; Anhang II, S. 6).

¹⁶¹ Vgl. Darstellung und Hinweise in Anhang I, S. 22 ff.

solchen Kommissionen eine wichtige Bedeutung im Willens- und Entscheidungsbildungsprozess des Gemeinwesens zu, erscheinen Altersschränken verfassungsrechtlich problematisch. Jedenfalls dort, wo in einer ausserparlamentarischen Kommission schergewichtig Fragen im Zentrum stehen, die betagte Menschen betreffen, ist ihnen der Zugang zu öffnen.

Entscheidet sich der Gesetzgeber, auch bei ausserparlamentarischen Kommissionen an Altersschränken festzuhalten, muss er sie genügend flexibel ausgestalten, um der dargestellten Vielfalt der Probleme gerecht zu werden. Entsprechend hat beispielsweise der Bundesrat Art. 16 der Kommissionsverordnung um einen Absatz 2 ergänzt, der eine gewisse Flexibilität erlaubt¹⁶². Eine nachgiebige Ausgestaltung von Altersschränken rechtfertigt sich insbesondere auch deshalb, weil im Vergleich mit vollamtlichen Exekutivämtern die körperliche Belastung bei ausserparlamentarischen Kommissionen regelmässig bedeutend geringer sein dürfte.

IV. *Insbesondere Amtszeitbeschränkungen als Alternative zu Altersschränken*

Altersschränken erscheinen dann besonders problematisch, wenn sie durch den Schutz der in Frage stehenden Behörde vor Überalterung motiviert sind. So begründete Altersschränken richten sich spezifisch gegen betagte Menschen, allein wegen ihres Alters. Dies erscheint aus Sicht von Art. 8 Abs. 2 BV kaum je zulässig. Wo durch Volkswahl bestellte Behörden in Frage stehen, wird darüber hinaus ein den Wählerinnen und Wählern zustehender Entscheid vorweggenommen.

Das Ziel einer altersmässig ausgewogenen Zusammensetzung einer Behörde, kann statt durch Altersschränken auch durch Amtszeitbeschränkungen erreicht werden. Amtszeitbeschränkungen richten sich nicht spezifisch gegen betagte Menschen, sondern setzen der Mitgliedschaft in einer Behörde unabhängig vom Alter des Betroffenen zeitliche Grenzen. Zwar treffen sie im Ergebnis ganz junge Amtsträger nicht. Die dadurch bewirkte faktische Schlechterstellung von Menschen, die nicht mehr zur Gruppe der ganz Jungen gehören, stellt aber noch keine unzulässige mittelbare Diskriminierung betagter Menschen dar.

Amtszeitbeschränkungen begrenzen die Wählbarkeit eines Behördemitglieds¹⁶³ und schränken damit die Wahl- und Abstimmungsfreiheit sowohl der Wählerinnen und Wähler (Auswahlfreiheit) als auch der Kandidaten (passives Wahlrecht) ein. Sie erscheinen aber nicht von vornherein als unzulässig¹⁶⁴. So hat das Bundesgericht hat in seiner Praxis auch ausserordentlich strenge Amtszeitbeschränkungen geschützt: So stand in einem älteren, den Kanton Basel-Stadt betreffenden Entscheid eine Amtszeitbeschränkung in Frage, welche in Extremfällen einen Betroffenen nach nicht einmal einer ganzen Amtszeit von der Wiederwahl ausschloss¹⁶⁵. Auch die Lehre erachtet Amtszeitbeschränkungen unter gewissen Voraussetzungen als zulässig¹⁶⁶. Die Voraussetzungen der Zulässigkeit sind hier nicht näher zu diskutieren.

Amtszeitbeschränkungen legen den Entscheid darüber, ob ein betagter Kandidat als Mitglied einer Behörde gewählt werden soll, in die Zuständigkeit der Wahlbehörde. Diese – d.h. das Volk oder ein anderes zuständiges Organ – entscheiden darüber, ob sie eine bei ihrer ersten

¹⁶² Entsprechend die Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz im Schreiben vom 25.9.2002 (in den Unterlagen der Gutachter).

¹⁶³ Siehe BGE 125 I 289 E4a S. 293.

¹⁶⁴ Der U.S. Supreme Court erachtet jedoch Amtszeitbeschränkungen für Mitglieder des U.S. Kongresses nur als zulässig, wenn sie in der Verfassung verankert wären; siehe U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton, 514 U.S. 779 (1995).

¹⁶⁵ Siehe BGE 98 Ia 627 ff.

¹⁶⁶ Neuer insbesondere Hangartner/Kley (Anm. 90), Rz. 251, 1415 und 1509.

Wahl schon ältere Person wählen sollen oder nicht. Dadurch wird ihr ermöglicht, das Ziel einer altersmässig ausgeglichenen Zusammensetzung der fraglichen Behörde wirksam zu verfolgen, ohne dass betagten Menschen der Einsitz generell verweigert wird. Insofern erscheinen Amtszeitbeschränkungen als tragfähige und verfassungsrechtlich weniger problematische Alternative zu Altersschränken.

D. Anfechtbarkeit von Altersschränken

I. Kantonale Verfahren

Altersschränken im kantonalen und kommunalen Recht sind zunächst nach den einschlägigen kantonalen Verfahrensbestimmungen anzufechten. Im Rahmen dieses Gutachtens kann auf diese spezifischen Regelungen nicht eingegangen werden. Soweit diese die Legitimation der in Frage kommenden Beschwerdeführer enger umschreiben als das hier einschlägige bundesrechtliche Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, ist – mangels einer innerkantonalen Beschwerdemöglichkeit – direkt staatsrechtliche Beschwerde zu erheben.

II. Staatsrechtliche Beschwerde

Sowohl gegen die Anwendung einer Altersschränke im konkreten Einzelfall als auch gegen die Einführung neuer Altersschränken in einem Erlass kann unter gewissen Voraussetzungen staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht erhoben werden. Im Folgenden ist zunächst auf die prozessualen Möglichkeiten gegen Altersschränken im konkreten Einzelfall einzugehen. Anschliessend werden die Voraussetzungen zur Erhebung einer Beschwerde unmittelbar im Anschluss an den Erlass einer neuen Regelung dargestellt.

Zur Erhebung einer staatsrechtlichen Beschwerde gegen den letztinstanzlichen kantonalen Entscheid kommen grundsätzlich ein nicht berücksichtigter Einzelner und ein Verband, der sich statutarisch den Anliegen älterer Menschen widmet, in Frage. Die Prozessvoraussetzungen sind in diesen beiden Fällen je unterschiedlich.

1. Beschwerde im konkreten Anwendungsfall

a) Beschwerde des nicht berücksichtigten Dritten

Die Anfechtbarkeit der Anwendung einer Altersschränke im konkreten Einzelfall ist danach zu unterscheiden, ob die Behörde in einer Volkswahl bestellt (aa) oder von einem staatlichen Organ ernannt wird (bb).

aa. Behörden, die in Volkswahl bestellt werden

Anfechtungsobjekt ist die Nichtaufnahme eines Kandidaten oder einer Kandidatin in die Wahlliste durch das zuständige kantonale oder kommunale Organ. Mit Stimmrechtsbeschwerde¹⁶⁷ nach Art. 85 lit. a OG wird eine Verletzung der Wahl- und Abstimmungsfreiheit der Wählerinnen und Wähler (aktives Wahlrecht)¹⁶⁸ und von Art. 8 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 34 BV (passives Wahlrecht)¹⁶⁹ geltend gemacht.

¹⁶⁷ Siehe BGE 123 I 152 ff.; 125 I 21 ff.

¹⁶⁸ Dazu vorne S. 27.

¹⁶⁹ Dazu vorne S. 26. Die Verletzung von Art. 8 Abs. 2 BV steht in direktem Zusammenhang mit der Wahrnehmung politischer Rechte, weshalb auch dann eine Stimmrechtsbeschwerde einzureichen ist,

Altersschränken bei Ämtern, die durch Volkswahl besetzt werden, betreffen sowohl das passive Wahlrecht der zu alten Kandidaten als auch das aktive Wahlrecht aller Wählerinnen und Wähler. Zur Beschwerde legitimiert sind deshalb sowohl die betroffenen Kandidaten¹⁷⁰ als auch alle Wahlberechtigten¹⁷¹ im fraglichen Gemeinwesen.

bb. Behörden, die nicht in Volkswahl bestellt werden

Bei Altersschränken für Behörden, die nicht in Volkswahl bestellt werden, stehen ausserparlamentarische Kommissionen im Vordergrund. Einschlägiges Rechtsmittel auf Bundesebene ist die staatsrechtliche Beschwerde als Verfassungsbeschwerde (Art. 84 Abs. 1 lit. a OG). Anzufechten ist die Einsetzungsverfügung des zuständigen kantonalen oder kommunalen Organs.

Der nicht berücksichtigte Dritte, der aufgrund einer gesetzlichen Altersschränke gar nicht in die Kommission gewählt werden konnte, kann dabei eine Verletzung seines Anspruchs auf Schutz vor Diskriminierung wegen seines Alters (Art. 8 Abs. 2 BV) geltend machen. Die Legitimation des Dritten ergibt sich direkt aus diesem verfassungsmässigen Recht¹⁷². Anders als bei der Rüge einer Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes ist bei der Rüge der Verletzung eines der spezifischen Diskriminierungsverbote keine individualschützende Gesetzesnorm¹⁷³ notwendig. Dies hat das Bundesgericht schon unter der Verfassung von 1874 mit Bezug auf das Verbot der Geschlechterdiskriminierung erkannt¹⁷⁴. Gleiches muss für die anderen Tatbestände von Art. 8 Abs. 2 BV gelten.

Vorfrageweise kann die Rüge vorgebracht werden, der Erlass, der die Altersschränke enthält, sei selber verfassungswidrig. Dies dürfte vor allem bei starren Altersschränken sinnvoll sein, die keine Ausnahmen für Fälle besonderer Betroffenheit älterer Menschen enthalten. Dem Gericht wird dadurch Gelegenheit gegeben, sich mit dem Problem der Altersdiskriminierung zu befassen und – falls möglich – eine verfassungskonforme Auslegung der fraglichen Bestimmung vorzuschlagen. Es erscheint aber eher unwahrscheinlich, dass im konkreten Einzelfall eine Verletzung von Art. 8 Abs. 2 BV dargetan werden kann.

b) Beschwerde eines Verbandes

Auch die Beschwerdemöglichkeit eines Verbandes unterscheidet sich danach, ob eine Behörde in Frage steht, die durch Volkswahl bestellt, oder ob sie durch ein Organ bestimmt wird. Dies selbst dann, wenn der spezifische Sachbereich betroffen ist, dem sich der Verband widmet.

wenn nur diese Rüge vorgebracht wird. Siehe WALTER KÄLIN, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. Aufl. Bern 1994, S. 101.

¹⁷⁰ BGE 119 Ia 167 E1c S. 170.

¹⁷¹ Siehe etwa P. TSCHANNEN, Stimmrecht (Anm. 9), N. 775.

¹⁷² W. KÄLIN, Staatsrechtliche Beschwerde (Anm. 169), S. 247.

¹⁷³ Dazu RENÉ A. RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel/Frankfurt a.M. 1996, Rz. 1781.

¹⁷⁴ BGE 118 Ia 35 E2b S. 37; 113 Ia 107 E1d S. 112. W. KÄLIN, Staatsrechtliche Beschwerde (Anm. 169), S. 246.

aa. Behörden, die in Volkswahl bestellt werden

In konstanter Praxis erachtet das Bundesgericht Parteien als befugt zur Erhebung einer Stimmrechtsbeschwerde nach Art. 85 lit. a OG, wenn sie als juristische Personen konstituiert sind und im Kanton oder der Gemeinde, in welcher die fragliche Wahl stattgefunden hat, politisch aktiv sind¹⁷⁵. Verbänden mit andern Zielsetzungen dagegen spricht das Bundesgericht die Beschwerdebefugnis ab. Verbänden, die sich den Anliegen älterer Menschen widmen und deren Hauptzweck nicht darin liegt, politische Rechte wahrzunehmen, sind daher nicht befugt zur Erhebung einer Stimmrechtsbeschwerde.

bb. Behörden, die nicht durch Volkswahl bestellt werden

Anders ist die Beschwerdeberechtigung von Verbänden dann zu beurteilen, wenn Altersschränken für Behörden in Frage stehen, die nicht durch Volkswahl bestellt werden. Hier ist die Verfassungsbeschwerde (Art. 84 Abs. 1 lit. a OG) das einschlägige Rechtsmittel. Die Legitimation zur Verfassungsbeschwerde richtet sich ausschliesslich nach Art. 88 OG und nicht wie bei der Stimmrechtsbeschwerde nach Art. 85 OG.

Das Bundesgericht spricht den Verbänden das Beschwerderecht dann zu, wenn sie als juristische Person konstituiert sind, sich gemäss ihren Statuten der Wahrung der Interessen ihrer Mitglieder widmen, und wenn eine Grosszahl der Mitglieder selber zur Beschwerdeführung legitimiert wären¹⁷⁶. Das selbständige Beschwerderecht der Verbände ermöglicht es ihr, stellvertretend für ihre Mitglieder Beschwerde zu führen. Die Wahrnehmung allgemeiner öffentlicher Interessen kommt ihnen aber nicht zu¹⁷⁷.

Üblicherweise kann das Erfordernis, dass die Mehrzahl der Mitglieder von einem Hoheitsakt betroffen ist, nur bei Erlassen und Allgemeinverfügungen erfüllt werden. Im vorliegenden Zusammenhang steht aber der Ausschluss aller Menschen über einem gewissen Alter in Frage. Sie sind als potenzielle Kandidaten für ein bestimmtes Amt alle – als beschwerte Dritte – in gleicher Weise davon betroffen, dass die Einsetzungsverfügung für eine bestimmte Kommission nur Menschen unterhalb der Altersgrenze berücksichtigt. Daher kommt vorliegend auch eine Verbandsbeschwerde gegen einen kantonalen oder kommunalen Einzelakt in Frage.

Probleme bietet das Erfordernis der grossen Zahl betroffener Mitglieder dann, wenn eine gesamtschweizerische Vereinigung gegen kantonale oder kommunale Anordnungen Beschwerde erheben will. Das Bundesgericht erachtet in solchen Fällen die Legitimation des Verbandes dann als gegeben, wenn der fragliche Hoheitsakt auf für Nichtkantonseinwohner resp. Nichtgemeindeeinwohner ohne weiteres Rechtswirkungen entfaltet¹⁷⁸. Dies ist dann der Fall, wenn eine gewisse minimale Wahrscheinlichkeit besteht, dass sie vom fraglichen Akt einmal betroffen werden könnten¹⁷⁹. Damit zieht das Bundesgericht seine Praxis zur Legitimation Ausserkantonaler bei der abstrakten Normenkontrolle sinngemäss heran. Im Rahmen dieser Praxis verneint das Bundesgericht die Legitimation von Ausserkantonalen dann, wenn der fragliche Erlass auf Kantonsfremde keine Anwendung findet; eine Ausnahme davon macht es nur, wenn eine baldige Wohnsitznahme im Kanton glaubhaft gemacht wird¹⁸⁰.

¹⁷⁵ BGE 121 I 252 E1b S. 255; aus der Lehre W. KÄLIN, Staatsrechtliche Beschwerde (Anm. 169), S. 280.

¹⁷⁶ ULRICH ZIMMERLI/WALTER KÄLIN/REGINA KIENER, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, Bern 1997, S. 247; R. RHINOW/H. KOLLER/C. KISS (Anm. 173), Rz. 1789.

¹⁷⁷ BGE 113 Ia 426 E2a S. 429.

¹⁷⁸ BGE 114 Ia 452 E1d/bb S. 457.

¹⁷⁹ BGE 114 Ia 452 E1d/bb S. 457 mit Hinweis auf BGE 102 Ia 201 E3 S. 206.

¹⁸⁰ Prägnant BGE 118 Ia 427 E2a S. 431; seither etwa 122 I 222 E1a S. 224.

Für den vorliegenden Zusammenhang bedeutet dies, dass nur dort, wo die Mitgliedschaft in der fraglichen kantonalen oder kommunalen Behörde nicht auf die Einwohner des Kantons resp. der Gemeinde beschränkt ist, den gesamtschweizerischen Verbänden ein selbständiges Beschwerderecht zukommt. Nur dann sind nämlich auch Personen ausserhalb des Kantons resp. der Gemeinde wenigstens virtuell betroffen.

2. Abstrakte Anfechtung

Gegen kantonale und kommunale Erlasse kann nach Art. 89 OG innert 30 Tagen seit der Publikation des Erlasses im Amtsblatt Beschwerde beim Bundesgericht erhoben werden¹⁸¹. Falls das kantonale Recht ein Normenkontrollverfahren kennt, ist zuerst das kantonale Rechtsmittel zu ergreifen. Legitimiert sind alle Einzelnen, die vom Erlass virtuell betroffen sind, d.h. alle jene, die vom fraglichen Erlass künftig mit minimaler Wahrscheinlichkeit einmal betroffen werden können¹⁸².

Die abstrakte Normenkontrolle ist sowohl bei der Verfassungs-¹⁸³ als auch bei der Stimmrechtsbeschwerde¹⁸⁴ zulässig. Erlasse, die Altersschränken einführen, können daher im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle sowohl dann angefochten werden, wenn Behörden in Frage stehen, die durch Volkswahl bestellt werden (Stimmrechtsbeschwerde), als auch in jenen Fällen, in denen sie von einem anderen staatlichen Organ ernannt werden (Verfassungsbeschwerde).

Die Frage, ob die Behörde durch Volkswahl bestellt wird oder nicht, entscheidet aber über die zulässigen Rügegründe: So kann eine Verletzung der Wahl- und Abstimmungsfreiheit nur dann geltend gemacht werden, wenn die Besetzung einer Behörde durch Volkswahl zu beurteilen ist. Wo ein anderes staatliches Organ die Behördenmitglieder ernannt, bleibt im Rahmen der Verfassungsbeschwerde nur die Rüge der Verletzung von Art. 8 Abs. 2 BV.

¹⁸¹ BGE 121 I 187 E1a S. 189.

¹⁸² BGE 121 I 314 E3a S. 316.

¹⁸³ Ausdrücklich schon Art. 84 OG.

¹⁸⁴ BGE 123 I 97 E1b/aa S. 100.

E. Zusammenfassung

1. Altersschränken für Behörden, die vom Volk gewählt werden

a) Allgemeines

Die Grundrechte stellen an Altersgrenzen für die Ausübung eines öffentlichen Amtes dort besonders strenge Anforderungen, wo vom Volk gewählte Behörden in Frage stehen. Der spezifische Anspruch auf Gleichbehandlung im Rahmen der politischen Rechte (Art. 34 BV) und das Verbot, wegen des Alters zu diskriminieren (Art. 8 Abs. 2 BV), lassen hier nur wenig Raum für Altersschränken. Diese sind nur dann zulässig, wenn sie die unabdingbaren Voraussetzungen für die Ausübung des Amtes sicherstellen und mit der Funktion der in Frage stehenden Behörde vereinbar sind.

b) Organe mit primär legislativer Funktion

Generell unzulässig erscheinen Altersgrenzen für Ämter, denen primär legislative Funktion zukommt. Hier steht die Repräsentation aller Segmente der Bevölkerung im Vordergrund. Altersgrenzen wären mit dieser Funktion nicht vereinbar. Sie würden die alten Menschen von den zentralen Organen der staatlichen Willens- und Entscheidbildung ausschliessen. Der Anspruch gerade auch betagter Menschen auf Teilnahme am gesellschaftlichen Leben wäre damit in seinem Kern getroffen.

In Frage stehen hier insbesondere die Parlamente aller drei Ebenen des schweizerischen Bundesstaates. Auf Gemeindeebene ist darüber hinaus zu berücksichtigen, dass gerade dort, wo eine Gemeindeversammlung die Legislativfunktion wahrnimmt, der Gemeinderat (Exekutive) regelmässig erheblichen Einfluss auf die Gesetzgebung ausübt. Diesfalls erscheinen Altersgrenzen auch für Mitglieder des Gemeinderats (Exekutive) nicht zulässig.

c) Exekutiv-Behörden

Altersgrenzen für Mitglieder von Exekutiv-Behörden erscheinen in engen Grenzen als zulässig. Insbesondere dort, wo die Exekutive als Vollamt ausgestaltet ist, können die Anforderungen an die körperliche Belastbarkeit und an die schnelle Auffassungsgabe erheblich sein. Um sicherzustellen, dass die Amtsträger über diese Fähigkeiten verfügen, können sich Altersgrenzen als zulässig erweisen. Voraussetzung ist aber, dass die relevante Altersschwelle nicht zu niedrig angesetzt wird. Aus heutiger Sicht erscheint den Gutachtern eine Altersschränke von 70 Jahren noch als angemessen, eine Grenze unterhalb von 65 Jahren dagegen als unzulässig.

Wo Exekutiv-Behörden demgegenüber als Nebenämter ausgestaltet sind und über genügend Infrastruktur verfügen, dürften die Anforderungen jedenfalls an die körperliche Belastbarkeit der Amtsträger im Allgemeinen erheblich geringer sein. Im Vordergrund stehen hier kommunale Regelungen betreffend die Wählbarkeit in die Gemeindeexekutive und in Kommissionen mit Exekutivaufgaben (Schulkommissionen u.a.). Altersschränken könnten allenfalls dann als zulässig erachtet werden, wenn die überwiegende Zahl der davon Betroffenen tatsächlich nicht über die unabdingbaren Fähigkeiten zur Amtsausübung verfügt. Dies würde bedingen, die Altersgrenze ausserordentlich hoch anzusetzen. Altersschränken in dieser Höhe dürften sich in der Praxis aber regelmässig als wenig relevant erweisen.

2. Altersschränken für Behörden, die nicht vom Volk gewählt werden

Die Zulässigkeit von Altersschränken für Mitglieder von Behörden, die nicht in Volkswahl bestellt werden, beurteilt sich nach dem Verbot der Diskriminierung wegen des Alters (Art. 8 Abs. 2 BV). Die von dieser Bestimmung formulierten Anforderungen sind grundsätzlich weniger streng als jene im Bereich der politischen Rechte: Altersschränken erscheinen als zulässig, wenn sie verhältnismässig sind. Das bedeutet insbesondere, dass sie (1) ein legitimes, mit den Funktionen des fraglichen Organs vereinbares Ziel verfolgen müssen, (2) geeignet sind, dieses Ziel zu erreichen, und (3) den Zugang nicht stärker einschränken als notwendig. Zudem muss (4) sichergestellt sein, dass die Betroffenen dadurch nicht von wichtigen Phasen der politischen Willens- und Entscheidungsbildung ausgeschlossen werden.

Im Vordergrund stehen hier Altersschränken für die Mitglieder in ausserparlamentarischen Kommissionen, die nicht in Volkswahl bestellt werden. Entsprechende Regelungen in Bund und Kantonen enthalten regelmässig eine Grenze von 70 Jahren. Dies erscheint dann nicht von vornherein unzulässig, wenn Kommissionen in Frage stehen, die sich mit spezifischen Problemen technischer oder allgemein fachlicher Art beschäftigen. Setzt sich eine Kommission dagegen mit allgemeinen politischen Fragen auseinander und kommt ihr eine wichtige Bedeutung im Willens- und Entscheidungsbildungsprozess des Gemeinwesens zu, sind Altersschränken u.E. problematisch. Unzulässig wären sie jedenfalls dort, wo Fragen im Zentrum stehen, die betagte Menschen besonders betreffen.

3. Gerichtliche Anfechtung von Altersschränken

Für die gerichtliche Anfechtung von Altersschränken im kantonalen und kommunalen Recht gelten folgende Grundsätze:

a) *Kantonale Verfahren*

Altersschränken im kantonalen und kommunalen Recht sind zunächst nach den einschlägigen kantonalen Verfahrensbestimmungen anzufechten. Soweit diese die Legitimation der in Frage kommenden Beschwerdeführer enger umschreiben als das hier einschlägige bundesrechtliche Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, ist – mangels einer innerkantonalen Beschwerdemöglichkeit – direkt staatsrechtliche Beschwerde zu erheben.

b) *Staatsrechtliche Beschwerde*

Zur Erhebung einer staatsrechtlichen Beschwerde gilt folgendes:

aa. Beschwerde des nicht berücksichtigten Dritten

Enthält das geltende kantonale oder kommunale Recht eine Altersschränke, kann diese nur im konkreten Anwendungsfall in Frage gestellt werden. Dabei sind zwei Fälle zu unterscheiden:

(1) Bei Altersschränken für Behörden, die in Volkswahl bestellt werden, ist die Nichtaufnahme in die Wahlliste durch das zuständige kantonale oder kommunale Organ anzufechten. Auf Bundesebene stellt die Stimmrechtsbeschwerde nach Art. 85 lit. a OG das einschlägige Rechtsmittel dar. Weil Altersschränken nicht nur das passive Wahlrecht der direkt Betroffenen beschränken, sondern auch die freie und unverfälschte Willensäusserung aller Wählerin-

nen und Wähler berühren, sind alle im fraglichen Gemeinwesen Wahlberechtigten zur Erhebung einer Stimmrechtsbeschwerde legitimiert.

(2) Bei Altersschränken für Behörden, die nicht in Volkswahl bestellt werden, stehen ausserparlamentarische Kommissionen im Vordergrund. Einschlägiges Rechtsmittel auf Bundesebene ist die staatsrechtliche Beschwerde als Verfassungsbeschwerde (Art. 84 Abs. 1 lit. a OG). Anzufechten ist die Einsetzungsverfügung des zuständigen kantonalen oder kommunalen Organs.

Der nicht berücksichtigte Dritte, der aufgrund einer gesetzlichen Altersschränke gar nicht in die Kommission gewählt werden konnte, kann dabei eine Verletzung seines Anspruchs auf Schutz vor Diskriminierung wegen seines Alters (Art. 8 Abs. 2 BV) geltend machen. Vorfrageweise ist dabei zu rügen, dass die Rechtsnorm selber, welche die Altersschränke enthält, gegen Art. 8 Abs. 2 BV verstosse. Dies dürfte vor allem bei starren Altersschränken sinnvoll sein, die keine Ausnahmen für Fälle besonderer Betroffenheit älterer Menschen enthalten. Dem Gericht wird dadurch Gelegenheit gegeben, sich mit dem Problem der Altersdiskriminierung zu befassen und – falls möglich – eine verfassungskonforme Auslegung der fraglichen Bestimmung vorzuschlagen. Es erscheint aber eher unwahrscheinlich, dass im konkreten Einzelfall eine Verletzung von Art. 8 Abs. 2 BV dargetan werden kann.

bb. Beschwerde eines Verbandes

Auch die Beschwerdeberechtigung von Verbänden ist differenziert zu beurteilen:

Nicht zur Beschwerde legitimiert sind Verbände dort, wo Altersschränken von Behörden in Frage stehen, die in Volkswahl bestellt werden. Hier können neben den Wahlberechtigten nur die politischen Parteien eine Stimmrechtsbeschwerde erheben.

Sind Altersschränken für Behörden zu beurteilen, die nicht durch Volkswahl bestellt werden, können auch Verbände unter gewissen Voraussetzungen staatsrechtliche Beschwerde führen. Voraussetzung dafür ist, dass der Verband als juristische Person konstituiert ist, statutarisch die Interessen der alten Menschen wahrt und eine Grosszahl seiner Mitglieder selber betroffen und deshalb zur Beschwerdeführung legitimiert wäre. Er ist nicht berechtigt, allgemeine öffentliche Interessen wahrzunehmen.

Das Kriterium, dass eine Grosszahl der Mitglieder eines Verbandes selber betroffen sein muss, schränkt die Anfechtungsmöglichkeiten eines auf gesamtschweizerischer Ebene konstituierten Verbandes ein. Er kann nur dann selbständig Beschwerde gegen die Verfügung einer kantonalen oder kommunalen Behörde über die Einsetzung einer Kommission erheben, wenn die Mitgliedschaft in der fraglichen Kommission nicht auf die Einwohner des Kantons resp. der Gemeinde beschränkt ist. Nur dann sind auch Personen ausserhalb der Gemeinde oder des Kantons wenigstens virtuell betroffen.